

A-437-14 (lead file), A-56-14, A-59-14,
A-63-14, A-64-14, A-67-14, A-439-14,
A-440-14, A-442-14, A-443-14, A-445-14,
A-446-14, A-447-14, A-448-14, A-514-14,
A-517-14, A-520-14, A-522-14
2016 FCA 187

A-437-14 (dossier principal), A-56-14, A-59-14,
A-63-14, A-64-14, A-67-14, A-439-14,
A-440-14, A-442-14, A-443-14, A-445-14,
A-446-14, A-447-14, A-448-14, A-514-14,
A-517-14, A-520-14, A-522-14
2016 CAF 187

Gitxaala Nation, Gitga’at First Nation, Haisla Nation, The Council of the Haida Nation and Peter Lantin suing on his own behalf and on behalf of all citizens of the Haida Nation, Kitasoo Xai’xais Band Council on behalf of all members of the Kitasoo Xai’xais Nation and Heiltsuk Tribal Council on behalf of all members of the Heiltsuk Nation, Martin Louie, on his own behalf, and on behalf of Nadleh Whut’en and on behalf of the Nadleh Whut’en Band, Fred Sam, on his own behalf, on behalf of all Nak’azdli Whut’en, and on behalf of the Nak’azdli Band, Unifor, ForestEthics Advocacy Association, Living Oceans Society, Raincoast Conservation Foundation, Federation of British Columbia Naturalists carrying on business as BC Nature (*Applicants and Appellants*)

Nation Gitxaala, Première Nation des Gitga’at, Nation des Haisla; Conseil de la Nation Haïda et Peter Lantin, en son nom et au nom de tous les citoyens de la Nation Haïda, Conseil de bande de Kitasoo Xai’xais, au nom de tous les membres de la Nation Kitasoo Xai’xais, Conseil tribal des Heiltsuk au nom de tous les membres de la Nation des Heiltsuk, Martin Louie, en son nom et au nom des Nadleh Whut’en et de la Bande des Nadleh Whut’en, Fred Sam, en son nom et au nom de tous les Nak’azdli Whut’en et de la Bande des Nak’azdli, Unifor, ForestEthics Advocacy Association, la Living Oceans Society, Raincoast Conservation Foundation, et Federation of British Columbia Naturalists, faisant affaire sous le nom de BC Nature (*demandeurs et appellants*)

v.

c.

Her Majesty the Queen, Attorney General of Canada, Minister of the Environment, Northern Gateway Pipelines Inc., Northern Gateway Pipelines Limited Partnership and National Energy Board (*Respondents*)

Sa Majesté la Reine, Procureur général du Canada, ministre de l’Environnement, Northern Gateway Pipelines Inc., Northern Gateway Pipelines Limited Partnership et l’Office national de l’énergie (*intimés*)

and

et

The Attorney General of British Columbia, Amnesty International and The Canadian Association of Petroleum Producers (*Interveners*)

Procureur général de la Colombie-Britannique, Amnesty International et l’Association canadienne des producteurs pétroliers (*intervenants*)

INDEXED AS: GITXAALA NATION v. CANADA

RÉPERTORIÉ : NATION GITXAALA c. CANADA

Federal Court of Appeal, Dawson, Stratas and Ryer JJ.A.—Vancouver, October 1-2, 5-8, 2015; Ottawa, June 23, 2016.

Cour d’appel fédérale, juges Dawson, Stratas et Ryer, J.C.A.—Vancouver, 1-2 et 5-8 octobre 2015; Ottawa, 23 juin 2016.

Aboriginal Peoples — Duty to consult — Judicial review applications of Order in Council P.C. 2014-809 requiring National Energy Board (Board) to issue two Certificates of Public Convenience and Necessity (Certificates), on certain conditions, concerning Northern Gateway Project (Project)

Peuples autochtones — Obligation de consulter — Demandes de contrôle judiciaire à l’encontre du décret C.P. 2014-809, qui exigeait que l’Office national de l’énergie (l’Office) délivre deux certificats d’utilité publique (les certificats), à certaines conditions, concernant le projet Northern

— *Project, proposed by Northern Gateway Pipelines Inc., Northern Gateway Pipelines Limited Partnership (Northern Gateway), consisting of two pipelines transporting oil, condensate, related facilities — Also before Court five applications for judicial review of Report issued by review panel known as Joint Review Panel acting under Canadian Environmental Assessment Act, 2012 (CEAA, 2012), s. 52, National Energy Board Act (NEBA); four appeals against Certificates issued by Board — All proceedings consolidated — Order in Council decision legally under review — Project significantly affecting several First Nations parties to proceedings — Project referred to review panel (Joint Review Panel) to be conducted jointly under NEBA, Canadian Environmental Assessment Act (CEAA) — Joint Review Panel finding that Project in public interest, recommending issue of applied-for certificates subject to conditions — Following release of Joint Review Panel's Report, process of consultation with Aboriginal groups entering Phase IV of consultation framework — When issuing Order in Council, Governor in Council agreeing with Joint Review Panel's findings, recommendations, environmental conclusions contained in Report — Whether Canada fulfilling duty to consult with Aboriginal peoples — Per Dawson and Stratias J.J.A.: Governor in Council's decision reasonable under administrative law principles — However, while NEBA, s. 54 not referring to duty to consult, in 2012, when Parliament enacting s. 54 in current form, duty to consult well-established — Very express language required to oust duty to consult — In executing Phase IV of consultation framework, Canada failing to make reasonable efforts to inform, consult — Canada's execution of Phase IV consultation process unacceptably flawed; falling well short of mark — Execution thereof failing to maintain honour of Crown — As to timelines of consultation process, while Governor in Council subject to deadline for decision under NEBA, s. 54(3), subsection allowing Governor in Council by order to extend deadline — No evidence in present case that Canada giving any thought to asking Governor in Council extension of deadline — Also, information put before Governor in Council not accurately portraying concerns of affected First Nations — Lack of meaningful dialogue taking place in Phase IV another concern — Based on totality of evidence examined, Canada failing in Phase IV to engage, dialogue, grapple with concerns expressed thereto in good faith by all applicant/appellant First Nations — As to adequacy of Canada's reasons herein, Canada obliged at law under duty to consult, under NEBA, s. 54 to give reasons for decision directing Board to issue Certificates — Given circumstances in case, importance of claimed rights to Aboriginal groups, significance of potential infringement thereof, deep consultation required herein with written explanations to show Aboriginal groups' concerns considered, to reveal impact concerns having on Governor in Council's decision — Applications for judicial review of Order in Council P.C. 2014-809 allowed; appeals against Certificates allowed; applications for judicial review of Joint Review Panel Report dismissed — Per Ryer J.A. (dissenting): Order in Council*

Gateway (le projet) — Ce projet, proposé par Northern Gateway Pipelines Inc. et Northern Gateway Pipelines Limited Partnership (Northern Gateway), consiste en deux pipelines pour le transport de pétrole et de condensats, et des installations connexes — La Cour était également saisie de cinq demandes de contrôle judiciaire à l'encontre d'un rapport rédigé par une commission d'examen, connue sous le nom de Commission d'examen conjoint, agissant au titre de l'art. 52 de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012) (LCEE 2012) et de la Loi sur l'Office national de l'énergie (LONE), en plus de quatre appels relativement aux certificats délivrés par l'Office — Toutes ces instances ont été réunies — Le décret était la décision faisant l'objet du contrôle — Le projet a des répercussions importantes sur un certain nombre des Premières Nations qui étaient parties aux instances — Le projet a été renvoyé à une commission d'examen (la Commission d'examen conjoint) dont les travaux devaient se tenir conjointement sous le régime de la LONE et de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (LCEE) — La Commission d'examen conjoint a conclu que le projet était dans l'intérêt public et a recommandé que les certificats demandés soient délivrés, sous réserve de conditions — Après la publication du rapport de la Commission d'examen conjoint, le processus de consultation avec les groupes autochtones est entré dans la phase IV du cadre de consultation — Lorsqu'il a pris le décret, le gouverneur en conseil a accepté les constatations, les recommandations et les conclusions environnementales contenues dans le rapport — Il s'agissait de déterminer si le Canada avait rempli son obligation de consulter les peuples autochtones — Les juges Dawson et Stratias, J.C.A. : La décision du gouverneur en conseil était raisonnable selon les principes du droit administratif — Bien que l'art. 54 de la LONE ne fasse pas mention de l'obligation de consulter, en 2012, lorsque le législateur a adopté l'art. 54 dans sa forme actuelle, l'obligation de consulter était bien établie — Il faudrait des termes très précis pour écarter l'obligation de consulter — Dans l'exécution de la phase IV de son processus de consultation, le Canada n'a pas déployé d'efforts raisonnables pour informer et consulter — L'exécution par le Canada de la phase IV du processus de consultation comportait des lacunes inacceptables et a raté la cible — Elle n'a pas permis de préserver l'honneur de la Couronne — En ce qui concerne l'échéancier du processus de consultation, tandis que le gouverneur en conseil était assujéti à un délai pour prendre sa décision, conformément à l'art. 54(3) de la LONE, cet article lui permet, par décret, de proroger ce délai — Rien n'indiquait en l'espèce que le Canada a pensé à demander au gouverneur en conseil de proroger le délai — De plus, les renseignements qui ont été soumis au gouverneur en conseil ne dressaient pas un portrait fidèle des préoccupations des Premières Nations concernées — Il était également très inquiétant de constater que la phase IV du processus de consultation n'a comporté aucun véritable dialogue — Compte tenu de l'ensemble de la preuve examinée, le Canada, en ce qui concerne la phase IV, n'a

should not be set aside on basis that Crown's execution of Phase IV consultations inadequate to meet duty to consult — In context of overall Project-approval process, execution of Phase IV consultations adequate — Alleged imperfections stated by majority insufficient to demonstrate that Crown's consultations inadequate — Also, no error in Governor in Council's reasons warranting Court's intervention.

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Judicial review of Order in Council P.C. 2014-809 requiring National Energy Board (Board) to issue two Certificates of Public Convenience and Necessity, on certain conditions, concerning Northern Gateway Project — What standard of review applying to Governor in Council's decision — Standard of review of Governor in Council's decision reasonableness since decision at issue constituting discretionary decision founded on widest considerations of policy, public interest.

Practice — Preliminary Determination of Question of Law — Consolidated proceedings brought before Court involving Northern Gateway Project in which Order in Council P.C. 2014-809 requiring National Energy Board (Board) to issue two Certificates of Public Convenience and Necessity (Certificates) — Included in consolidated proceedings five applications for judicial review of Report issued by Joint Review Panel acting under Canadian Environmental Assessment Act, 2012 (CEAA, 2012), s. 52, National Energy Board Act (NEBA); four appeals from Certificates issued by National Energy Board — Joint Review Panel finding that

pas engagé de dialogue et ne s'est pas penché sur les préoccupations qui lui avaient été exprimées de bonne foi par l'ensemble des Premières Nations demanderesse/appelantes — Concernant le caractère suffisant des motifs du Canada, le Canada était tenu en droit et en vertu de l'obligation de consulter et de l'art. 54 de la LONE de motiver sa décision d'enjoindre à l'Office national de l'énergie de délivrer les certificats — Compte tenu des circonstances en l'espèce, de l'importance pour les groupes autochtones des droits revendiqués et de l'ampleur des atteintes possibles à ces droits, il s'agissait d'une situation où les consultations approfondies exigeaient des explications écrites, montrant que les préoccupations des groupes autochtones avaient été prises en compte et précisant quelle avait été l'incidence de ces préoccupations sur la décision du gouverneur en conseil — Demandes de contrôle judiciaire à l'encontre du décret C.P. 2014-809 accueillies; appels contre les certificats accueillies; et demandes de contrôle judiciaire du rapport de la Commission d'examen conjointe rejetées — Le juge Ryer, J.C.A. (dissident) : Le décret ne devrait pas être annulé du fait que la Couronne ne s'est pas acquittée de son obligation de consultation, parce qu'elle n'a pas conduit de manière adéquate la phase IV de la consultation — Dans le contexte du processus global d'approbation du projet, l'exécution de la phase IV de la consultation était adéquate — Les imperfections alléguées dans l'exécution de la phase IV des consultations qui sont énoncées dans les motifs des juges majoritaires étaient insuffisantes pour démontrer que les consultations de la Couronne étaient inadéquates — Les motifs du gouverneur en conseil ne contenaient également aucune erreur justifiant l'intervention de la Cour.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — Contrôle judiciaire à l'encontre du décret C.P. 2014-809, qui exigeait que l'Office national de l'énergie (l'Office) délivre deux certificats d'utilité publique, à certaines conditions, concernant le projet Northern Gateway — Il s'agissait de savoir quelle norme de contrôle judiciaire s'appliquait à la décision du gouverneur en conseil — La norme de contrôle judiciaire de la décision du gouverneur en conseil en l'espèce était celle de la décision raisonnable puisqu'il s'agissait d'une décision discrétionnaire fondée sur les considérations d'ordre politique et d'intérêt public les plus larges possible.

Pratique — Décision préliminaire sur un point de droit — Instances réunies devant la Cour concernant le projet Northern Gateway, dans le cadre duquel le décret C.P. 2014-809 exigeait que l'Office national de l'énergie (l'Office) délivre deux certificats d'utilité publique (les certificats) — Ces instances réunies comprenaient cinq demandes de contrôle judiciaire du rapport publié par la Commission d'examen conjoint, agissant au titre de l'art. 52 de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012) (LCEE 2012) et de la Loi sur l'Office national de l'énergie (LONE), en plus de quatre appels relativement aux certificats délivrés par

Project in public interest — When issuing Order in Council, Governor in Council agreeing with Joint Review Panel's findings, recommendations, environmental conclusions contained in Report — Whether applications for judicial review against Joint Review Panel Report lying; whether appeals against Board's Certificates valid — Applications for judicial review brought against Report of Joint Review Panel not lying — No decisions about legal or practical interest made — Any deficiency in Report to be considered only by Governor in Council, not Court — Therefore, applications for judicial review dismissed — As for appeals against Certificates issued by Board, primary attack must be against Governor in Council's Order in Council since Order in Council prompting automatic issuance of Board's Certificates — Since Order in Council should be quashed, Certificates issued thereunder must also be quashed.

These were nine applications for judicial review of Order in Council P.C. 2014-809. That Order required the National Energy Board (Board) to issue two Certificates of Public Convenience and Necessity (Certificates), on certain conditions, concerning the Northern Gateway Project (Project). That Project, proposed by Northern Gateway Pipelines Inc. and Northern Gateway Pipelines Limited Partnership (Northern Gateway), consists of two pipelines transporting oil and condensate and related facilities. Also before the Court were five applications for judicial review of a Report issued by a review panel known as the Joint Review Panel acting under section 52 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* (CEAA, 2012), and the *National Energy Board Act* (NEBA). The Governor in Council considered the Joint Review Panel's Report when making its Order in Council. As well, four appeals of the Certificates issued by the National Energy Board were before the Court. All of these proceedings were consolidated. While three administrative acts — the Order in Council, the Report and the Certificates — were all subject to challenge, the Order in Council was the decision legally under review and the focus of the Court's analysis.

The Northern Gateway Project consists of two 1 178 kilometre pipelines and associated facilities. One pipeline is intended to transport oil from Bruderheim, Alberta to Kitimat, British Columbia where the oil would be loaded onto tankers for delivery to export markets. The other pipeline would carry condensate removed from tankers at Kitimat to Bruderheim for distribution to Alberta markets. The associated facilities include both tank and marine terminals in Kitimat consisting of a number of oil storage tanks, condensate storage tanks,

l'Office national de l'énergie — La Commission d'examen conjoint a conclu que le projet était dans l'intérêt public — Lorsqu'il a pris le décret, le gouverneur en conseil a accepté les constatations, les recommandations et les conclusions environnementales contenues dans le rapport de la Commission d'examen conjoint — Il s'agissait de savoir si les demandes de contrôle judiciaire à l'encontre du rapport de la Commission d'examen conjoint étaient recevables et si les appels visant les certificats délivrés par l'Office étaient valides — Les demandes de contrôle judiciaire contre le rapport de la Commission d'examen conjoint n'étaient pas recevables — Aucune décision sur des intérêts juridiques ou pratiques n'avait été rendue — Toute lacune dans le rapport devait être examinée uniquement par le gouverneur en conseil et non par la Cour — Par conséquent, les demandes de contrôle judiciaire devraient être rejetées — Quant aux appels visant les certificats délivrés par l'Office, la contestation principale doit viser le décret du gouverneur en conseil, car il déclenche automatiquement la délivrance des certificats — Puisque le décret devrait être annulé, les certificats délivrés en vertu de ce décret doivent également être annulés.

Il s'agissait de neuf demandes de contrôle judiciaire à l'encontre du décret C.P. 2014-809. Ce décret exigeait que l'Office national de l'énergie (l'Office) délivre deux certificats d'utilité publique (les certificats), à certaines conditions, concernant le projet Northern Gateway (le projet). Ce projet, proposé par Northern Gateway Pipelines Inc. et Northern Gateway Pipelines Limited Partnership (Northern Gateway), consiste en deux pipelines pour le transport de pétrole et de condensats, et des installations connexes. La Cour était également saisie de cinq demandes de contrôle judiciaire à l'encontre d'un rapport rédigé par une commission d'examen, connue sous le nom de Commission d'examen conjoint, agissant au titre de l'article 52 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (2012) (LCEE 2012) et de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* (LONE). Le gouverneur en conseil a tenu compte du rapport de la Commission d'examen conjoint lorsqu'il a pris son décret. De plus, la Cour était saisie de quatre appels relativement aux certificats délivrés par l'Office national de l'énergie. Toutes ces instances ont été réunies. Bien que trois actes administratifs — le décret, le rapport et les certificats — aient tous été sujets à contestation, le décret était la décision faisant l'objet du contrôle et le point de mire de l'analyse de la Cour.

Le projet Northern Gateway consiste en deux pipelines de 1 178 kilomètres et des installations connexes. L'un des pipelines est censé transporter du pétrole provenant de Bruderheim, en Alberta, à Kitimat, en Colombie-Britannique, où le pétrole serait chargé dans des navires-citernes pour être livré dans des marchés d'exportation. L'autre pipeline transporterait des condensats, retirés des navires-citernes à Kitimat, vers Bruderheim, pour leur distribution dans les marchés de l'Alberta. Les installations connexes comprennent tant des

tanker berths and a utility berth. The Project significantly affects a number of the First Nations who were parties to the proceedings. Other parties before the Court claimed a strong interest in the Project. The challenges associated with the approval process for the Project were immense.

In 2005, Northern Gateway Pipeline submitted a preliminary information package to the National Energy Board and the Canadian Environmental Assessment Agency. In 2006, the Project was referred to a review panel to be conducted jointly under the NEBA and the *Canadian Environment Assessment Act* (CEAA). The review panel was known as the Joint Review Panel because it had two tasks. First, it had to prepare a report under section 52 of the NEBA for the consideration of the Governor in Council. Second, it was to conduct an environmental assessment of the Project and provide recommendations to the Governor in Council under section 30 of the CEAA. In 2010, Northern Gateway filed an application requesting, *inter alia*, certificates from the Board for the Project. The Joint Review Panel's hearings began in 2012. During that period, there were some legislative changes to the CEAA, which became the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and amendments were made to the NEBA. The joint review process for the Project was continued under these amended provisions.

In December 2013, the Joint Review Panel issued a two-volume Report. It found that the Project was in the public interest and recommended that the applied-for certificates be issued subject to 209 conditions. As well, it recommended that the Governor in Council conclude in particular that potential adverse environmental effects from the Project alone were not likely to be significant. Following the release of the Report, the process of consultation with Aboriginal groups entered Phase IV of the consultation framework whereby Northern Gateway engaged with over 80 different Aboriginal groups across various regions of Alberta and British Columbia.

In 2014, the Governor in Council issued the Order in Council at issue. Balancing all the competing considerations before it, the Governor in Council accepted the Joint Review Panel's finding that the Project, if constructed and operated in full compliance with certain conditions, would be required by the present and future public convenience and necessity. It

terminaux de stockage que des terminaux maritimes à Kitimat, lesquels consistent en un certain nombre de réservoirs de stockage de pétrole et de réservoirs de stockage de condensats, des postes à quai pour les navires-citernes ainsi qu'un poste à quai pour les navires utilitaires. Le projet a des répercussions importantes sur un certain nombre des Premières Nations qui étaient parties aux instances. D'autres parties devant la Cour ont allégué avoir un intérêt marqué pour le projet. Les défis posés par le processus d'approbation du projet étaient immenses.

En 2005, Northern Gateway a présenté une trousse d'information préliminaire à l'Office national de l'énergie et à l'Agence canadienne d'évaluation environnementale. L'année suivante, le projet a été renvoyé à une commission d'examen dont les travaux devaient se tenir conjointement sous le régime de la LONE et de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (LCEE). Cette commission d'examen était connue sous le nom de Commission d'examen conjoint, en raison du fait qu'elle devait exécuter deux tâches. Premièrement, elle devait préparer un rapport au titre de l'article 52 de la LONE pour étude par le gouverneur en conseil. Deuxièmement, elle devait effectuer une évaluation environnementale du projet et formuler des recommandations au gouverneur en conseil, au titre de l'article 30 de la LCEE. En 2010, Northern Gateway a déposé une demande en vue d'obtenir, entre autres, des certificats de l'Office pour le projet. Les audiences de la Commission d'examen conjoint ont commencé en 2012. Durant cette période, quelques changements législatifs ont été apportés à la LCEE, qui est devenue la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* et la LONE a également été modifiée. Le processus d'examen conjoint du projet s'est poursuivi sous le régime de ces dispositions modifiées.

En décembre 2013, la Commission d'examen conjoint a publié un rapport en deux volumes. Elle a conclu que le projet était dans l'intérêt public et a recommandé que les certificats demandés soient délivrés, sous réserve de 209 conditions. De plus, la Commission a recommandé que le gouverneur en conseil conclût que les effets environnementaux négatifs potentiels découlant du projet seulement n'étaient pas susceptibles d'être importants. Après la publication du rapport de la Commission d'examen conjoint, le processus de consultation avec les groupes autochtones est entré dans la phase IV du cadre de consultation, et Northern Gateway a collaboré de près avec plus de 80 groupes autochtones différents dans diverses régions de l'Alberta et de la Colombie-Britannique.

En 2014, le gouverneur en conseil a pris le décret en cause dans la présente affaire. Après avoir sopesé toutes les considérations concurrentes devant lui, le gouverneur en conseil a accepté la conclusion de la Commission d'examen conjoint selon laquelle le projet — s'il était construit et exploité dans le respect strict de certaines conditions — aurait un caractère

accepted the Panel's recommendation and reached the same environmental conclusions as those outlined in the Report. Exercising its power under section 54 of the NEBA, the Governor in Council directed the Board to issue Certificates of Public Convenience and Necessity to Northern Gateway for the Project in accordance with the terms and conditions set out in the Joint Review Panel's Report. Later, the Board issued two Certificates to Northern Gateway: one for the oil pipeline and associated facilities and another for the condensate pipeline and associated facilities.

The consolidated proceedings taken together sought an order quashing the administrative decisions in this case because, under administrative law principles, they are unreasonable or incorrect. They also sought an order quashing the Order in Council and the Certificates because Canada did not fulfill its duty to consult with Aboriginal peoples concerning the project.

The main issues were whether the applications for judicial review of the Report of the Joint Review Panel could lie; whether the appeals against the Board's Certificates were valid; what was the standard of review of the Governor in Council's decision; and whether Canada fulfilled its duty to consult with Aboriginal peoples.

Held (Ryer J.A. dissenting), the applications for judicial review of Order in Council P.C. 2014-809 should be allowed; the appeals against the Certificates should be allowed; the applications for judicial review of the Joint Review Panel Report should be dismissed.

Per Dawson and Stratas J.J.A.: 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, any deficiency in the Report of the Joint Review Panel was to be considered only by the Governor in Council, not the Court. Therefore, these applications for judicial review should be dismissed.

As for the notices of appeal against the Certificates issued by the Board, under this legislative regime, the primary attack must be against the Governor in Council's Order in Council since it prompts the automatic issuance of the Certificates. If the Governor in Council's Order in Council falls, then the

d'utilité publique, tant pour le présent que pour le futur. Il a accepté la recommandation de la Commission d'examen conjoint et est parvenu aux mêmes conclusions environnementales que celles énoncées dans le rapport. Exerçant le pouvoir qui lui était conféré par l'article 54 de la LONE, le gouverneur en conseil a donné à l'Office instruction de délivrer les certificats d'utilité publique à Northern Gateway à l'égard du projet, sous réserve des conditions énoncées dans le rapport de la Commission d'examen conjoint. Plus tard, l'Office a délivré à Northern Gateway deux certificats : un pour le pipeline de pétrole et les installations connexes, et un pour le pipeline de condensat et les installations connexes.

Les instances réunies, mises ensemble, sollicitaient une ordonnance annulant les décisions administratives en l'espèce au motif que, selon les principes de droit administratif, ces décisions sont déraisonnables ou incorrectes. Elles sollicitaient aussi une ordonnance annulant le décret et les certificats, du fait que le Canada ne s'était pas acquitté de son obligation de consulter les peuples autochtones au sujet du projet.

Il s'agissait principalement de déterminer : si les demandes de contrôle judiciaire à l'encontre du rapport de la Commission d'examen conjoint étaient recevables; si les appels visant les certificats délivrés par l'Office étaient valides; quelle norme de contrôle judiciaire s'appliquait à la décision du gouverneur en conseil; et si le Canada avait rempli son obligation de consulter les peuples autochtones.

Arrêt (le juge Ryer, J.C.A., dissident) : les demandes de contrôle judiciaire à l'encontre du décret C.P. 2014-809 doivent être accueillies; les appels à l'encontre des certificats doivent être accueillis; les demandes de contrôle judiciaire à l'encontre du rapport de la Commission d'examen conjoint doivent être rejetées.

Les juges Dawson et Stratas, J.C.A. : 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, 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, les demandes de contrôle judiciaire devaient être rejetées.

Quant aux avis d'appel visant les certificats délivrés par l'Office, selon le régime législatif applicable en l'espèce, la contestation principale doit viser le décret du gouverneur en conseil, car il déclenche automatiquement la délivrance des certificats. Si le décret du gouverneur en conseil est invalide,

Certificates issued by the Board automatically fall as a consequence. Since the Order in Council should be quashed, the Certificates issued as a result of the Order in Council must also be quashed.

The Governor in Council's decision—the Order in Council—was the product of its consideration of recommendations made thereto in the Report. The decision was not simply a consideration of an environmental assessment. The recommendations made to the Governor in Council covered much more than matters disclosed by the environmental assessment—matters of a polycentric and diffuse kind. In conducting its assessment, the Governor in Council had to balance a broad variety of matters most of which were more properly within the realm of the executive. By vesting decision-making in the Governor in Council, Parliament implicated the decision-making of Cabinet, a body of diverse policy perspectives representing all constituencies within government. And by defining broadly what can go into the report upon which it is to make its decision, Parliament must be taken to have intended that the decision in issue here be made on the broadest possible basis. The standard of review for decisions such as this (discretionary decisions founded upon the widest considerations of policy and public interest) is reasonableness.

The Governor in Council's decision was reasonable under administrative law principles. The Governor in Council was entitled to assess the sufficiency of the information and recommendations it had received, balance all the considerations—economic, cultural, environmental and otherwise—and come to the conclusion it did. However, the analysis did not end there. While section 54 of the NEBA does not refer to the duty to consult, in 2012, when Parliament enacted section 54 in its current form, the duty to consult was well-established. Very express language would be required to oust the duty to consult. Under the current legislative scheme, the Governor in Council, when considering a project under the NEBA, must consider whether Canada has fulfilled its duty to consult. Further, in order to accommodate Aboriginal concerns as part of its duty to consult, the Governor in Council must necessarily have the power to impose conditions on any certificate it directs the National Energy Board to issue. In determining whether the duty to consult was fulfilled in this case, the standard of whether reasonable efforts to inform and consult were made was applied. In executing Phase IV of its consultation framework, Canada failed to make reasonable efforts to inform and consult and in fact fell well short of the mark.

alors les certificats délivrés par l'Office sont automatiquement invalides. Puisque le décret devrait être annulé, les certificats délivrés en vertu de ce décret doivent également être annulés.

La décision du gouverneur en conseil, c'est-à-dire le décret, était le produit issu de son examen des recommandations qui lui ont été faites dans le rapport. La décision n'était pas simplement issue d'un examen d'une évaluation environnementale. Les recommandations faites au gouverneur en conseil visaient plus que les facteurs mentionnés dans l'évaluation environnementale. Elles comportaient plutôt un certain nombre de facteurs de nature polycentrique et de facteurs de nature diffuse. Lorsqu'il a procédé à son évaluation, le gouverneur en conseil devait soupeser un grand nombre de facteurs, dont la plupart relèvent davantage de la compétence de l'exécutif. En confiant le pouvoir décisionnel au gouverneur en conseil, le législateur a impliqué le pouvoir décisionnel du Cabinet, une entité au sein de laquelle la politique générale de l'État est débattue de multiples points de vue représentant les divers intérêts des groupes qui composent le gouvernement. Et en définissant de façon large ce qui peut être inséré dans le rapport sur lequel le gouverneur en conseil se fondera pour prendre sa décision, le législateur doit être présumé avoir voulu que la décision en cause en l'espèce repose sur le fondement le plus large possible. La norme de contrôle applicable aux décisions comme celle en cause en l'espèce (décisions discrétionnaires fondées sur les considérations d'ordre politique et d'intérêt public les plus larges possible), est la norme de la décision raisonnable.

La décision du gouverneur en conseil était raisonnable selon les principes du droit administratif. Le gouverneur en conseil avait le droit d'apprécier la suffisance des renseignements et des recommandations qu'il avait reçus, de soupeser l'ensemble des considérations économiques, culturelles, environnementales, et autres, et de conclure comme il l'a fait. Toutefois, cette conclusion n'a pas mis fin à l'analyse. Bien que l'article 54 de la LONE ne fasse pas mention de l'obligation de consulter, en 2012, lorsque le législateur a adopté l'article 54 dans sa forme actuelle, l'obligation de consulter était bien établie. Il faudrait des termes très précis pour écarter l'obligation de consulter. Conformément au régime législatif en place, le gouverneur en conseil, lorsqu'il étudie un projet au titre de la LONE, doit examiner la question de savoir si le Canada s'est acquitté de son obligation de consulter. De plus, afin d'accommoder les préoccupations autochtones dans le cadre de son devoir de consultation, le gouverneur en conseil doit nécessairement avoir le pouvoir d'imposer des conditions quant à tout certificat qu'il ordonne à l'Office national de l'énergie de délivrer. Au moment de déterminer si l'obligation de consulter a été respectée en l'espèce, la question de savoir si des efforts raisonnables pour

The applicant/appellant First Nations alleged a number of flaws in the consultation process that rendered it inadequate. While statements made by the then Minister of Natural Resources were a concern to some First Nation applicants who claimed that this showed bias, the outcome of the Governor in Council's decision was not predetermined. The decision maker in this case was the Governor in Council and the decision whether to approve the Project was politically charged involving an appreciation of many sometimes conflicting considerations of policy and the public interest. The decision was not judicial or quasi-judicial. Statements made by individual members of Cabinet will not establish bias unless the person alleging such bias demonstrates that the statements are the expression of a final opinion on the question at issue. Regarding the argument that the Crown consultation process was unilaterally imposed on the First Nations, as a matter of law, the Crown has discretion as to how it structures the consultation process and how the duty to consult is met. What is required is a reasonable process, not perfect consultation. The evidence in this case established that from the outset Canada acknowledged its duty of deep consultation with all affected First Nations and there was consultation about Canada's framework for consultation, which was reasonable and not unilaterally imposed. As to funding for participation in the Joint Review Panel and consultation process, the evidence failed to demonstrate that the funding available was so inadequate as to render the consultation process unreasonable. Furthermore, the consultation process was not over-delegated and it was not unreasonable for Canada to integrate the Joint Review Panel process into the Crown consultation process. Canada did not inappropriately delegate its obligation to consult to the Joint Review Panel. The Joint Review Panel process provided affected Aboriginal groups with the opportunity to learn in detail about the nature of the Project and its potential impact on their interests while at the same time affording an opportunity to Aboriginal groups to voice their concerns. Canada also did not fail to assess the strength of the First Nations' claims, an assertion unsupported by the evidence, and was not obliged to share its legal assessment of the strength of claim.

informer et consulter ont été déployés a été examinée. Dans l'exécution de la phase IV de son processus de consultation, le Canada n'a pas déployé d'efforts raisonnables pour informer et consulter; ses efforts ont été nettement insuffisants.

Les Premières Nations demanderesse/appelantes ont fait valoir que le processus comportait de nombreuses lacunes qui l'ont rendu inadéquat. Bien que les déclarations faites par le ministre des Ressources naturelles de l'époque soient préoccupantes pour certaines Premières Nations demanderesse qui ont fait valoir qu'il y avait partialité, la décision du gouverneur en conseil n'était pas prédéterminée. En l'espèce, le décideur est le gouverneur en conseil, et la décision d'approuver ou non le projet, qui comporte une appréciation de nombreuses considérations stratégiques et d'intérêt public, parfois contradictoires, était une décision à caractère hautement politique. Il ne s'agissait pas d'une décision judiciaire ou quasi judiciaire. Les déclarations de membres du Cabinet individuels n'établissent l'existence de partialité que si la personne qui allègue la partialité démontre que les déclarations sont l'expression d'une opinion finale sur la question en litige. En ce qui concerne l'argument selon lequel le processus de consultation de la Couronne a été unilatéralement imposé aux Premières Nations, du point de vue du droit, la Couronne a toute latitude pour définir la structure du processus de consultation et pour s'acquitter de son obligation de consulter. Ce qui est requis, ce n'est pas un processus de consultation parfait, mais un processus raisonnable. La preuve en l'espèce établissait que le Canada avait reconnu depuis le début son obligation de tenir un processus de consultation approfondie auprès de toutes les Premières Nations concernées, et des consultations ont été menées sur le cadre de consultation du Canada, qui n'a pas été unilatéralement imposé et était raisonnable. En ce qui concerne le financement pour participer à la Commission d'examen conjoint et au processus de consultation, la preuve n'a pas permis d'établir que le financement dont disposaient les groupes autochtones était si insuffisant que le processus de consultation était devenu déraisonnable. En outre, il n'y a pas eu délégation excessive des pouvoirs pour le processus de consultation et il n'était pas déraisonnable pour le Canada d'intégrer le processus de la Commission d'examen conjoint au processus de consultation de la Couronne. Le Canada n'a pas indûment délégué son obligation de consulter à la Commission d'examen conjoint. Le processus de la Commission d'examen conjoint a permis aux groupes autochtones concernés de connaître toutes les particularités de la nature du projet et de ses répercussions possibles sur leurs intérêts, tout en leur donnant l'occasion d'exprimer leurs préoccupations. Par ailleurs, le Canada n'a pas omis d'apprécier la solidité des revendications des Premières Nations. Cet argument n'était pas supporté par la preuve et le Canada n'était pas tenu de communiquer son analyse juridique portant sur la solidité des revendications.

Additionally, four more concerns expressed by the applicant/appellant First Nations, which were overlapping and interrelated, focussed primarily on Canada's execution of Phase IV of the consultation framework and were dealt with together. Canada's execution of the Phase IV consultation process was unacceptably flawed and fell well short of the mark. Its execution thereof failed to maintain the honour of the Crown. Phase IV was a very important part of the overall consultation framework. The Report of the Joint Review Panel covered only some of the subjects on which consultation was required. Its terms of reference were narrower than the scope of Canada's duty to consult. In addition, there were deficiencies in the Joint Review Panel's process relating to important assessments and determinations. As for the status of the consultation process at the start of Phase IV, this was Canada's first opportunity—and its last opportunity before the Governor in Council's decision—to engage in direct consultation and dialogue with affected First Nations on matters of substance, not procedure, concerning the Project.

Regarding Canada's execution of the process of consultation under Phase IV, the argument that the timelines were arbitrarily short and insufficient to provide for meaningful consultation was addressed. While the Governor in Council was subject to a deadline for decision under subsection 54(3) of the NEBA, that subsection allows the Governor in Council, by order, to extend that deadline. The importance and constitutional significance of the duty to consult provides ample reason for the Governor in Council, in appropriate circumstances, to extend the deadline. There was no evidence that Canada gave any thought to asking the Governor in Council to extend the deadline. However, even if Canada did not want to ask the Governor in Council for an extension, a pre-planned, organized process of Phase IV consultation would have allowed Canada to receive in time all relevant views, discuss and consider them, provide any necessary explanations and, if appropriate, make suitable recommendations to the Governor in Council, including any further conditions to be added to any approval of the Project.

A further problem in Phase IV was that, in at least three instances, information was put before the Governor in Council that did not accurately portray the concerns of the affected First Nations. Canada was less than willing to hear the First Nations on this and to consider and, if necessary, correct the information.

Also of significant concern was the lack of meaningful dialogue that took place in Phase IV. Based on the totality of the

Quatre préoccupations additionnelles exprimées par les Premières Nations demanderesse/appelantes, lesquelles se chevauchaient et étaient interreliées, portaient essentiellement sur l'exécution par le Canada du processus de consultation dans le cadre de la phase IV et ont été examinées ensemble. L'exécution par le Canada de la phase IV du processus de consultation comportait des lacunes inacceptables et a raté la cible. Elle n'a pas permis de préserver l'honneur de la Couronne. La phase IV était une partie très importante du processus de consultation dans son ensemble. Le rapport de la Commission d'examen conjoint ne traitait que de certaines questions à l'égard desquelles des consultations étaient nécessaires. Son cadre de référence était plus étroit que la portée de l'obligation de consulter du Canada. De plus, le processus de la Commission d'examen conjoint comportait des lacunes relatives à des évaluations et à des décisions importantes. Quant à l'état du processus de consultation au début de la phase IV, il s'agissait de la première opportunité du Canada—et de sa dernière avant la décision du gouverneur en conseil—pour mener des consultations et un dialogue directs avec les Premières Nations concernées sur des questions de fond, et non de procédure, concernant le projet.

En ce qui concerne l'exécution par le Canada du processus de consultation dans le cadre de la phase IV, l'argument selon lequel les courts délais avaient été établis de façon arbitraire et étaient insuffisants pour permettre la tenue de véritables consultations a été abordé. Tandis que le gouverneur en conseil était assujéti à un délai pour prendre sa décision, conformément au paragraphe 54(3) de la LONE, ce paragraphe lui permet, par décret, de proroger ce délai. L'importance et la portée constitutionnelle de l'obligation de consulter donnent largement raison au gouverneur en conseil, dans les circonstances appropriées, de proroger le délai. Rien n'indiquait que le Canada a pensé à demander au gouverneur en conseil de proroger le délai. Cependant, même si le Canada ne souhaitait pas demander au gouverneur en conseil une prorogation, un processus de consultation planifié à l'avance et organisé dans le cadre de la phase IV aurait permis au Canada de recevoir à temps tous les points de vue pertinents, de les débattre et de les examiner, de fournir toutes les explications nécessaires et, le cas échéant, de formuler des recommandations appropriées au gouverneur en conseil, notamment l'ajout de toute autre condition aux fins de l'approbation du projet.

Un autre problème de la phase IV a été, au moins à trois reprises, que les renseignements qui ont été soumis au gouverneur en conseil ne dressaient pas un portrait fidèle des préoccupations des Premières Nations concernées. Le Canada n'était pas prêt à entendre les Premières Nations à ce sujet et à les étudier et, si nécessaire, à corriger les renseignements.

Il était également très inquiétant de constater que la phase IV du processus de consultation n'a comporté aucun véritable

evidence examined, Canada failed in Phase IV to engage, dialogue and grapple with the concerns expressed to it in good faith by all of the applicant/appellant First Nations. Missing in particular was any indication of an intention to amend or supplement the conditions imposed by the Joint Review Panel, to correct any errors or omissions in its Report or to provide meaningful feedback in response to the material concerns raised. Following the authorities of the Supreme Court of Canada on the duty to consult, during the Phase IV process, the parties were entitled to much more in the nature of information, consideration and explanation from Canada regarding the specific and legitimate concerns they put to Canada. For discussions during Phase IV to be fruitful and the dialogue to be meaningful, Canada had to share information concerning the strength of the affected First Nations' claims to Aboriginal rights and title but this was never done. It was not consistent with the duty to consult and the obligation of fair dealing for Canada to simply assert that the Project's impact would be mitigated without first discussing the nature and extent of the rights that were to be impacted. While the consultation process was not a proper forum for the negotiation of title and governance matters, similar to other asserted rights, affected First Nations were entitled to a meaningful dialogue about the strength of their claim. They were entitled to know Canada's information and views concerning the content and strength of their claims so they would know and would be able to discuss with Canada what was in play in the consultations, the subjects on which Canada might have to accommodate and the extent to which Canada might have to accommodate. Canada's failure to be candid on this point was legally unacceptable. Its failure frustrated the sort of genuine dialogue the duty to consult is meant to foster.

Regarding the adequacy of Canada's reasons, in the present case, Canada was obliged at law to give reasons for its decision directing the Board to issue the Certificates. The source of this obligation was two-fold: where a requirement of deep consultation existed, the Crown was obliged to give reasons. Additionally, subsection 54(2) of the NEBA requires that where the Governor in Council orders the Board to issue a certificate, the order "must set out the reasons for making the order." Given the circumstances in this case, the importance of the claimed rights to Aboriginal groups and the significance of the potential infringement of those rights, this was a case where deep consultation required written explanations to show that the Aboriginal groups' concerns were considered and to reveal the impact those concerns had on the Governor in Council's decision. Had the Phase IV consultation process

dialogue. Compte tenu de l'ensemble de la preuve examinée, le Canada, en ce qui concerne la phase IV, n'a pas engagé de dialogue et ne s'est pas penché sur les préoccupations qui lui avaient été exprimées de bonne foi par l'ensemble des Premières Nations demanderesse/appelantes. Il manquait plus particulièrement une indication d'une intention de modifier ou de compléter les conditions imposées par la Commission d'examen conjoint, de corriger les erreurs ou les omissions dans son rapport ou de formuler des commentaires sérieux en réponse aux préoccupations importantes soulevées. Suivant la jurisprudence de la Cour suprême du Canada concernant l'obligation de consulter, durant le processus de la phase IV, les parties avaient droit de s'attendre à beaucoup plus de renseignements, de considérations et d'explications du Canada relativement aux préoccupations légitimes et spécifiques qu'elles ont adressées au Canada. Pour que la discussion pendant la phase IV soit fructueuse et le dialogue significatif, le Canada devait partager de l'information relative à la solidité des revendications autochtones de droits ou titres ancestraux des Premières Nations concernées, ce qui n'a jamais été fait. Il n'était pas compatible avec l'obligation de consultation et l'obligation de négociation honorable que le Canada se contente d'affirmer que les répercussions du projet seraient atténuées sans d'abord discuter de la nature et de la portée des droits qui seraient touchés. Même si le processus de consultation ne constituait pas un forum adéquat pour la négociation sur des questions de titre et de gouvernance, similaires à d'autres droits revendiqués, les Premières Nations concernées avaient droit à un dialogue significatif sur la solidité de leur revendication. Elles avaient droit de connaître les informations et positions du Canada concernant le contenu et la solidité de leur revendication afin de pouvoir et d'être en mesure de discuter avec le Canada des éléments en jeu dans les consultations, des sujets sur lesquels le Canada pouvait devoir accommoder et à quel point le Canada pouvait accommoder. Le défaut du Canada d'être honnête sur ce point était légalement inacceptable. Ce défaut a contrecarré le besoin de dialogue véritable que le devoir de consulter est censé favoriser.

Concernant le caractère suffisant des motifs du Canada, dans la présente affaire, le Canada était tenu en droit de motiver sa décision d'enjoindre à l'Office national de l'énergie de délivrer le certificat. La source de cette obligation comportait deux volets : lorsqu'une obligation de consultation approfondie existait, la Couronne était tenue de fournir des motifs. En outre, le paragraphe 54(2) de la LONE exige que le gouverneur en conseil donne à l'Office l'instruction de délivrer un certificat; le gouverneur en conseil « énonce, dans le décret, les motifs de celui-ci ». Compte tenu des circonstances en l'espèce, de l'importance pour les groupes autochtones des droits revendiqués et de l'ampleur des atteintes possibles à ces droits, il s'agissait d'une situation où les consultations approfondies exigeaient des explications écrites, montrant que les préoccupations des groupes autochtones avaient été

been adequate, had the reasons given by Canada's officials during the consultation process been adequate and had the Order in Council referred to and adopted, even generically, that process and the reasons given in it, the reasons requirement might have been met but that is not what happened. Here too Canada fell short of the mark.

In conclusion, Canada offered only a brief, hurried and inadequate opportunity in Phase IV—a critical part of Canada's consultation framework—to exchange and discuss information and to dialogue. In order to comply with the law, Canada's officials needed to be empowered to dialogue on all subjects of genuine interest to affected First Nations, to exchange information freely and candidly, to provide explanations, and to complete their task to the level of reasonable fulfilment. As a matter of law, the Governor in Council had to receive and consider any new information or new recommendations stemming from the concerns expressed by Aboriginal peoples during the consultation and, if necessary or appropriate, react. In its Order in Council, the Governor in Council decided to acknowledge only the existence of consultations by others during the process but did not say more despite being required to provide reasons under section 54 of the NEBA and under the duty to consult. The Governor in Council had to provide reasons to show that it fulfilled its legal obligation but did not do so. Therefore in Phase IV of the consultation process—including the execution of the Governor in Council's role at the end of Phase IV—Canada fell short of the mark. Accordingly, the Order in Council had to be quashed and since the basis for the Board's Certificates was a nullity, the Certificates were also a nullity and had to be quashed. The matter was remitted to the Governor in Council for redetermination.

Per Ryer J.A. (dissenting): The Order in Council should not be set aside on the basis that the Crown's execution of the Phase IV consultations was inadequate to meet its duty to consult. In the context of the overall Project-approval process, the execution of the Phase IV consultations was adequate. The alleged imperfections in the execution of the Phase IV consultations, stipulated in the majority reasons, were insufficient to demonstrate that the Crown's consultations were inadequate. There was also no error in the Governor in Council's reasons that warranted the Court's intervention. In the Project-approval process, the Crown had the obligation to fulfil the duty to consult. Therefore, any obligation to explain why the duty to consult was adequately discharged rested with the Crown, not the Governor in Council. The Crown's reasons for concluding that it had met its duty to consult were readily apparent. In conclusion, the duty to consult was met in the circumstances and the Governor in Council was correct

prises en compte et précisant quelle avait été l'incidence de ces préoccupations sur la décision du gouverneur en conseil. Si la consultation de la phase IV avait été adéquate, si les motifs donnés par les fonctionnaires du Canada durant le processus de consultations avaient été adéquats et si le décret faisait référence et adoptait ce processus ainsi que les motifs donnés pendant sa tenue, même de façon générique, les exigences des motifs auraient pu être rencontrées, mais ce n'était pas le cas. Ici également, le Canada a échoué.

En conclusion, le Canada n'a offert qu'une occasion brève, précipitée et inadéquate dans le cadre de la phase IV—une partie essentielle du processus de consultation du Canada—pour échanger des renseignements et en discuter. Afin de se conformer à la loi, les fonctionnaires du Canada devaient être habilités à pouvoir discuter sur tous les sujets d'intérêt véritable pour les Premières Nations concernées, à échanger des informations librement et sincèrement, de donner des explications et d'accomplir leur tâche à un niveau de satisfaction raisonnable. En droit, le gouverneur en conseil devait recevoir et évaluer toute nouvelle information ou nouvelle recommandation résultant des préoccupations exprimées par les peuples autochtones durant la consultation et, si nécessaire ou approprié, réagir. Dans son décret, le gouverneur en conseil a décidé de reconnaître seulement l'existence de consultations par d'autres durant le processus, mais n'en a pas dit plus, malgré l'obligation de donner des motifs conformément à l'article 54 de la LONE et au devoir de consulter. Le Gouverneur en conseil devait donner des motifs afin de démontrer qu'il a respecté ses obligations légales, mais il ne l'a pas fait. Par conséquent, dans la phase IV du processus de consultation—incluant l'exécution par le gouverneur en conseil de son rôle à la fin de la phase IV—le Canada a échoué. Le décret devait ainsi être annulé, et comme le fondement des certificats était entaché de nullité, les certificats étaient aussi frappés de nullité et devaient être annulés. L'affaire a été renvoyée au gouverneur en conseil pour réexamen.

Le juge Ryer, J.C.A. (dissent) : Le décret ne devrait pas être annulé du fait que la Couronne ne s'est pas acquittée de son obligation de consultation, parce qu'elle n'a pas conduit de manière adéquate la phase IV de la consultation. Dans le contexte du processus global d'approbation du projet, l'exécution de la phase IV de la consultation était adéquate. Les imperfections alléguées dans l'exécution de la phase IV des consultations qui sont énoncées dans les motifs des juges majoritaires étaient insuffisantes pour démontrer que les consultations de la Couronne étaient inadéquates. Les motifs du gouverneur en conseil ne contenaient également aucune erreur justifiant l'intervention de la Cour. La Couronne avait l'obligation, dans le cadre de la consultation d'approbation du projet, de s'acquitter de son obligation de consultation. En conséquence, c'est à cette dernière, et non au gouverneur en conseil, qu'il incombait d'expliquer en quoi elle s'était acquittée de cette obligation. Les motifs donnés par la

in so acknowledging and therefore the Order in Council should stand.

Couronne pour conclure qu'elle s'est acquittée de son obligation de consultation étaient tout à fait clairs. La Couronne s'est acquittée de son obligation de consultation dans les circonstances et le gouverneur en conseil avait raison de reconnaître une telle chose. Par conséquent, le décret devait être considéré comme étant valide.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 39.
Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37 (rep. by S.C. 2012, c. 19, s. 66), ss. 2 “designated project”, 30, 37.
Canadian Environmental Assessment Act, 2012, S.C. 2012, c. 19, s. 52, ss. 2 “designated project”, 5, 19, 29, 30, 31, 53.
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 9, 10, 13.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35(1).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 81.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 31(2).
Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act, S.C. 2012, c. 19.
National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7, ss. 2 “Minister”, 33 to 40, 52, 53, 54, Part IV (58.5-72), 75, 77, 84, 87 to 103.
 Order in Council P.C. 2014-809. *Order — Certificates of Public Convenience and Necessity OC-060 and OC-061 to Northern Gateway Pipelines Inc. for the Northern Gateway Pipelines Project*, (2014) C. Gaz. I, 1645.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Gwaii Haanas Agreement, 1993.
 Gwaii Haanas Marine Agreement, 2010.
 Haida Gwaii Strategic Land Use Agreement, 2007.
 Kunst’aa Guu-Kunst’aayah Reconciliation Protocol, 2009.
 Memoranda of Understanding with Canada for cooperative management and planning of the sGaan Kinghlas (Bowie Seamount).

CASES CITED

DISTINGUISHED:

- Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75;

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Décret C.P. 2014-809. *Décret — Certificats d'utilité publique OC-060 et OC-061 à Northern Gateway Pipelines Inc. pour le projet d'oléoduc Northern Gateway*, (2014) Gaz. C. I, 1645.
Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37 (abrogé par L.C. 2012, ch. 19, art. 66), art. 2 « projet désigné », 30, 37.
Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012), L.C. 2012, ch. 19, art. 52, art. 2 « projet désigné », 5, 19, 29, 30, 31, 53.
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 9, 10, 13.
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(1).
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 31(2).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 39.
Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durables, L.C. 2012, ch. 19.
Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 2 « ministre », 33 à 40, 52, 53, 54, partie IV (58.5-72), 75, 77, 84, 87 à 103.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 81.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Entente Gwaii Haanas, 1993.
 Entente sur l'aire marine Gwaii Haanas, 2010.
 Entente sur un plan d'utilisation stratégique des terres Haida Gwaii, 2007.
 Protocole de réconciliation Kunst'aa Guu-Kunst'aayah, 2009.
 Protocole d'entente avec le Canada sur la gestion et la planification concertées de la zone sGaan Kinghlas (mont sous-marin Bowie).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

- Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l'énergie)*, 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75;

Council of the Innu of Ekuanitshit v. Canada (Attorney General), 2014 FCA 189, 376 D.L.R. (4th) 348.

CONSIDERED:

League for Human Rights of B’Nai Brith Canada v. Odynsky, 2010 FCA 307, *sub nom. League for Human Rights of B’Nai Brith Canada v. Canada*, [2012] 2 F.C.R. 312; *Canada v. Kabul Farms Inc.*, 2016 FCA 143; *Paradis Honey Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 89, [2016] 1 F.C.R. 446; *FortisAlberta Inc. v. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 ABCA 295, 389 D.L.R. (4th) 1; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *Imperial Oil Ltd. v. Quebec (Minister of the Environment)*, 2003 SCC 58, [2003] 2 S.C.R. 624; *Halalt First Nation v. British Columbia (Minister of Environment)*, 2012 BCCA 472, [2013] 1 W.W.R. 791.

REFERRED TO:

Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Canada (Attorney General) v. Boogaard*, 2015 FCA 150, 87 Admin. L.R. (5th) 175; *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 472 N.R. 171; *Budlakoti v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FCA 139, 35 Imm. L.R. (4th) 1; *Rothmans of Pall Mall Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1976] 2 F.C. 500, (1976), 67 D.L.R. (3d) 505 (C.A.); *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488; *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Trinity Western University v. Law Society of Upper Canada*, 2015 ONSC 4250, 126 O.R. (3d) 1; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, (1997), 151 D.L.R. (4th) 577; *R. v. Clarke*, 2014 SCC 28, [2014] 1 S.C.R. 612; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*,

Conseil des Innus de Ekuanitshit c. Canada (Procureur général), 2014 CAF 189.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Ligue des droits de la personne de B’Nai Brith Canada c. Odynsky, 2010 CAF 307, *sub nom. Ligue des droits de la personne de B’Nai Brith Canada c. Canada*, [2012] 2 R.C.F. 312; *Canada c. Kabul Farms Inc.*, 2016 CAF 143; *Paradis Honey Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446; *FortisAlberta Inc. v. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 ABCA 295, 389 D.L.R. (4th) 1; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Première Nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d’évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *Cie pétrolière Impériale ltée c. Québec (Ministre de l’Environnement)*, 2003 CSC 58, [2003] 2 R.C.S. 624; *Halalt First Nation v. British Columbia (Minister of Environment)*, 2012 BCCA 472, [2013] 1 W.W.R. 791.

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Canada (Procureur général) c. Boogaard*, 2015 CAF 150; *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117; *Budlakoti c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CAF 139; *La compagnie Rothmans de Pall Mall Canada Limitée c. Le ministre du Revenu national*, [1976] 2 C.F. 500 (C.A.); *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116, [2010] 2 R.C.F. 488; *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Trinity Western University v. Law Society of Upper Canada*, 2015 ONSC 4250, 126 O.R. (3d) 1; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *R. c. Clarke*, 2014 CSC 28, [2014] 1 R.C.S. 612; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *Première Nation des Ahousaht c. Canada*

[1995] 2 S.C.R. 1031, (1995), 125 D.L.R. (4th) 385; *Ahousaht First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2008 FCA 212, 297 D.L.R. (4th) 722; *Canada v. Long Plain First Nation*, 2015 FCA 177, 388 D.L.R. (4th) 209; *Yellowknives Dene First Nation v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2015 FCA 148, 93 C.E.L.R. (3d) 39; *Hamlet of Clyde River v. TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS)*, 2015 FCA 179, [2016] 3 F.C.R. 167; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, (1990), 75 D.L.R. (4th) 385; *Cold Lake First Nations v. Alberta (Tourism, Parks and Recreation)*, 2013 ABCA 443, 556 A.R. 259; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, (1996), 137 D.L.R. (4th) 648.

AUTHORS CITED

Canadian Environmental Assessment Agency. “Scope of the Factors – Northern Gateway Pipelines Project, Guidance for the assessment of the environmental effects of the Northern Gateway Pipeline Project, as proposed by Northern Gateway Pipelines Limited Partnership”, August 2009, online: <<https://www.ceaa-acee.gc.ca/050/documents/44033/44033E.pdf>>.

Enbridge Northern Gateway Project Joint Review Panel. *Connections: Report of the Joint Review Panel for the Enbridge Northern Gateway Project, Volume 1 and Considerations: Report of the Joint Review Panel for the Enbridge Northern Gateway Project, Volume 2*, online: <<http://gatewaypanel.review-examen.gc.ca/clf-nsi/dcmnt/rcmndtnsrprt/rcmndtnsrprt-eng.html>>.

Enbridge Northern Gateway Project Joint Review Panel. “Decision Statement Issued under Section 54 of the *Canadian Environmental Assessment Act*, 2012 and Paragraph 104(4)(b) of the *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*”, online: <<http://gatewaypanel.review-examen.gc.ca/clf-nsi/dcmnt/dcsnsttmnt-eng.html>>.

O’Brien, A. and M. Bosc. *House of Commons Procedure and Practice*, 2nd ed. Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2009.

Vanderklippe, Nathan “Ottawa energy strategy targets diverse marketplace”, *The Globe and Mail* (July 18, 2011), online: <<http://www.theglobeandmail.com/report-on-business/industry-news/energy-and-resources/ottawa-energy-strategy-targets-diverse-marketplace/article590827/>>.

APPLICATIONS for judicial review of Order in Council P.C. 2014-809 requiring the National Energy Board to issue two Certificates of Public Convenience

(*Pêches et Océans*), 2008 CAF 212; *Canada c. Première Nation de Long Plain*, 2015 CAF 177; *Première nation Yellowknives Dene c. Canada (Affaires autochtones et Développement du Nord)*, 2015 CAF 148; *Hameau de Clyde River c. TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS)*, 2015 CAF 179, [2016] 3 R.C.F. 167; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Cold Lake First Nations v. Alberta (Tourism, Parks and Recreation)*, 2013 ABCA 443, 556 A.R. 259; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723.

DOCTRINE CITÉE

Agence canadienne d’évaluation environnementale. « Portée des éléments dans le cadre du projet d’oléoduc Northern Gateway – Guide d’évaluation des effets environnementaux du projet d’oléoduc Northern Gateway, tel qu’il est proposé par Northern Gateway Pipelines Limited Partnership », août 2009, en ligne : <<https://www.ceaa-acee.gc.ca/050/documents/44033/44033F.pdf>>.

Commission d’examen conjoint du projet Enbridge Northern Gateway. *Connexions : Rapport de la commission d’examen conjoint sur le projet Enbridge Northern Gateway, Volume 1* et *Considérations : Rapport de la commission d’examen conjoint sur le projet Enbridge Northern Gateway, Volume 2*, en ligne : <<http://gatewaypanel.review-examen.gc.ca/clf-nsi/dcmnt/rcmndtnsrprt/rcmndtnsrprt-fra.html>>.

Commission d’examen conjoint du projet Enbridge Northern Gateway. « Décision rendue aux termes de l’article 54 de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale* (2012) et de l’alinéa 104(4)b de la *Loi sur l’emploi, la croissance et la prospérité durable* », en ligne : <<http://gatewaypanel.review-examen.gc.ca/clf-nsi/dcmnt/dcsnsttmnt-fra.html>>.

O’Brien, A. et M. Bosc. *House of Commons Procedure and Practice*, 2^e éd. Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2009.

Vanderklippe, Nathan « Ottawa energy strategy targets diverse marketplace », *The Globe and Mail* (18 juillet 2011), en ligne : <<http://www.theglobeandmail.com/report-on-business/industry-news/energy-and-resources/ottawa-energy-strategy-targets-diverse-marketplace/article590827/>>.

DEMANDES de contrôle judiciaire à l’encontre du décret C.P. 2014-809 qui exigeait que l’Office national de l’énergie délivre deux certificats d’utilité publique

and Necessity concerning the Northern Gateway Project. APPEALS against the Certificates of Public Convenience and Necessity issued by the National Energy Board. APPLICATIONS for judicial review of the Report issued by the Joint Review Panel, acting under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, section 52 and the *National Energy Board Act*, and considered by the Governor in Council when making Order in Council P.C. 2014-809. Applications for judicial review of Order in Council P.C. 2014-809 allowed; appeals against Certificates allowed; applications for judicial review of Joint Review Panel Report dismissed. Ryer J.A. dissenting.

APPEARANCES

Robert J. M. Janes, Q.C., Elin R. S. Sigurdson, Virginia V. Mathers and Christopher J. Evans for applicant/appellant Gitxaala Nation.

Michael Lee Ross, Grace A. Jackson and Benjamin Ralston for applicant/appellant Gitga'at First Nation.

Jennifer Griffith, Allan Donovan and Mary Anne Vallianatos for applicant/appellant Haisla Nation.

Terri-Lynn Williams-Davidson, Michael Jackson, David Paterson and Elizabeth Bulbrook (articled student) for applicants/appellants The Council of the Haida Nation and Peter Lantin suing on his own behalf and on behalf of all citizens of the Haida Nation.

Lisa C. Fong and Julia Hincks for applicants/appellants Kitasoo Xai'xais Band Council and Heiltsuk Tribal Council.

Cheryl Sharvit and Gavin Smith for applicants/appellants Martin Louie on his own behalf and on behalf of Nadleh Whut'en and on behalf of the Nadleh Whut'en Band, Fred Sam on his own behalf and on behalf of all Nak'azdli Whut'en and on behalf of the Nak'azdli Band.

Steven Shrybman for applicant/appellant Unifor.

Barry Robinson and Karen Campbell for applicants/appellants ForestEthics Advocacy Association, Living Oceans Society and Raincoast Conservation Foundation.

concernant le projet Northern Gateway. APPELS contre les certificats d'utilité publique délivrés par l'Office national de l'énergie. DEMANDES de contrôle judiciaire à l'encontre du rapport publié par la Commission d'examen conjoint, agissant au titre de l'article 52 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* et de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, et pris en considération par le gouverneur en conseil au moment de prendre le décret C.P. 2014-809. Demandes de contrôle judiciaire relativement au décret C.P. 2014-809 accueillies; appels contre les certificats accueillis; demandes de contrôle judiciaire à l'encontre du rapport de la Commission d'examen conjoint rejetées. Le juge Ryer, J.C.A., dissident.

ONT COMPARU

Robert J. M. Janes, c.r., Elin R. S. Sigurdson, Virginia V. Mathers et Christopher J. Evans pour la demanderesse/appelante la Nation Gitxaala.

Michael Lee Ross, Grace A. Jackson et Benjamin Ralston pour la demanderesse/appelante la Première Nation Gitga'at.

Jennifer Griffith, Allan Donovan et Mary Anne Vallianatos pour la demanderesse/appelante la Nation Haisla.

Terri-Lynn Williams-Davidson, Michael Jackson, David Paterson et Elizabeth Bulbrook (stagiaire en droit) pour les demandeurs/appelants Conseil de la Nation Haïda et Peter Lantin, en son nom et au nom de tous les citoyens de la Nation Haïda.

Lisa C. Fong et Julia Hincks pour les demandeurs/appelants Conseil de bande Kitasoo Xai'xais et Conseil tribal Heiltsuk.

Cheryl Sharvit et Gavin Smith pour les demandeurs/appelants Martin Louie, en son nom et au nom des Nadleh Whut'en et au nom de la bande Nadleh Whut'en, Fred Sam, en son nom et au nom de tous les Nak'azdli Whut'en et au nom de la bande des Nak'azdli.

Steven Shrybman pour la demanderesse/appelante Unifor.

Barry Robinson et Karen Campbell pour les demandeurs/appelants ForestEthics Advocacy Association, Living Oceans Society et Raincoast Conservation Foundation.

Chris D. Tollefson and Anthony Ho for applicant/appellant Federation of BC Naturalists carrying on business as BC Nature.

Jan Brongers, Ken Manning, Dayna S. Anderson, Liliane Bantourakis and Sarah Bird for respondents Her Majesty the Queen, Attorney General of Canada and the Minister of the Environment. *E. David D. Tevender, Q.C., Bernard J. Roth and Laura K. Estep* for respondents Northern Gateway Pipelines Inc. and Northern Gateway Pipelines Limited Partnership.

Andrew R. Hudson for respondent National Energy Board.

Angela Cousins for intervener Attorney General of British Columbia.

Colleen Bauman and Justin Safayeni for intervener Amnesty International.

Lewis L. Manning, Keith B. Bergner and Toby Kruger for intervener Canadian Association of Petroleum Producers.

Chris D. Tollefson et Anthony Ho pour la demanderesse/appelante Federation of BC Naturalists faisant affaire sous le nom de BC Nature.

Jan Brongers, Ken Manning, Dayna S. Anderson, Liliane Bantourakis et Sarah Bird pour les défendeurs Sa Majesté la Reine, le procureur général du Canada et le ministre de l'Environnement. *E. David D. Tevender, c.r., Bernard J. Roth et Laura K. Estep* pour les intimés Northern Gateway Pipelines Inc. et Northern Gateway Pipelines Limited Partnership.

Andrew R. Hudson pour l'intimé l'Office national de l'énergie.

Angela Cousins pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Colleen Bauman et Justin Safayeni pour l'intervenante Amnesty International.

Lewis L. Manning, Keith B. Bergner et Toby Kruger pour l'intervenante l'Association canadienne des producteurs pétroliers.

SOLICITORS OF RECORD

JFK Law Corporation, Vancouver, for applicant/appellant Gitxaala Nation.

Michael Lee Ross, Vancouver, for applicant/appellant Gitga'at First Nation.

Donovan & Company, Vancouver, for applicant/appellant Haisla Nation.

White Raven Law Corporation, Surrey, British Columbia, for applicants/appellants The Council of the Haida Nation and Peter Lantin suing on his own behalf and on behalf of all citizens of the Haida Nation.

Ng Ariss Fong, Vancouver, for applicants/appellants Kitasoo Xai'xais Band Council and Heiltsuk Tribal Council.

Mandell Pinder LLP, Vancouver, for applicants/appellants Martin Louie on his own behalf and on behalf of Nadleh Whut'en and on behalf of the Nadleh Whut'en Band, Fred Sam on his own behalf and on behalf of all Nak'azdli Whut'en and on behalf of the Nak'azdli Band.

Goldblatt Partners LLP, Toronto, for applicant/appellant Unifor.

Ecojustice, Calgary, for applicants/appellants ForestEthics Advocacy Association, Living Oceans Society and Raincoast Conservation Foundation.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

JFK Law Corporation, Vancouver, pour la demanderesse/appelante la Nation Gitxaala.

Michael Lee Ross, Vancouver, pour la demanderesse/appelante la Première Nation Gitga'at.

Donovan & Company, Vancouver, pour la demanderesse/appelante la Nation Haisla.

White Raven Law Corporation, Surrey, Colombie-Britannique, pour les demandeurs/appellants Conseil de la Nation Haïda et Peter Lantin, en son nom et au nom de tous les citoyens de la Nation Haïda.

Ng Ariss Fong, Vancouver, pour les demandeurs/appellants Conseil de bande Kitasoo Xai'xais et Conseil tribal Heiltsuk.

Mandell Pinder LLP, Vancouver, pour les demandeurs/appellants Martin Louie, en son nom et au nom des Nadleh Whut'en et au nom de la bande Nadleh Whut'en, Fred Sam, en son nom et au nom de tous les Nak'azdli Whut'en et au nom de la bande des Nak'azdli.

Goldblatt Partners LLP, Toronto, pour la demanderesse/appelante Unifor.

Ecojustice, Calgary, pour les demandeurs/appellants ForestEthics Advocacy Association, Living Oceans Society et Raincoast Conservation Foundation.

Environmental Law Centre, University of Victoria, Victoria, for applicant/appellant Federation of BC Naturalists carrying on business as BC Nature.

Deputy Attorney General of Canada for respondents Her Majesty the Queen, Attorney General of Canada and the Minister of the Environment.

Dentons Canada LLP, Calgary, for respondents Northern Gateway Pipelines Inc. and Northern Gateway Pipelines Limited Partnership.

National Energy Board, Calgary, for respondent National Energy Board.

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

Goldblatt Partners LLP, Ottawa, and *Stockwoods LLP*, Toronto, for intervener Amnesty International.

Lawson Lundell LLP, Vancouver, for intervener Canadian Association of Petroleum Producers.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DAWSON AND STRATAS J.J.A.: Before the Court are nine applications for judicial review of Order in Council P.C. 2014-809 [*Order — Certificates of Public Convenience and Necessity OC-060 and OC-061 to Northern Gateway Pipelines Inc. for the Northern Gateway Pipelines Project*, (2014) C. Gaz. I, 1645]. That Order required the National Energy Board to issue two Certificates of Public Convenience and Necessity, [the Certificate] on certain conditions, concerning the Northern Gateway Project [the Project]. That Project, proposed by Northern Gateway Pipelines Inc. and Northern Gateway Pipelines Limited Partnership, consists of two pipelines transporting oil and condensate and related facilities.

[2] Also before the Court are five applications for judicial review of a Report issued by a review panel, known as the Joint Review Panel, acting under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19, section 52 and the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, as amended. The Governor in Council considered the Joint Review Panel's Report [cited below at paragraph 50] when making its Order in Council.

Environmental Law Centre, University of Victoria, Victoria, pour la demanderesse/appelante Federation of BC Naturalists faisant affaire sous le nom de BC Nature.

Le sous-procureur général du Canada pour les intimés Sa Majesté la Reine, le procureur général du Canada et le ministre de l'Environnement.

Dentons Canada, S.E.N.C.R.L., Calgary, pour les intimés Northern Gateway Pipelines Inc. et Northern Gateway Pipelines Limited Partnership.

L'Office national de l'énergie, Calgary, pour l'intimé l'Office national de l'énergie.

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

Goldblatt Partners LLP, Ottawa, et *Stockwoods LLP*, Toronto, pour l'intervenante Amnesty International.

Lawson Lundell LLP, Vancouver, pour l'intervenante l'Association canadienne des producteurs pétroliers.

Voici les motifs du jugement rendu en français par

[1] LES JUGES DAWSON ET STRATAS, J.C.A. : La Cour est saisie de neuf demandes de contrôle judiciaire à l'encontre du décret C.P. 2014-809 [*Décret — Certificats d'utilité publique OC-060 et OC-061 à Northern Gateway Pipelines Inc. pour le projet d'oléoduc Northern Gateway*, (2014) G. Can. I, 1645]. Ce décret exigeait que l'Office national de l'énergie délivre deux certificats d'utilité publique [le certificat], à certaines conditions, concernant le projet Northern Gateway [le projet]. Ce projet, proposé par Northern Gateway Pipelines Inc. et Northern Gateway Pipelines Limited Partnership, consiste en deux pipelines pour le transport de pétrole et de condensats, et des installations connexes.

[2] La Cour est également saisie de cinq demandes de contrôle judiciaire à l'encontre d'un rapport rédigé par une commission d'examen, connue sous le nom de Commission d'examen conjoint, agissant au titre de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, ch. 19, article 52, et de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7, dans sa version modifiée. Le gouverneur en conseil a tenu compte du rapport de la Commission d'examen

[3] And also before the Court are four appeals of the Certificates issued by the National Energy Board.

[4] All of these proceedings have been consolidated. These are our reasons for judgment in the consolidated proceedings. In conformity with the order consolidating the proceedings, the original of these reasons will be placed in the lead file, file A-437-14, and a copy will be placed in each of the other files.

[5] As seen above, three administrative acts—the Order in Council, the Report and the Certificates—are all subject to challenge. But, as explained below, for our purposes, the Order in Council is legally the decision under review and is the focus of our analysis.

[6] Applying the principles of administrative law, we find that the Order in Council is acceptable and defensible on the facts and the law and is reasonable. The Order in Council was within the margin of appreciation of the Governor in Council, a margin of appreciation that, as we shall explain, in these circumstances is broad.

[7] However, the Governor in Council could not make the Order in Council unless Canada has also fulfilled the duty to consult owed to Aboriginal peoples.

[8] When considering whether that duty has been fulfilled—i.e., the adequacy of consultation—we are not to insist on a standard of perfection; rather, only reasonable satisfaction is required. Bearing in mind that standard, we conclude that Canada has not fulfilled its duty to consult. While Canada exercised good faith and designed a good framework to fulfil its duty to consult, execution of that framework—in particular, one critical part of that framework known as Phase IV—fell well short of the mark. A summary of our reasons in support of this conclusion can be found at paragraphs 325–332, below.

conjoint [cité ci-dessous au paragraphe 50] lorsqu’il a pris son décret.

[3] Enfin, la Cour est aussi saisie de quatre appels relativement aux certificats délivrés par l’Office national de l’énergie.

[4] Toutes ces instances ont été réunies. Les présents motifs statuent sur les instances réunies. Conformément à l’ordonnance réunissant les instances, l’original des présents motifs sera déposé dans le dossier principal, A-437-14, et une copie sera déposée dans chacun des autres dossiers.

[5] Comme il a déjà été mentionné, trois actes administratifs — le décret, le rapport et les certificats — sont tous sujets à contestation. Mais, comme il sera expliqué plus loin, de notre point de vue juridique, le décret est la décision faisant l’objet du contrôle et il est le point de mire de notre analyse.

[6] En appliquant les principes de droit administratif, nous concluons que le décret appartient aux issues qui sont acceptables et justifiables au regard des faits et du droit, et il est raisonnable. Il était loisible au gouverneur en conseil de prendre le décret, parce que, comme nous l’expliquerons, il avait une large marge d’appréciation dans les circonstances.

[7] Toutefois, le gouverneur en conseil ne pouvait pas prendre le décret, à moins que le Canada ne se soit acquitté de son obligation de consulter à l’égard des peuples autochtones.

[8] Pour examiner le caractère adéquat de la consultation, nous n’insisterons pas sur une norme de perfection, mais plutôt sur une norme de satisfaction raisonnable. En gardant cela à l’esprit, nous concluons que le Canada ne s’est pas acquitté de son obligation de consulter. Bien que le Canada ait fait preuve de bonne foi et ait élaboré un bon cadre pour remplir son obligation de consulter, l’exécution de ce cadre — en particulier une partie essentielle de ce cadre connu comme la phase IV — fut nettement insuffisante. Un résumé des motifs au soutien de cette conclusion se trouve aux paragraphes 325 à 332 ci-bas.

[9] In reaching this conclusion, we rely to a large extent on facts not in dispute, including Canada's own factual assessments and its own officials' words. Further, in reaching this conclusion, we have not extended any existing legal principles or fashioned new ones. Our conclusion follows from the application of legal principles previously settled by the Supreme Court of Canada to the undisputed facts of this case.

[10] Thus, for the following reasons, we would quash the Order in Council and the Certificates that were issued under them. We would remit the matter back to the Governor in Council for prompt redetermination.

[11] For the convenience of the reader, we offer an index to these reasons:

A. The Project.....	12
B. The parties	17
C. The approval process for the Project	19
(1) Introduction	19
(2) The beginning.....	21
(3) The process gets underway.....	33
(4) The parties' participation in the approval process.....	48
(5) The Report of the Joint Review Panel	50
(6) Consultation with Aboriginal groups: Phase IV	54
(7) The Order and the Certificates	59
(8) Future regulatory processes.....	67
D. Legal proceedings.....	68
E. Reviewing the administrative decisions following administrative law principles	74
(1) Introduction	74
(2) Preliminary issues	82
(a) The standing of certain parties	82
(b) The admissibility of affidavits.....	88
(3) The legislative scheme in detail	92

[9] En tirant cette conclusion, nous nous appuyons en grande partie sur les faits non contestés, y compris les appréciations des faits que le Canada a lui-même effectuées ainsi que les dires de ses propres fonctionnaires. En outre, en arrivant à cette conclusion, nous n'avons pas étendu quelque principe juridique existant que ce soit ni n'en avons défini de nouveaux. Notre conclusion découle de l'application des principes juridiques déjà établis par la Cour suprême du Canada aux faits non contestés de la présente affaire.

[10] Ainsi, pour les motifs qui suivent, nous annulons le décret et les certificats délivrés aux termes de celui-ci. Nous renverrions l'affaire au gouverneur en conseil pour qu'il rende une nouvelle décision rapidement.

[11] Pour plus de commodité, voici un index des présents motifs :

A. Le projet.....	12
B. Les parties.....	17
C. Le processus d'approbation du projet.....	19
1) Introduction	19
2) Le commencement	21
3) Le lancement du processus.....	33
4) La participation des parties au processus d'approbation	48
5) Le rapport de la Commission d'examen conjoint.....	50
6) Les consultations avec les groupes autochtones : phase IV	54
7) Le décret et les certificats.....	59
8) Les futurs processus réglementaires..	67
D. Les instances judiciaires	68
E. L'examen des décisions administratives au regard des principes de droit administratif.....	74
1) Introduction	74
2) Les questions préliminaires.....	82
a) La qualité pour agir de certaines parties	82
b) L'admissibilité des affidavits.....	88
3) Le régime législatif en détail	92

(a) The report stage: the <i>National Energy Board Act</i> requirements	102	a) L'étape du rapport : les exigences prévues à la <i>Loi sur l'Office national de l'énergie</i>	102
(b) The report stage: the <i>Canadian Environmental Assessment Act, 2012</i> requirements	108	b) L'étape du rapport : la <i>Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)</i>	108
(c) Consideration by the Governor in Council	112	c) Examen par le gouverneur en conseil.....	112
(4) Characterization of the legislative scheme	119	4) Description du régime législatif	119
(5) Standard of review.....	128	5) La norme de contrôle.....	128
(6) The Governor in Council's decision was reasonable under administrative law principles	156	6) La décision du gouverneur en conseil était raisonnable selon les principes du droit administratif	156
F. The duty to consult Aboriginal peoples ...	170	F. L'obligation de consulter les peuples autochtones	170
(1) Legal principles	170	1) Les principes juridiques.....	170
(2) The standard to which Canada is to be held in fulfilling the duty.....	182	2) La norme à laquelle le Canada est tenu pour s'acquitter de l'obligation .	182
(3) The consultation process	187	3) Le processus de consultation.....	187
(4) The alleged flaws in the consultation process	191	4) Les lacunes qui auraient été relevées dans le processus de consultation.....	191
(a) The Governor in Council pre-judged the approval of the Project.....	192	a) Le gouverneur en conseil a pré-jugé de l'approbation du projet. ...	192
(b) The framework of the consultation process was unilaterally imposed upon the First Nations...	201	b) Le cadre du processus de consultation a été imposé unilatéralement aux Premières Nations.....	201
(c) Inadequate funding for participation in the Joint Review Panel and consultation processes	209	c) Le financement fourni pour faciliter la participation au processus de la Commission d'examen conjoint et au processus de consultation était insuffisant	209
(d) The consultation process was over-delegated	211	d) Il y a eu délégation excessive des pouvoirs pour le processus de consultation	211
(e) Canada either failed to conduct or failed to share with affected First Nations its legal assessment of the strength of their claims to Aboriginal rights or title	218	e) Le Canada n'a pas apprécié la solidité juridique des revendications de droits ou de titres ancestraux des Premières Nations concernées, ou n'a pas communiqué à celles-ci les résultats de son appréciation.....	218

(f) The Crown consultation did not reflect the terms, spirit and intent of the Haida Agreements	226	f) Les consultations de la Couronne ne reflètent pas les conditions, l'esprit et l'objet des ententes avec les Haïda	226
(g) The Joint Review Panel Report left too many issues affecting First Nations to be decided after the Project was approved.....	230	g) Dans le rapport de la Commission d'examen conjoint, trop de questions touchant les Premières Nations ont été laissées en suspens afin d'être décidées après l'approbation du projet	230
(h) The consultation process was too generic: Canada and the Joint Review Panel looked at First Nations as a whole and failed to address adequately the specific concerns of particular First Nations	230	h) Le processus de consultation était trop générique. Le Canada et la Commission d'examen conjoint ont examiné les Premières Nations dans leur ensemble, et n'ont pas répondu de façon appropriée aux préoccupations particulières soulevées par certaines Premières Nations	230
(i) After the Report of the Joint Review Panel was finalized, Canada failed to consult adequately with First Nations about their concerns and failed to give adequate reasons	230	i) Suivant l'achèvement du rapport de la Commission d'examen conjoint, le Canada n'a pas mené de consultations adéquates auprès des Premières Nations au sujet de leurs préoccupations ni n'a fourni suffisamment de motifs	230
(j) Canada did not assess or discuss title or governance rights and the impact on those rights.....	230	j) Le Canada n'a pas apprécié ni examiné les titres ancestraux ou les droits de gouvernance ainsi que les répercussions sur ceux-ci	230
(5) Conclusion.....	325	5) Conclusion	325
G. Remedy	333	G. La réparation	333
H. Proposed disposition.....	342	H. Le dispositif proposé.....	342

A. The Project

[12] The Northern Gateway Project consists of two 1 178 kilometer pipelines and associated facilities. One pipeline is intended to transport oil from Bruderheim, Alberta to Kitimat, British Columbia. At Kitimat, the oil would be loaded onto tankers for delivery to export markets. The other pipeline would carry condensate removed from tankers at Kitimat to Bruderheim, for distribution to Alberta markets.

A. Le projet

[12] Le projet Northern Gateway consiste en deux pipelines de 1 178 kilomètres et des installations connexes. L'un des pipelines est censé transporter du pétrole provenant de Bruderheim, en Alberta, à Kitimat, en Colombie-Britannique. À Kitimat, le pétrole serait chargé dans des navires-citernes pour être livré dans des marchés d'exportation. L'autre pipeline transporterait des condensats, retirés des navires-citernes à Kitimat, vers Bruderheim, pour leur distribution dans les marchés de l'Alberta.

[13] The associated facilities include both tank and marine terminals in Kitimat consisting of a number of oil storage tanks, condensate storage tanks, tanker berths and a utility berth. Kitimat would be a much busier place, with 190–250 tanker calls a year, some tankers up to 320 000 tons deadweight in size.

[14] If built, the Project could operate for 50 years or more.

[15] Behind the Project are Northern Gateway Pipelines Limited Partnership and Northern Gateway Pipelines Inc. For the purposes of these reasons, it is not necessary to distinguish between the two and so the term “Northern Gateway” shall be used throughout for both or either.

[16] Northern Gateway is not alone behind the Project. It has 26 Aboriginal equity partners representing almost 60 percent of the Aboriginal communities along the pipelines’ right-of-way, representing 60 percent of the area’s First Nations’ population and 80 percent of the area’s combined First Nations and Métis population. Northern Gateway continues to discuss long term partnerships with a number of Aboriginal groups and expects that the number of equity partners will increase.

B. The parties

[17] The Project significantly affects a number of the First Nations who are parties to these proceedings. In no particular order, these parties are as follows:

- *Gitxaala Nation*. Portions of the oil and condensate tanker routes for the Project are located within the Gitxaala’s asserted traditional territory. The Gitxaala maintain that the tanker traffic resulting from the Project would affect its Aboriginal rights, including title and self-governance rights. Its main

[13] Les installations connexes comprennent tant des terminaux de stockage que des terminaux maritimes à Kitimat, lesquels consistent en un certain nombre de réservoirs de stockage de pétrole et de réservoirs de stockage de condensats, des postes à quai pour les navires-citernes ainsi qu’un poste à quai pour les navires utilitaires. Kitimat serait un endroit beaucoup plus achalandé, qui accueillerait de 190 à 250 navires-citernes par année, certains de ceux-ci faisant jusqu’à 320 000 tonnes de port en lourd.

[14] S’il est construit, le projet pourrait être en opération pendant 50 ans ou plus.

[15] Derrière ce projet, il y a Northern Gateway Pipelines Limited Partnership et Northern Gateway Pipelines Inc. Pour les besoins des présents motifs, il n’est pas nécessaire de les distinguer, de sorte que le terme « Northern Gateway » sera employé tout au long des motifs pour l’un ou l’autre, ou les deux.

[16] Northern Gateway n’est pas seule derrière le projet. Elle a 26 partenaires financiers autochtones représentant presque 60 p. 100 des collectivités autochtones situées le long de l’emprise du pipeline, représentant 60 p. 100 des populations des Premières Nations de la région et 80 p. 100 des populations combinées des Premières Nations et des Métis de la région. Northern Gateway continue à discuter d’un partenariat à long terme avec un certain nombre de groupes autochtones et s’attend à une augmentation du nombre de partenaires financiers.

B. Les parties

[17] Le projet a des répercussions importantes sur un certain nombre des Premières Nations qui sont parties aux présentes instances. Voici, sans aucun ordre particulier, les parties en question :

- *Nation Gitxaala*. Des parties des routes de navigation des navires-citernes de pétrole et de condensats pour le projet sont situées à l’intérieur du territoire traditionnel revendiqué par la Nation Gitxaala. La Nation Gitxaala maintient que le trafic des navires-citernes qui résulterait du projet

community, Lach Klan, is roughly 10 kilometres from the tanker routes. Also near the tanker routes are 15 of its reserves, several harvesting areas, traditional village sites, and spiritual sites.

- *Haisla Nation.* A portion of the pipelines, the entire Kitimat Terminal and a portion of the tanker route are within territory claimed by the Haisla upon which they assert rights to hunt, fish, trap, gather, use timber resources and govern. Canada accepted the Haisla's comprehensive claim for negotiations decades ago and 20 years ago, Canada entered into a framework agreement with the Haisla for treaty negotiations.
 - *Gitga'at First Nation.* All ships coming or going from the Kitimat Terminal must pass through the Gitga'at's asserted territory. They have 14 reserves along the proposed shipping route; indeed, the route is just two kilometres from the main Gitga'at community at Hartley Bay, British Columbia.
 - *Kitasoo Xai'Xais Band Council.* This party is the body that governs the Kitasoo Xai'Xais Nation, a band of Aboriginal peoples comprised of the Tsimshian Kitasoo people and Heiltsuk language speaking Xai'Xais people. Their asserted territory includes a number of coastal islands and surrounding waters and mainland territory next to inlets and fjords. Tankers will cross their territory.
 - *Heiltsuk Tribal Council.* This party governs the Heiltsuk Nation. The Heiltsuk Nation is a band of Aboriginal peoples amalgamated from five tribal groups located on the central coast of British
- aurait des répercussions sur ses droits ancestraux, y compris son titre et ses droits de gouvernance autonome. Sa principale collectivité, Lach Klan, se trouve à environ 10 kilomètres des routes de navigation des navires-citernes. Aussi, près des routes de navigation des navires-citernes, il y a 15 de ses réserves, plusieurs zones de culture, des sites de villages traditionnels ainsi que des sites spirituels.
 - *Nation des Haisla.* Une partie des pipelines, le terminal de Kitimat en entier et une partie de la route de navigation des navires-citernes sont à l'intérieur du territoire revendiqué par la Nation des Haisla, territoire sur lequel elle revendique des droits de chasse, de pêche, de piégeage, de réunion, d'utilisation de la ressource ligneuse et de gouvernance. Il y a plusieurs décennies, le Canada a accepté de négocier sur la base de la revendication globale de la Nation des Haisla et, il y a 20 ans, le Canada a conclu une entente-cadre avec la Nation des Haisla pour les négociations en vue d'un traité.
 - *Première Nation des Gitga'at.* Tous les navires en direction ou en provenance du terminal de Kitimat doivent passer par le territoire revendiqué par la Première Nation des Gitga'at. Elle a 14 réserves le long de la route de navigation proposée; en fait, la route n'est qu'à deux kilomètres de la principale collectivité de la Première Nation des Gitga'at à Hartley Bay, en Colombie-Britannique.
 - *Conseil de bande de Kitasoo Xai'Xais.* Cette partie est l'organisme qui gouverne la Nation de Kitasoo Xai'Xais, une bande de peuples autochtones composée du peuple de Tsimshian Kitasoo et du peuple Xai'Xais parlant la langue heiltsuk. Elle revendiquait un territoire comprenant un certain nombre d'îles côtières et les eaux les entourant ainsi que le territoire continental près de passages et de fjords. Les navires-citernes traverseront son territoire.
 - *Conseil tribal des Heiltsuk.* Cette partie gouverne la Nation des Heiltsuk. La Nation des Heiltsuk est une bande de peuples autochtones résultant de la fusion de cinq groupes tribaux situés sur la

Columbia. They assert a claim to 16 658 square kilometres of land and nearshore and offshore waters on the central coast of British Columbia. Their main community is Bella Bella, on Campbell Island. Tankers approaching Kitimat from the southern approach will travel through the Heiltsuk's asserted territory.

- *Nadleh Whut'en and Nak'azdli Whut'en.* They are part of the Yinka Dene or Dakelh people. Yinka Dene means "people of the earth" or "people for the land". Dakelh means "travellers on water". They have a governance system founded in ancestral laws, key elements of which include the affiliation of Dakelh people with clans that include hereditary leaders, land and resource management territories known as "keyoh" or "keyah", and a system of governance known as "bahlats" as an institution to govern the keyoh/keyah and clans. The pipelines would cross approximately 50 kilometres of the Nadleh's asserted territory and cross 86 watercourses on their land, 21 of which are fish-bearing waters. The pipelines would cross approximately 110 kilometres of the Nak'azdli's asserted territory and cross 167 watercourses on their land, 60 of which are fish-bearing waters. A pumping station would also be located on the Nak'azdli's asserted territory. The Nadleh and the Nak'azdli are members of the Carrier Sekani Tribal Council, whose comprehensive claim has been accepted by Canada for negotiation.
- *Haida Nation.* The Haida Nation is the Indigenous Peoples of Haida Gwaii. Haida Gwaii means "islands of the people", and is an archipelago of more than 150 islands, extending roughly 250 kilometres, with roughly 4 700 kilometres of shoreline. No place is further than 20 kilometres from the sea. All proposed tanker routes go through or are next to the marine portion of the territory asserted by the Haida. In the southern portion of Haida Gwaii is Gwaii Haanas, a Haida protected area and national park reserve that contains a UNESCO

côte centrale de la Colombie-Britannique. Elle revendique 16 658 kilomètres carrés de terres ainsi que d'eaux littorales et du large sur la côte centrale de la Colombie-Britannique. Sa principale collectivité est Bella Bella, sur l'île Campbell. Les navires-citernes approchant de Kitimat par le sud passeront à travers le territoire revendiqué par la Nation des Heiltsuk.

- *Nadleh Whut'en et les Nak'azdli Whut'en.* Ils font partie du peuple des Yinka Dene ou de celui des Dakelh. Yinka Dene signifie « peuple de la terre » ou « peuple pour la terre ». Dakelh signifie « voyageurs sur l'eau ». Ces peuples ont un système de gouvernance qui repose sur les lois ancestrales, dont les éléments clés incluent l'affiliation du peuple des Dakelh avec des clans comprenant des chefs héréditaires, des territoires de gestion de terre et de ressources connus sous les noms de « keyoh » ou « keyah » ainsi qu'un système de gouvernance connu sous le nom de « bahlats » en tant qu'institution pour la gouvernance des keyoh/keyah et des clans. Les pipelines traverseraient approximativement 50 kilomètres du territoire revendiqué par les Nadleh ainsi que 86 cours d'eau sur leurs terres, 21 d'entre eux étant fréquentés par des poissons. Les pipelines traverseraient environ 110 kilomètres du territoire revendiqué par les Nak'azdli ainsi que 167 cours d'eau sur leurs terres, 60 d'entre eux étant fréquentés par des poissons. Une station de pompage serait située sur le territoire revendiqué par les Nak'azdli. Les Nadleh et les Nak'azdli sont membres du Carrier Sekani Tribal Council, dont la revendication globale a été acceptée par le Canada aux fins de négociation.
- *Nation haïda.* La Nation haïda est le peuple autochtone de Haida Gwaii. Haida Gwaii signifie « îles du peuple », et est un archipel de plus de 150 îles, s'étendant sur plus ou moins 250 kilomètres, avec un littoral d'à peu près 4 700 kilomètres. Aucun lieu n'est distant de la mer de plus de 20 kilomètres. Toutes les routes de navigation des navires-citernes proposées passent à travers ou près de la partie marine du territoire revendiqué par la Nation haïda. Dans la partie sud de Haida Gwaii, il y a Gwaii Haanas, une zone protégée de

World Heritage site called “SGang Gwaay” or “Nan Sdins”. Northern Gateway identified nine eco-sections and twelve oceanographic areas of significance for the Project and a number of these surround Haida Gwaii.

Haida et une réserve de parc national où se trouve un site faisant partie du patrimoine mondial de l’UNESCO appelé « SGang Gwaay » ou « Nan Sdins ». Northern Gateway a identifié neuf éco-sections et douze zones océanographiques d’importance pour le projet et un certain nombre d’entre elles entourent Haida Gwaii.

[18] Other parties before the Court claim a strong interest in the Project:

[18] D’autres parties devant la Cour allèguent avoir un intérêt marqué pour le projet :

- *ForestEthics Advocacy Association*. This non-profit environmental protection society has a long history of advocating for changes in the extraction of natural resources, protecting endangered forests and wild places, educating and informing the public and working with governments and others in pursuit of these objectives.
- *Living Oceans Society*. This non-profit society advances science-based policy recommendations to achieve the conservation of oceans and the communities that depend upon them. It has been involved in researching and proposing policy for oil and gas development as it affects the marine environment.
- *Raincoast Conservation Foundation*. This is a group of conservationists and scientists dedicated to protecting the lands, waters and wildlife of coastal British Columbia through peer-reviewed science and grassroots advocacy and the use of a full-time university lab, a research station and a research vessel.
- *B.C. Nature*. This is a federation of naturalists and naturalist clubs representing more than 5 000 people. It wishes to maintain the integrity of British Columbia’s ecosystems and rich biodiversity. To this end, it engages in public education and coordinates a science-based program that identifies,
- *ForestEthics Advocacy Association*. Cette société à but non lucratif vouée à la protection de l’environnement a de nombreux antécédents en matière de préconisation de changements dans l’extraction des ressources naturelles, de protection des forêts et lieux sauvages menacés, d’éducation et d’information du public ainsi que de travail en collaboration avec les gouvernements et d’autres intervenants en vue d’atteindre ces objectifs.
- *Living Oceans Society*. Cette société à but non lucratif formule des recommandations de politiques fondées sur la science pour assurer la conservation des océans et des collectivités qui en dépendent. Elle a participé à la recherche et à la proposition de politiques en matière de développement du pétrole et du gaz, puisque cela a une incidence sur l’environnement marin.
- *Raincoast Conservation Foundation*. Il s’agit d’un groupe de défenseurs de l’environnement et de scientifiques dévoués à la protection des terres, des eaux et de la vie sauvage sur le littoral de la Colombie-Britannique au moyen de la science évaluée par les pairs, de la défense des masses ainsi que de l’utilisation d’un laboratoire universitaire à temps plein, d’une station de recherche et d’un navire de recherche.
- *B.C. Nature*. Il s’agit d’une fédération de naturalistes et de clubs de naturalistes représentant plus de 5 000 personnes. Elle souhaite conserver l’intégrité des écosystèmes et de la riche biodiversité de la Colombie-Britannique. Pour ce faire, elle se livre à de l’éducation du public et coordonne un

conserves and monitors a network of habitats for bird populations.

- *Unifor*. This is a labour union that represents many energy and fisheries workers in Canada. The energy workers it represents are employed in oil and gas exploration, transportation, refining and conservation in petrochemical and plastics industries. A number of its members work in production and refining facilities in Alberta and British Columbia that are to be served by the Project. The fisheries workers are located across Canada. On the west coast, Unifor represents commercial fishers and fish plant workers who rely on healthy fish stocks and fish habitats.

programme fondé sur la science qui identifie, protège et surveille un réseau d'habitats pour les populations d'oiseaux.

- *Unifor*. Il s'agit d'une organisation syndicale qui représente de nombreux travailleurs dans les domaines de l'énergie et des pêches au Canada. Les travailleurs de l'énergie qu'elle représente sont employés dans l'exploration pétrolière et gazière, le transport, le raffinage ainsi que la conservation dans les industries de la pétrochimie et des plastiques. Un certain nombre de ses membres travaillent dans des installations de production et de raffinage en Alberta et en Colombie-Britannique qui seraient servies par le projet. Les travailleurs des pêches sont répartis dans tout le Canada. Sur la côte ouest, Unifor représente des pêcheurs commerciaux ainsi que des travailleurs d'usine de traitement du poisson qui comptent sur la santé des réserves de poissons et des habitats.

C. The approval process for the Project

(1) *Introduction*

[19] The challenges associated with the approval process for the Project were immense. Massive in size and affecting so many diverse groups and geographic habitats in so many different ways, the Project had to be assessed in a sensitive, structured, efficient, yet inclusive manner.

[20] By and large—with the exception of certain aspects of Canada's execution of the duty to consult, to which we return later in these reasons—the assessment and approval process was set up well and operated well. Given the challenges, this was no small achievement.

(2) *The beginning*

[21] In late 2005, Northern Gateway Pipeline submitted a preliminary information package to the National Energy Board [Board] and the Canadian Environmental

C. Le processus d'approbation du projet

1) *Introduction*

[19] Les défis posés par le processus d'approbation du projet étaient immenses. D'une ampleur massive et ayant une incidence sur de si nombreux groupes et habitats géographiques divers, et de si nombreuses façons différentes, le projet devait être évalué d'une manière sensible, structurée, efficace et, pourtant, inclusive.

[20] Dans l'ensemble — à l'exception de certains aspects de l'exécution, par le Canada, de l'obligation de consulter, sur laquelle nous reviendrons plus loin dans les présents motifs — le processus d'évaluation et d'approbation a été correctement établi et a bien fonctionné. Ce n'était pas un mince exploit, étant donné les défis que cela présentait.

2) *Le commencement*

[21] À la fin de 2005, Northern Gateway a présenté une trousse d'information préliminaire à l'Office national de l'énergie [l'Office] et à l'Agence canadienne

Assessment Agency [Canadian Environmental Assessment Agency or Agency].

[22] In early 2006, the Board, after consulting with various federal authorities, recommended that the Minister of the Environment refer the Project to a review panel. In the autumn, the Minister of the Environment referred the Project to a review panel to be conducted jointly under the *National Energy Board Act* and the *Canadian Environmental Assessment Act* [S.C. 1992, c. 37]. That review panel was known as the Joint Review Panel because it had two tasks. First, it was to prepare a report under section 52 of the *National Energy Board Act* for the consideration of the Governor in Council. Second, owing to the fact that the Project was a “designated project” within the meaning of section 2 of the *Canadian Environmental Assessment Act*, the Joint Review Panel was to conduct an environmental assessment of the Project and provide recommendations to the Governor in Council under section 30 of the *Canadian Environmental Assessment Act*. [S.C. 1992, c. 37]

[23] The terms of reference for the Joint Review Panel needed to be settled. Those terms of reference were to appear in an agreement between the National Energy Board and the Minister of the Environment. In September 2006, the Canadian Environmental Assessment Agency released a draft of that agreement for comment. This was an opportunity for the public and, specifically, Aboriginal groups, to provide their views.

[24] The review process was paused in late 2006 at the request of Northern Gateway which wanted time to complete various commercially necessary tasks. Those tasks were completed by mid-2008 when Northern Gateway requested the review process resume. In particular, it requested that the draft agreement setting the terms for the Joint Review Panel be finalized.

d'évaluation environnementale [l'Agence canadienne d'évaluation environnementale ou l'Agence].

[22] Au début de l'année 2006, après avoir consulté diverses autorités fédérales, l'Office a recommandé que le ministre de l'Environnement renvoie le projet à une commission d'examen. À l'automne, le ministre de l'Environnement a renvoyé le projet à une commission d'examen dont les travaux devaient se tenir conjointement sous le régime de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* et de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* [L.C. 1992, ch. 37]. Cette commission d'examen était connue sous le nom de Commission d'examen conjoint, en raison du fait qu'elle devait exécuter deux tâches. Premièrement, elle devait préparer un rapport au titre de l'article 52 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* pour étude par le gouverneur en conseil. Deuxièmement, du fait que le projet était un « projet désigné » au sens de l'article 2 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* [L.C. 1992, ch. 37], la Commission d'examen conjoint devait effectuer une évaluation environnementale du projet et formuler des recommandations au gouverneur en conseil, au titre de l'article 30 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* [L.C. 1992, ch. 37].

[23] Il fallait établir le mandat de la Commission d'examen conjoint. Ce mandat devait être intégré à une entente entre l'Office national de l'énergie et le ministre de l'Environnement. En septembre 2006, l'Agence canadienne d'évaluation environnementale a communiqué une ébauche de cette entente pour recevoir des commentaires. C'était, pour le public en général et les groupes autochtones en particulier, une occasion de donner leur point de vue.

[24] Le processus d'évaluation a été suspendu à la fin de 2006 à la demande de Northern Gateway qui voulait avoir le temps de compléter des tâches commerciales variées et nécessaires. Ces tâches ont été complétées à la mi-2008 quand Northern Gateway a demandé la continuation du processus d'évaluation. Elle demandait plus particulièrement que l'ébauche d'entente établissant le mandat de la Commission d'examen conjoint soit finalisée.

[25] Throughout this time, Aboriginal groups continued to have an opportunity to comment on the draft agreement. And in late 2008-early 2009, the Canadian Environmental Assessment Agency specifically contacted Aboriginal groups to advise them about the Project and to inform them of opportunities to participate in proceedings before the Joint Review Panel and the related process of consultation with the Crown. Much more on this will be discussed below.

[26] In February 2009, the Agency released the Government of Canada's framework for consulting with Aboriginal groups regarding the Project. This framework, found in a document entitled "Approach to Crown Consultation for the Northern Gateway Project", outlined a comprehensive five phase consultation process:

- *Phase I: Preliminary Phase.* During this phase, there would be consultation on the draft Joint Review Panel agreement and information would be provided to Aboriginal groups on the mandates of the National Energy Board and the Canadian Environmental Assessment Agency and the Joint Review Panel process.
- *Phase II: Pre-hearing Phase.* Information would be given to Aboriginal groups concerning the Joint Review Panel process and groups would be encouraged to participate in the process.
- *Phase III: The Hearing Phase.* During this time, the Joint Review Panel would hold its hearings. Aboriginal groups would be encouraged to participate and to provide information to help the Joint Review Panel in its process and deliberations. During this phase, the Crown was to participate and to facilitate the process by providing expert scientific and regulatory advice.

[25] Pendant ce temps, les groupes autochtones avaient toujours l'occasion de formuler des commentaires concernant l'ébauche d'entente. De plus, à la fin de l'année 2008 et au début de l'année 2009, l'Agence canadienne d'évaluation environnementale a communiqué expressément avec des groupes autochtones pour leur donner avis du projet et les informer des possibilités qui s'offraient à eux pour participer aux travaux de la Commission d'examen conjoint ainsi qu'au processus connexe de consultation avec la Couronne. Nous approfondirons ce sujet plus loin.

[26] En février 2009, l'Agence a communiqué le cadre du gouvernement du Canada en vue des consultations à venir avec les groupes autochtones au sujet du projet. Ce cadre de consultation, qui se trouvait dans un document intitulé « Approach to Crown Consultation for the Northern Gateway Project », exposait un processus de consultation complet en cinq phases :

- *Phase I : phase préliminaire.* Durant cette phase, il y aurait des consultations au sujet de l'ébauche de l'entente relative à la Commission d'examen conjoint, et de l'information serait fournie aux groupes autochtones quant aux mandats de l'Office national de l'énergie et de l'Agence canadienne d'évaluation environnementale, ainsi que sur le processus de la Commission d'examen conjoint.
- *Phase II : phase préparatoire aux audiences.* De l'information serait donnée aux groupes autochtones concernant le processus de la Commission d'examen conjoint, et on encouragerait les groupes à participer au processus.
- *Phase III : la phase des audiences.* Pendant ce temps, la Commission d'examen conjoint tiendrait ses audiences. Les groupes autochtones seraient encouragés à participer ainsi qu'à donner de l'information afin d'aider la Commission d'examen conjoint dans son processus et ses délibérations. Au cours de cette phase, la Couronne devait participer et faciliter le processus en offrant des conseils spécialisés dans le domaine scientifique et en matière de réglementation.

- *Phase IV: The Post-Report Phase.* Following the release of the Report of the Joint Review Panel, the Crown was to engage in consultation concerning the Report and on any project-related concerns that were outside of the Joint Review Panel's mandate. For this purpose, the Canadian Environmental Assessment Agency was to be the contact point. This was to take place before the Governor in Council's decision whether certificates for the Project should be issued under section 54 of the *National Energy Board Act*.
- *Phase V: The Regulatory/Permitting Phase.* During this phase, further consultation was contemplated concerning permits and authorizations to be granted for the Project, if approved.
- *Phase IV : la phase suivant la publication du rapport.* Après la publication du rapport de la Commission d'examen conjoint, la Couronne devait procéder à des consultations concernant le rapport et toute préoccupation connexe qui ne relevait pas du mandat de la Commission d'examen conjoint. À cette fin, l'Agence canadienne d'évaluation environnementale devait être le point de contact. Cela devait avoir lieu avant la décision du gouverneur en conseil quant à savoir si les certificats devraient être délivrés pour le projet en vertu de l'article 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*.
- *Phase V : la phase de réglementation/de délivrance de permis.* Au cours de cette phase, d'autres consultations étaient envisagées concernant les autorisations et les permis devant être accordés pour le projet, dans le cas d'une approbation.

[27] In February 2009, the Canadian Environmental Assessment Agency also released a new draft Joint Review Panel agreement, amended to respond to concerns raised during the initial comment period. A public comment period regarding the new draft agreement followed. Although the public comment period closed in mid-April 2009, submissions and comments from Aboriginal groups continued to be accepted until August 2009. During this time, the Crown offered to meet with Aboriginal groups to discuss the draft Joint Review Panel agreement and how consultation with them would be carried out. In particular, the Gitga'at, the Gitxaala and the Haisla met with the Crown.

[27] En février 2009, l'Agence canadienne d'évaluation environnementale a également communiqué une nouvelle ébauche de l'entente relative à la Commission d'examen conjoint, modifiée pour répondre aux préoccupations soulevées au cours de la période initiale de commentaires. Une période de commentaires du public concernant la nouvelle ébauche de l'entente a suivi. Bien que la période de commentaires du public se soit terminée à la mi-avril 2009, on a continué d'accepter des observations et des commentaires provenant des groupes autochtones, et ce, jusqu'en août 2009. Au cours de cette période, la Couronne a offert de rencontrer les groupes autochtones afin de discuter de l'ébauche de l'entente relative à la Commission d'examen conjoint et de la manière dont devraient se dérouler les consultations avec eux. Plus particulièrement, la Première Nation des Gitga'at, la Nation Gitxaala ainsi que la Nation des Haisla ont rencontré la Couronne.

[28] Near the end of 2009, the mandate of the Joint Review Panel and the process for the assessment of the Project began to be finalized. The National Energy Board and all federal "responsible authorities" within the meaning of the *Canadian Environment Assessment Act* [S.C. 1992, c. 37] signed an agreement entitled "Project Agreement for the Northern Gateway Pipelines Project in Alberta and British Columbia". The Canadian

[28] Vers la fin de 2009, le mandat de la Commission d'examen conjoint et le processus d'évaluation du projet étaient sur le point d'être complétés. L'Office national de l'énergie et l'ensemble des « autorités responsables » fédérales, au sens de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, ont signé une entente intitulée « Entente de projet pour le projet de pipelines Northern Gateway en Alberta et en Colombie-Britannique ».

Environmental Assessment Agency issued a document entitled “Scope of the Factors — Northern Gateway Pipeline Project, Guidance for the assessment of the environmental effects of the Northern Gateway Project”. Finally, the Agency issued letters to certain Aboriginal groups providing all of these documents and a table setting out the consideration given to comments made by Aboriginal groups.

[29] Shortly afterward, the Canadian Environmental Assessment Agency and the National Energy Board issued the “Agreement Between the National Energy Board and the Minister of the Environment concerning the Joint Review of the Northern Gateway Pipeline Project”. In this agreement, Canada committed to a “whole of government” approach to Aboriginal engagement and consultation, including reliance, to the extent possible, on the consultation efforts of Northern Gateway and the Joint Review Panel.

[30] Also appended to this agreement as an appendix were the terms of reference for the Joint Review Panel. These terms of reference included process requirements for the Joint Review Panel to follow during its review of the Project. And in January 2010, in accordance with that agreement, the Minister of the Environment and the Chair of the National Energy Board appointed three persons to serve on the Joint Review Panel.

[31] The National Energy Board also established a Joint Review Panel Secretariat working in concert with the Canadian Environmental Assessment Agency to provide support to the Joint Review Panel.

[32] The Canadian Environmental Assessment Agency acted as Canada’s “Crown Consultation Coordinator” for the Project.

(3) *The process gets underway*

[33] With these preliminary matters completed, the approval process formally began.

L’Agence canadienne d’évaluation environnementale a publié un document intitulé « Portée des éléments dans le cadre du projet d’oléoduc Northern Gateway — Guide d’évaluation des effets environnementaux du projet d’oléoduc Northern Gateway ». Enfin, l’Agence a envoyé des lettres à certains groupes autochtones leur donnant l’ensemble de ces documents ainsi qu’un tableau énonçant la considération donnée aux commentaires formulés par les groupes autochtones.

[29] Peu après, l’Agence canadienne d’évaluation environnementale et l’Office national de l’énergie ont publié « l’Entente conclue entre l’Office national de l’énergie et le ministre de l’Environnement concernant l’examen conjoint du projet d’oléoduc Northern Gateway ». Dans cette entente, le Canada s’est engagé à une approche « pangouvernementale » à l’égard de la mobilisation et de la consultation des Autochtones, y compris le recours, dans la mesure du possible, aux efforts de consultation de Northern Gateway et de la Commission d’examen conjoint.

[30] Aussi, joint à cette entente en tant qu’annexe, il y avait le mandat de la Commission d’examen conjoint. Ce mandat comprenait les exigences du processus que devait suivre la Commission d’examen conjoint pendant l’examen du projet. Ensuite, en janvier 2010, conformément à l’entente, le ministre de l’Environnement et le président de l’Office national de l’énergie ont nommé trois personnes pour siéger à la Commission d’examen conjoint.

[31] L’Office national de l’énergie a également établi un Secrétariat de la Commission d’examen conjoint travaillant de concert avec l’Agence canadienne d’évaluation environnementale pour fournir un soutien à la Commission d’examen conjoint.

[32] L’Agence canadienne d’évaluation environnementale a agi à titre de « coordonnatrice des consultations de la Couronne » du Canada pour le projet.

3) *Le lancement du processus*

[33] Ces questions préliminaires réglées, le processus d’approbation a officiellement commencé.

[34] In May 2010, Northern Gateway filed an application requesting certificates from the National Energy Board for the Project, an order under Part IV [sections 58.5 to 72] of the *National Energy Board Act* approving the toll principles for service on the pipelines and such further relief as required.

[35] In July 2010, the Joint Review Panel issued its first procedural direction. It sought comment from the public, including Aboriginal groups, concerning a draft list of issues, the information that Northern Gateway should be required to file over and above that submitted with its application, and locations for the Joint Review Panel's oral hearings. To this end, the Joint Review Panel received written comments and received oral comments at hearings held at three locations.

[36] The Joint Review Panel considered what it had heard and decided certain things. It required Northern Gateway to file additional information to address certain issues specific to the Project and certain risks posed by the Project. The Joint Review Panel stated that this information had to be provided before it could issue a hearing order. It also revised the list of issues and commented on the locations for its hearings.

[37] Staff for the Joint Review Panel conducted public information sessions between 2010 and July 2011 and online workshops from November 2011 to April 2013. By March 31, 2011, Northern Gateway submitted additional information in response to the Joint Review Panel's decision.

[38] In May 2011, the Joint Review Panel issued a hearing order. In that order, it described the procedures to be followed in the joint review process and gave notice that the hearings would start on January 10, 2012.

[34] En mai 2010, Northern Gateway a déposé une demande en vue d'obtenir des certificats de l'Office national de l'énergie pour le projet, une ordonnance au titre de la partie IV [articles 58.5 à 72] de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* approuvant les principes du péage pour se servir des pipelines, ainsi que d'autres mesures au besoin.

[35] En juillet 2010, la Commission d'examen conjoint publiait sa première directive procédurale. Elle cherchait à obtenir des commentaires du public, y compris les groupes autochtones, concernant une ébauche de liste des questions en suspens, l'information que Northern Gateway devrait avoir l'obligation de déposer, en plus de ce qu'elle avait présenté avec sa demande, ainsi que les endroits où devaient avoir lieu les audiences de la Commission d'examen conjoint. À cette fin, la Commission d'examen conjoint a reçu des commentaires écrits et, lors d'audiences tenues à trois endroits, des commentaires verbaux.

[36] La Commission d'examen conjoint a pris en considération ce qu'elle avait entendu et a rendu certaines décisions. Elle a exigé de Northern Gateway qu'elle dépose de l'information additionnelle pour répondre à certaines questions spécifiques au projet ainsi qu'à certains risques posés par celui-ci. La Commission d'examen conjoint a déclaré que cette information devait être fournie avant qu'elle puisse rendre une ordonnance d'audience. Elle a aussi révisé la liste des questions et a formulé des commentaires sur les endroits où se tiendraient ses audiences.

[37] Le personnel de la Commission d'examen conjoint a dirigé des séances d'information pour le public entre 2010 et juillet 2011 ainsi que des ateliers en ligne de novembre 2011 à avril 2013. En date du 31 mars 2011, Northern Gateway avait soumis de l'information additionnelle en réponse à la décision de la Commission d'examen conjoint.

[38] En mai 2011, la Commission d'examen conjoint a rendu une ordonnance d'audience. Dans cette ordonnance, elle a décrit la procédure à suivre dans le cadre du processus d'examen conjoint et a donné avis que les audiences commenceraient le 10 janvier 2012.

[39] Around the same time, the Crown consulted with representatives of some of the Aboriginal groups who are applicants/appellants in these proceedings, including the Gitga'at, the Gitxaala, the Haida, the Haisla and the Heiltsuk. Also in 2011, a number of Aboriginal groups, including most of the Aboriginal groups who are parties to these proceedings, and a number of public interest groups registered to intervene in the proceedings before the Joint Review Panel.

[40] A number of government agencies—Natural Resources Canada, Aboriginal Affairs and Northern Development Canada, Fisheries and Oceans Canada, the Canadian Coast Guard, Transport Canada, and Environment Canada—also registered as government participants in the proceedings. All interveners and government agencies had to file written evidence with the Joint Review Panel by one week before the start date for the hearings.

[41] Through its Participant Funding Program, the Canadian Environmental Assessment Agency provided funding to certain public and Aboriginal groups to facilitate their participation in the Joint Review Panel process and Crown consultation activities.

[42] As scheduled, on January 10, 2012, the Joint Review Panel's hearings began. The first set of hearings was known as the "community hearings". The Joint Review Panel travelled to many local communities and received letters of comment and oral statements, including statements from representatives of Aboriginal groups. At one point, the Joint Review Panel and other interveners accompanied representatives of the Gitxaala on a boat tour of a portion of their asserted traditional territory.

[43] Around this time, the Joint Review Panel received a report setting out a technical review of marine aspects of the Project. Initiated in 2004 at the request of Northern

[39] À peu près à la même époque, la Couronne a consulté les représentants de certains des groupes autochtones qui sont demandeurs/appellants à la présente instance, y compris la Première Nation des Gitga'at, la Nation Gitxaala, la Nation haïda, la Nation des Haisla et la Nation des Heiltsuk. Aussi, en 2011, un certain nombre de groupes autochtones, y compris la plupart des groupes autochtones qui sont parties à la présente instance, et un certain nombre de groupes de défense de l'intérêt public se sont inscrits en vue d'intervenir au cours des travaux de la Commission d'examen conjoint.

[40] Un certain nombre d'organismes gouvernementaux — Ressources naturelles Canada, Affaires autochtones et du Nord Canada, Pêches et Océans Canada, la Garde côtière canadienne, Transports Canada ainsi qu'Environnement Canada — se sont également inscrits, dans le cadre des travaux, en tant que participants gouvernementaux. Tous les intervenants et organismes gouvernementaux devaient déposer une preuve écrite à la Commission d'examen conjoint, et ce, une semaine avant le commencement des audiences.

[41] L'Agence canadienne d'évaluation environnementale a offert, au moyen de son Fonds d'aide financière aux participants, de l'aide financière à certains groupes publics et groupes autochtones afin de faciliter leur participation au processus de la Commission d'examen conjoint ainsi qu'aux activités de consultation de la Couronne.

[42] Selon le calendrier arrêté, les audiences de la Commission d'examen conjoint ont commencé le 10 janvier 2012. Le premier ensemble d'audiences était connu comme les « audiences communautaires ». La Commission d'examen conjoint a voyagé dans plusieurs collectivités locales et a reçu des lettres de commentaires ainsi que des déclarations verbales, y compris des déclarations de représentants de groupes autochtones. À un certain moment, la Commission d'examen conjoint et d'autres intervenants ont accompagné des représentants de la Nation Gitxaala pour une tournée en bateau d'une partie de leur territoire traditionnel revendiqué.

[43] Vers cette époque, la Commission d'examen conjoint a reçu un rapport faisant état d'un examen technique des aspects marins du projet. Mis en branle

Gateway, this technical review, known as the Technical Review Process of Marine Terminal Systems and Transshipment Sites or “TERMPOL”, was conducted by a review committee chaired by Transport Canada, staffed by representatives of other federal departments and, among other things, assisted by a technical consultant acting on behalf of the Haisla and the Kitimat Village Council.

[44] Also around this time, there were some legislative changes. Originally, the environmental assessment was to be conducted in accordance with the *Canadian Environmental Assessment Act* [S.C. 1992, c. 37] that was introduced in 1992. But in mid-2012, the *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*, S.C. 2012, c. 19 became law, repealing [by section 66] the 1992 version of the *Canadian Environmental Assessment Act*, enacting [by section 52] the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, and amending [by Division 2 of Part 3] the *National Energy Board Act*. The joint review process for the Project, already underway, was continued under these amended provisions. Hereafter, in these reasons, unless otherwise noted, references to the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and the *National Energy Board Act* refer to the 2012 versions of these statutes.

[45] A month after those statutory amendments became law, and in accordance with those amendments, the Minister of the Environment and the Chair of the National Energy Board directed that the Joint Review Panel submit its environmental assessment as part of the recommendation report under section 52 of the *National Energy Board Act* no later than December 31, 2013. They also finalized amendments to some of the agreements discussed above and the terms of reference of the Joint Review Panel.

[46] Proceeding under the 2012 legislation, the Joint Review Panel had two main tasks. First, it had to provide a report under section 52 of the *National Energy Board Act*. Second, in that report it was also to include

en 2004 à la demande de Northern Gateway, cet examen technique, connu comme le Processus d’examen technique des terminaux maritimes et des sites de transbordement ou « TERMPOL », a été effectué par un comité d’examen présidé par Transports Canada, doté en personnel de représentants d’autres ministères fédéraux et, entre autres choses, aidé d’un consultant technique agissant pour le compte de la Nation des Haisla et du Conseil du Village de Kitimat.

[44] À peu près à cette époque également, il y a eu des changements législatifs. À l’origine, l’évaluation environnementale devait être effectuée conformément à la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale* [L.C. 1992, ch. 37] qui avait été promulguée en 1992. Au milieu de l’année 2012, cependant, fut adoptée la *Loi sur l’emploi, la croissance et la prospérité durable*, L.C. 2012, ch. 19, qui abrogeait [par l’article 66] la version de 1992 de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale*, édictait [par l’article 52] la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)* et modifiait [par la section 2 de la partie 3] la *Loi sur l’Office national de l’énergie*. Le processus d’examen conjoint du projet, qui était déjà en cours, s’est poursuivi sous le régime de ces dispositions modifiées. À partir de maintenant, dans les présents motifs, sauf indication contraire, les renvois à la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)* et à la *Loi sur l’Office national de l’énergie* font référence aux versions de 2012 de ces textes législatifs.

[45] Un mois après que ces modifications furent adoptées, et en conformité avec celles-ci, le ministre de l’Environnement et le président de l’Office national de l’énergie ont donné des directives pour que la Commission d’examen conjoint présente son évaluation environnementale comme faisant partie du rapport de recommandation au titre de l’article 52 de la *Loi sur l’Office national de l’énergie* au plus tard le 31 décembre 2013. Ils ont également finalisé des modifications à certaines des ententes déjà mentionnées et au mandat de la Commission d’examen conjoint.

[46] Sous le régime de la législation de 2012, la Commission d’examen conjoint avait deux tâches principales. Premièrement, elle devait produire un rapport au titre de l’article 52 de la *Loi sur l’Office national*

recommendations flowing from the environmental assessment conducted under *Canadian Environment Assessment Act, 2012*: subsection 29(1). Overall, the report was to:

- recommend whether the requested certificates should be issued;
- outline the terms and conditions that should be attached to any certificates issued by the Board for the Project;
- present recommendations based on the environmental assessment.

[47] In September 2012, the Joint Review Panel conducted what it called “final hearings”. This last phase of the hearing process ended in June 2013. During this stage, the parties asked questions, filed written arguments and made oral arguments.

(4) *The parties’ participation in the approval process*

[48] Overall, the parties had ample opportunity to participate in the Joint Review Panel process and generally availed themselves of it:

- *Gitxaala Nation*. The Gitxaala participated in all parts of the Joint Review Panel process, including making information requests, submitting technical reports, written and oral Aboriginal evidence, and attending hearings in many localities. Overall, the Gitxaala submitted 7 400 pages of written material, oral testimony from 27 community members and 11 expert reports on various subjects, including Northern Gateway’s risk assessment methodology, oil spill modelling, and the fate and behaviour of spilled diluted bitumen. Among other things, the Gitxaala expressed deep concern about the specific effects the Project could have on asserted rights and title.

de l’énergie. Deuxièmement, dans ce rapport, elle devait aussi formuler des recommandations suite à l’évaluation environnementale effectuée au titre de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)* : paragraphe 29(1). Dans l’ensemble, le rapport devait :

- recommander la délivrance ou non des certificats demandés;
- exposer les conditions qui devraient accompagner tout certificat délivré par l’Office pour le projet;
- formuler des recommandations fondées sur l’évaluation environnementale.

[47] En septembre 2012, la Commission d’examen conjoint a tenu ce qu’elle a appelé des [TRADUCTION] « audiences finales ». Cette dernière phase du processus d’audience s’est terminée en juin 2013. Au cours de cette étape, les parties ont posé des questions, déposé des arguments écrits et formulé des arguments oraux.

4) *La participation des parties au processus d’approbation*

[48] Dans l’ensemble, les parties ont amplement eu la possibilité de participer au processus de la Commission d’examen conjoint et, en général, en ont tiré profit :

- *Nation Gitxaala*. La Nation Gitxaala a participé à toutes les phases du processus de la Commission d’examen conjoint, notamment en présentant des demandes d’information, en soumettant un rapport technique ainsi qu’une preuve autochtone, tant écrite qu’orale, et en étant présente lors des audiences tenues dans de nombreuses localités. Dans l’ensemble, elle a présenté 7 400 pages de documents écrits, le témoignage de 27 membres de la collectivité ainsi que 11 rapports d’expert sur divers sujets, y compris la méthodologie de l’évaluation de risque de Northern Gateway, la modélisation des déversements de pétrole et ce qu’il advient du bitume dilué qui est déversé. Entre autres choses, la Nation Gitxaala a exprimé sa profonde préoccupation quant aux effets précis

- *Haisla Nation*. The Haisla also participated in all parts of the Joint Review Panel process, including submitting technical and Aboriginal evidence, oral traditional evidence, attending hearings, and participating extensively in the final round of submissions. During the process, the Haisla filed a traditional use study that describes their culture, property ownership system and laws and how the Project will interfere with their use and occupation of their lands, water and resources. The Haisla also submitted a historic and ethnographic report and an archaeological site summary supporting their claim to exclusive use and occupation of their asserted lands. The Haisla also tendered statements and oral histories from hereditary and elected chiefs and elders outlining the Haisla's history, their use and occupation of their asserted lands, and their efforts to protect their lands, waters and resources for the benefit of future generations. The Haisla also expressed their concerns about the Project.
 - *Kitasoo Xai'Xais Band Council*. The Kitasoo submitted brief written evidence, oral evidence at a community hearing and filed final written argument.
 - *Heiltsuk Tribal Council*. The Heiltsuk submitted written evidence, answered an information request, gave oral evidence at a community hearing, conducted some cross-examination of witnesses for Northern Gateway and Canada, and submitted final argument.
 - *Nadleh Whut'en and Nak'azdli Whut'en*. These parties made submissions to the Crown regarding the draft joint review agreement and the manner in which Canada was engaging in consultation during Phase I of the consultation process. The Yinka
- que le projet pourrait avoir sur les droits et le titre qu'elle revendique.
 - *Nation des Haisla*. La Nation des Haisla a également participé à toutes les parties du processus de la Commission d'examen conjoint, notamment en soumettant une preuve technique ainsi qu'une preuve autochtone, une preuve traditionnelle orale, en étant présente aux audiences et en participant activement à la ronde finale des observations. Au cours du processus, elle a déposé une étude d'utilisation traditionnelle qui décrit sa culture, son système de droit de propriété et ses lois ainsi que la manière dont le projet contrecarrerait l'usage et l'occupation faits par la Nation des Haisla de ses terres, de son eau et de ses ressources. La Nation des Haisla a également présenté un rapport historique et ethnographique ainsi qu'un sommaire de site archéologique à l'appui de sa revendication quant à l'usage exclusif et à l'occupation de ses terres. La Nation des Haisla a aussi présenté des déclarations et le récit oral de chefs héréditaires et élus ainsi que d'aînés exposant l'histoire de la Nation des Haisla, l'usage et l'occupation des terres qu'elle revendique, et ses efforts pour protéger ses terres, ses eaux ainsi que ses ressources au profit des générations à venir. Elle a exprimé ses préoccupations au sujet du projet.
 - *Conseil de bande de Kitasoo Xai'Xais*. Il a présenté une brève preuve écrite ainsi qu'une preuve orale lors d'une audience communautaire et il a déposé une argumentation écrite finale.
 - *Le Conseil tribal des Heiltsuk*. Le Conseil a présenté une preuve écrite, a répondu à une demande d'information, a livré un témoignage oral lors d'une audience communautaire, a mené un contre-interrogatoire des témoins de Northern Gateway et du Canada, et a déposé une argumentation écrite finale.
 - *Les Nadleh Whut'en et les Nak'azdli Whut'en*. Ces parties ont fait des observations à la Couronne au sujet de l'ébauche d'entente relative à l'examen conjoint et de la manière avec laquelle le Canada s'était livré aux consultations au cours de la phase

Dene Alliance, of which the Nadleh and the Nak'azdli were a part, elected not to intervene before the Joint Review Panel, but a *keyoh* within the Nak'azdli Whut'en system of governance did intervene.

I du processus de consultation. L'Alliance Yinka Dene, dont font partie les Nadleh et les Nak'azdli, a choisi de ne pas intervenir devant la Commission d'examen conjoint, mais un *keyoh* au sein du système de gouvernance des Nak'azdli Whut'en est intervenu.

- *Haida Nation*. The Haida participated in all parts of the Joint Review Panel process. They made information requests, submitted written technical and Aboriginal evidence, provided oral Aboriginal evidence, attended hearings to question Northern Gateway witnesses, submitted a final written argument with comments on proposed conditions, and made oral reply argument. They submitted a 336-page *Marine Traditional Knowledge Study* describing traditional harvesting activities, both historically and currently, locations of harvesting, and the time of year that harvesting is undertaken for various species throughout Haida Gwaii. The Haida and Canada collaborated on *Living Marine Legacy* reports over six years culminating in 2006. These reports, totalling 1 247 pages, provide baseline inventories of marine plants, invertebrates, birds and mammals along the coastline of Haida Gwaii.
- *Nation haïda*. La Nation haïda a participé à toutes les parties du processus de la Commission d'examen conjoint. Elle a formulé des demandes d'information, a présenté une preuve technique et une preuve autochtone écrites, a fourni une preuve autochtone orale, s'est présentée aux audiences pour interroger les témoins de Northern Gateway, a soumis une argumentation finale par écrit, accompagnée de commentaires sur les conditions proposées, et a fait une réplique orale. Elle a présenté une étude de 336 pages intitulée *Marine Traditional Knowledge Study* décrivant les activités traditionnelles de récoltes, tant historiquement qu'actuellement, les lieux de culture et le moment de l'année durant lequel elles le sont pour les diverses espèces partout à Haida Gwaii. La Nation haïda et le Canada ont collaboré aux rapports intitulés *Living Marine Legacy* pendant six ans jusqu'en 2006. Ces rapports, totalisant 1 247 pages, offrent des répertoires de base relatifs aux plantes marines, aux invertébrés, aux oiseaux et aux mammifères le long du littoral de Haida Gwaii.
- *ForestEthics Advocacy Association, Living Oceans Society and Raincoast Conservation Foundation* (hereafter, the "Coalition"). The Coalition participated in the Joint Review Panel process as interveners, providing written evidence and written responses to information requests regarding that evidence, submitting written information requests to other parties, offering witnesses, questioning other parties' witnesses and making submissions.
- *ForestEthics Advocacy Association, Living Oceans Society et Raincoast Conservation Foundation* (ci-après la « Coalition »). La Coalition a participé au processus de la Commission d'examen conjoint à titre d'intervenante, soumettant une preuve écrite ainsi que des réponses écrites aux demandes d'information concernant cette preuve, présentant des demandes d'information aux autres parties, offrant des témoins, interrogeant les témoins d'autres parties et formulant des observations.
- *B.C. Nature*. B.C. Nature participated in the Joint Review Panel process as a joint intervener with Nature Canada. It tendered written evidence, provided written responses to information requests regarding that evidence, questioned the witnesses of other parties, provided late written evidence,
- *B.C. Nature*. B.C. Nature a participé au processus de la Commission d'examen conjoint à titre d'intervenante conjointe avec Nature Canada. Elle a présenté une preuve écrite, offert des réponses écrites aux demandes d'information concernant cette preuve, interrogé les témoins d'autres parties,

offered witnesses on that evidence, filed several motions and made submissions.

- *Unifor*. The predecessor unions of this national union participated in the Joint Review Panel process as interveners. They adduced expert evidence, exchanged information requests and responses, presented witnesses for questioning, and offered final argument.

[49] Needless to say, the involvement of Northern Gateway and Canada throughout the Joint Review Panel process was massive. In Canada's case, as mentioned above, a number of departments and agencies registered with the Joint Review Panel process as government participants. They filed written evidence, information requests and responses to information requests. They also offered witnesses for questioning on the evidence provided.

(5) *The Report of the Joint Review Panel*

[50] On December 19, 2013, the Joint Review Panel issued a two volume report: *Connections: Report of the Joint Review Panel for the Enbridge Northern Gateway Project, Volume 1* and *Considerations: Report of the Joint Review Panel for the Enbridge Northern Gateway Project, Volume 2*.

[51] The Joint Review Panel found that the Project was in the public interest. It recommended that the applied-for certificates be issued subject to 209 conditions. The conditions require a number of plans, studies and assessments to be considered and assessed by the National Energy Board and other regulators in the future. The 209 conditions include requirements that Northern Gateway provide ongoing and enduring opportunities for affected Aboriginal groups to have input into the continuing planning, construction and operation of the Project through a variety of plans, programs and benefits. A number of the conditions were offered by Northern

présenté une preuve écrite tardive, offert des témoins relativement à cette preuve, déposé plusieurs requêtes et fait des observations.

- *Unifor*. Les prédécesseurs de cette organisation syndicale nationale ont participé au processus de la Commission d'examen conjoint à titre d'intervenantes. Elles ont produit une preuve d'expert, échangé des demandes d'information ainsi que des réponses, présenté des témoins en interrogatoire et présenté une argumentation finale.

[49] Il va sans dire que la participation de Northern Gateway et du Canada tout au long du processus de la Commission d'examen conjoint fut énorme. Dans le cas du Canada, comme il a déjà été mentionné, un certain nombre de ministères et d'organismes s'étaient inscrits dans le cadre du processus de la Commission d'examen conjoint à titre de participants gouvernementaux. Ils ont déposé de la preuve écrite, des demandes d'information et des réponses aux demandes d'information. Ils ont également offert des témoins pour interrogatoire sur la preuve présentée.

5) *Le rapport de la Commission d'examen conjoint*

[50] Le 19 décembre 2013, la Commission d'examen conjoint a publié un rapport en deux volumes : *Connexions : Rapport de la commission d'examen conjoint sur le projet Enbridge Northern Gateway, Volume 1*, et *Considérations : Rapport de la commission d'examen conjoint sur le projet Enbridge Northern Gateway, Volume 2*.

[51] La Commission d'examen conjoint a conclu que le projet était dans l'intérêt public. Elle a recommandé que les certificats demandés soient délivrés, sous réserve de 209 conditions. Les conditions exigent qu'un certain nombre de plans, d'études et d'évaluations soient examinés et évalués par l'Office national de l'énergie ainsi que d'autres organismes de réglementation dans l'avenir. Les 209 conditions comprennent des exigences pour que Northern Gateway offre aux groupes autochtones touchés des occasions continues et durables de participer à la planification en cours, à la construction et à l'exploitation du projet au moyen d'une variété de plans, de

Gateway during the process. Along with those 209 conditions, Northern Gateway made over 450 voluntary commitments.

[52] The conditions deal with such matters as environmental management and monitoring, emergency preparedness and response, and the delivery of economic benefits. Northern Gateway says that these conditions represent an investment of \$2 billion on its part. Aboriginal groups, including the First Nations parties in these proceedings will continue to have opportunities to provide input and participate in fulfilment of these conditions.

[53] The Joint Review Panel also recommended that the Governor in Council conclude that:

- potential adverse environmental effects from the Project alone are not likely to be significant;
- adverse effects of the Project, in combination with effects of past, present and reasonably foreseeable activities or actions are likely to be significant for certain woodland caribou herds and grizzly bear populations; and
- the significant adverse cumulative effects in relation to the caribou and grizzly bear populations are justified in the circumstances.

(6) *Consultation with Aboriginal groups:
Phase IV*

[54] Following the release of the Report of the Joint Review Panel, the process of consultation with Aboriginal groups entered Phase IV of the consultation framework. A detailed description of what happened during this phase is set out below.

[55] For present purposes, Phase IV began with the Crown sending letters to representatives of Aboriginal groups in December 2013, seeking input on how the Joint Review Panel's recommendations and conclusions

programmes et d'avantages. Northern Gateway a offert un certain nombre de ces conditions durant le processus. En plus de ces 209 conditions, Northern Gateway a volontairement pris plus de 450 engagements.

[52] Les conditions traitent de sujets tels que la gestion et la surveillance environnementales; la protection civile et l'intervention; la réalisation d'avantages économiques. Northern Gateway indique que ces conditions représentent pour elle un investissement de 2 milliards de dollars. Les groupes autochtones, incluant les Premières Nations parties à la présente instance, continueront d'avoir l'occasion de formuler leurs commentaires et de participer à la réalisation de ces conditions.

[53] La Commission d'examen conjoint a également recommandé que le gouverneur en conseil conclût que :

- les effets environnementaux négatifs potentiels découlant du projet seulement ne sont pas susceptibles d'être importants;
- les effets négatifs du projet, combinés à ceux des activités ou actions passées, présentes et raisonnablement prévisibles sont susceptibles d'être importants pour certains troupeaux de caribous des bois et les populations d'ours grizzlis;
- les effets négatifs cumulatifs importants concernant les populations de caribous et de grizzlis sont justifiables dans les circonstances.

6) *Les consultations avec les groupes autochtones : phase IV*

[54] Après la publication du rapport de la Commission d'examen conjoint, le processus de consultation avec les groupes autochtones est entré dans la phase IV du cadre de consultation. Plus loin dans les présents motifs se trouve une description détaillée de ce qui s'est passé au cours de cette phase.

[55] Pour les besoins de la présente partie, mentionnons que la phase IV a commencé par l'envoi, de la part de la Couronne, de lettres aux représentants de groupes autochtones en décembre 2013, afin d'obtenir des

addressed their concerns. Officials from the Canadian Environmental Assessment Agency and other federal departments held meetings with representatives from Aboriginal groups to discuss concerns. Federal representatives met with a number of Aboriginal groups including the Gitga'at, the Gitxaala, the Haida, the Haisla, the Heiltsuk, the Kitasoo and the Yinka Dene Alliance (which includes the Nak'azdli and the Nadleh).

[56] Following these meetings and discussions, on May 22, 2014, Canada issued a report concerning its consultation: "Report on Aboriginal Consultation Associated with the Environmental Assessment".

[57] At this point, it is perhaps appropriate to note that this is not a case where the proponent of the Project, Northern Gateway, declined to work with Aboriginal groups. Far from it. Once the pipeline corridor for the Project was defined in 2005, Northern Gateway engaged with all Aboriginal groups, both First Nations and Métis, with communities located within 80 kilometres of the Project corridor and the marine terminal. Northern Gateway engaged with other Aboriginal groups beyond that area to the extent that they self-identified as having an interest because the corridor crossed their traditional territory.

[58] In all, Northern Gateway engaged with over 80 different Aboriginal groups across various regions of Alberta and British Columbia. It employed many methods of engagement, giving \$10.8 million in capacity funding to interested Aboriginal groups. It also implemented an Aboriginal Traditional Knowledge program, spending \$5 million to fund studies in that area.

commentaires quant à la façon dont les recommandations et les conclusions de la Commission d'examen conjoint répondaient à leurs préoccupations. Les fonctionnaires de l'Agence canadienne d'évaluation environnementale et d'autres ministères fédéraux ont tenu des rencontres avec des représentants de groupes autochtones pour discuter des préoccupations. Les représentants fédéraux ont rencontré un certain nombre de groupes autochtones, y compris la Première Nation des Gitga'at, la Nation Gitxaala, le Conseil de la Nation haïda, la Nation des Haisla, la Nation des Heiltsuk, la Nation de Kitasoo Xai'Xias et l'Alliance Yinka Dene (qui comprend les Nak'azdli Whut'en et les Nadleh Whut'en).

[56] À la suite de ces rencontres et discussions, le 22 mai 2014, le Canada a publié un rapport concernant ses consultations : « Report on Aboriginal Consultation Associated with the Environmental Assessment ».

[57] À ce stade-ci, il conviendrait peut-être de noter qu'il ne s'agit pas d'une affaire où le promoteur du projet, Northern Gateway, aurait refusé de travailler avec les groupes autochtones. Loin de là. Dès que le corridor du pipeline a été établi pour le projet, en 2005, Northern Gateway a collaboré de près avec tous les groupes autochtones, tant les Premières nations que les Métis, dont les collectivités étaient situées en deçà de 80 kilomètres du corridor du projet et du terminal maritime. Northern Gateway a collaboré étroitement avec d'autres groupes autochtones au-delà de cette zone, dans la mesure où ils s'étaient eux-mêmes identifiés comme ayant un intérêt en raison du fait que le corridor traversait leur territoire traditionnel.

[58] En somme, Northern Gateway a collaboré de près avec plus de 80 groupes autochtones différents dans diverses régions de l'Alberta et de la Colombie-Britannique. Elle a utilisé de nombreuses méthodes d'engagement, donnant 10,8 millions de dollars en financement de capacité aux groupes autochtones intéressés. Elle a également mis en œuvre un programme relatif au savoir traditionnel autochtone et elle a dépensé 5 millions de dollars pour financer des études dans ce domaine.

(7) *The Order and the Certificates*

[59] The Governor in Council had before it the Report of the Joint Review Panel. It also had other material before it that was not disclosed in these proceedings. Canada asserted privilege over that material under section 39 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5.

[60] On June 17, 2014, the Governor in Council issued Order in Council P.C. 2014-809. On June 28, 2014, the Order in Council was published in the *Canada Gazette* [Part I].

[61] Balancing all of the competing considerations before it, the Governor in Council accepted [at page 1645] “the [Joint Review] Panel’s finding that the Project, if constructed and operated in full compliance with the conditions set out in Appendix 1 of Volume 2 of the [Joint Review Panel’s] Report, is and will be required by the present and future public convenience and necessity”. It “accept[ed] the Panel’s recommendation”. It added that “the Project would diversify Canada’s energy export markets and would contribute to Canada’s long-term economic prosperity” [(2014) *C. Gaz.* I, at page 1645].

[62] As for matters raised by the environmental assessment, the Governor in Council found that, taking into account the implementation of mitigation measures [Order in Council, at page 1646], “the Project is not likely to cause significant adverse environmental effects” within the meaning of subsection 5(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. However, the Project would cause significant adverse environmental effects to certain populations of woodland caribou and grizzly bear within the meaning of subsection 5(2) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* but these effects were “justified in the circumstances”. Exercising its authority under subsections 53(1) and 53(2) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the Governor in Council established conditions with which Northern Gateway must comply, which conditions were set out in Appendix 1 of

7) *Le décret et les certificats*

[59] Le gouverneur en conseil disposait du rapport de la Commission d’examen conjoint. Il avait aussi à sa disposition d’autres documents qui n’ont pas été divulgués dans le cadre de la présente instance. Le Canada a invoqué un privilège en relation avec ces documents, au titre de l’article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5.

[60] Le 17 juin 2014, le gouverneur en conseil a pris le décret C.P. 2014-809. Le décret a été publié dans la *Gazette du Canada* [partie I] le 28 juin 2014.

[61] Après avoir soupesé toutes les considérations concurrentes devant lui, le gouverneur en conseil a accepté [à la page 1645] « la conclusion de la Commission [d’examen conjoint] à l’effet que le projet — s’il est construit et exploité dans le respect strict des conditions figurant à l’annexe 1 du volume 2 du rapport de la Commission [d’examen conjoint] — aura un caractère d’utilité publique, tant pour le présent que pour le futur ». Il a « accept[é] la recommandation de la Commission ». Il a ajouté que « le projet permettrait de diversifier le marché d’exportation d’énergie du Canada et contribuerait à la prospérité économique durable du Canada » [(2014) *Gaz. C. I.*, à la page 1645].

[62] Quant aux questions soulevées par l’évaluation environnementale, le gouverneur en conseil a conclu que, compte tenu de l’application des mesures d’atténuation [décret, à la page 1646], « la réalisation du projet n’[était] pas susceptible d’entraîner des effets environnementaux [...] qui [seraient] négatifs et importants » au sens du paragraphe 5(1) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*. Toutefois le projet entraînerait des effets environnementaux négatifs et importants pour certaines populations de caribous des bois et d’ours grizzlis au sens du paragraphe 5(2) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*, mais ces effets étaient « justifiables dans les circonstances ». Exerçant son pouvoir en vertu des paragraphes 53(1) et (2) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*, le gouverneur en conseil a établi les conditions que devait respecter Northern

Considerations: Report of the Joint Review Panel for the Enbridge Northern Gateway Project, Volume 2.

[63] In light of the foregoing, exercising its power under section 54 of the *National Energy Board Act*, the Governor in Council directed the National Energy Board to issue Certificates of Public Convenience and Necessity to Northern Gateway for the Project in accordance with the terms and conditions set out in the Joint Review Panel's Report.

[64] On the same day, at the behest of the Governor in Council, the National Energy Board issued a decision statement under subsection 54(1) of the *National Energy Board Act*. The Decision Statement summarized what the Governor in Council had decided on the Joint Review Panel's recommendations made as a result of the environmental assessment. The Decision Statement reads as follows ["Decision Statement Issued under Section 54 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and Paragraph 104(4)(b) of the *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*"]:

The Governor in Council has decided, after considering the [Joint Review] Panel's report together with the conditions proposed in it, that the [Designated] Project is not likely to cause significant adverse environmental effects referred to in subsection 5(1) of [the *Canadian Environmental Assessment Act*] but it is likely to cause significant adverse environmental effects referred to in subsection 5(2) of [the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*] to certain populations of woodland caribou and grizzly bear as described in the [Joint Review] Panel's report.

The Governor in Council has also decided that, pursuant to subsection 52(4) of [the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*], the significant adverse environmental effects that the [Designated] Project is likely to cause to certain populations of woodland caribou and grizzly bear are justified in the circumstances.

The Governor in Council has established the 209 conditions set out by the [Joint Review] Panel in its report as

Gateway, lesquelles ont été énoncées à l'annexe 1 de *Considérations : Rapport de la commission d'examen conjoint sur le projet Enbridge Northern Gateway, Volume 2.*

[63] À la lumière de ce qui précède, exerçant le pouvoir qui lui était conféré par l'article 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, le gouverneur en conseil a donné à l'Office national de l'énergie instruction de délivrer les certificats d'utilité publique à Northern Gateway à l'égard du projet, sous réserve des conditions énoncées dans le rapport de la Commission d'examen conjoint.

[64] Le même jour, à la demande du gouverneur en conseil, l'Office national de l'énergie a fait une déclaration en application du paragraphe 54(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*. La déclaration résumait ce que le gouverneur en conseil avait décidé quant aux recommandations que la Commission d'examen conjoint avait formulées à la suite de l'évaluation environnementale. La déclaration se lit ainsi [« Décision rendue aux termes de l'article 54 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* et de l'alinéa 104(4)b de la *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable* »] :

Le gouverneur en conseil a décidé, après étude du rapport de la [Commission d'examen conjoint] et des conditions qui y sont proposées, que le projet [...] n'est pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants tels qu'ils sont évoqués au paragraphe 5(1) de la [*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*], mais qu'il est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants tels qu'ils sont évoqués au paragraphe 5(2) de cette même loi pour certaines populations de caribous des bois et de grizzlis décrites dans le rapport de la [Commission d'examen conjoint].

Le gouverneur en conseil a par ailleurs décidé qu'aux termes du paragraphe 52(4) de la [*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*], les effets environnementaux négatifs importants que le projet [...] est susceptible d'entraîner pour certaines populations de caribous des bois et de grizzlis sont justifiés dans les circonstances.

Le gouverneur en conseil a établi que les 209 conditions incluses dans le rapport de la [Commission d'examen

the conditions in relation to the environmental effects referred to in subsections 53(1) and (2) of [the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*] with which [Northern Gateway] must comply.

[65] A day later, on June 18, 2014, following the direction of the Governor in Council, the National Energy Board issued to Northern Gateway two certificates: Certificate OC-060 for the oil pipeline and associated facilities and Certificate OC-061 for the condensate pipeline and associated facilities.

[66] In July 2014, a month after the Governor in Council made its Order in Council and the Board issued its two Certificates, as part of Phase IV of the consultation framework, the Crown wrote a number of Aboriginal groups, including some of the parties to these proceedings, offering explanations concerning the comments they had made and the Governor in Council's Order in Council. To the same effect was an earlier letter written in June 2014, just before the Governor in Council made its Order in Council approving the Project. We will consider these letters, along with other facts concerning what took place during Phase IV, in more detail below.

(8) *Future regulatory processes*

[67] The issuance of the Certificates by the National Energy Board is not the final step before construction of the Project starts. Further regulatory processes will have to be pursued. Northern Gateway must obtain:

- *Routing approval.* Northern Gateway must apply for and receive approval from the National Energy Board for the detailed route of the Project. Owners of land and those whose interests may be adversely affected will have an opportunity to file objections. In approving a route, the National Energy Board must take into account all representations made to it at a public hearing and consider the most appropriate methods of construction and its timing. The National Energy Board has the power to attach conditions to its approval. See generally

conjoint] sont celles que [Northern Gateway] doit respecter dans le contexte des effets environnementaux dont il est question aux paragraphes 53(1) et (2) de la [*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*].

[65] Le lendemain, soit le 18 juin 2014, par suite des instructions du gouverneur en conseil, l'Office national de l'énergie a délivré à Northern Gateway deux certificats : le certificat OC-060 pour le pipeline de pétrole et les installations connexes ainsi que le certificat OC-061 pour le pipeline de condensat et les installations connexes.

[66] En juillet 2014, soit un mois après que le gouverneur en conseil a pris son décret et que l'Office a délivré ses deux certificats, dans la phase IV du cadre de consultation, la Couronne a écrit à un certain nombre de groupes autochtones, y compris quelques-unes des parties à la présente instance, pour leur donner des explications concernant les commentaires qu'ils avaient formulés et le décret du gouverneur en conseil. Des propos semblables se trouvaient dans une lettre précédente, écrite en juin 2014, juste avant que le gouverneur en conseil prenne son décret approuvant le projet. Nous examinerons ces lettres, en plus d'autres faits au sujet de ce qui s'est passé au cours de la phase IV, plus en détails plus loin.

8) *Les futurs processus réglementaires*

[67] La délivrance des certificats par l'Office national de l'énergie ne constitue pas l'étape finale avant le début de la construction du projet. D'autres processus réglementaires devront être poursuivis. Northern Gateway doit obtenir ce qui suit :

- *Approbation de la route.* Northern Gateway doit demander et recevoir l'approbation de l'Office national de l'énergie pour la route détaillée du projet. Les propriétaires des terres et ceux dont les intérêts peuvent être touchés de façon négative auront l'occasion de déposer des oppositions. Pour approuver une route, l'Office national de l'énergie doit tenir compte de toutes les observations qui lui ont été faites lors d'une audience publique et examiner les méthodes de construction les plus appropriées ainsi que le calendrier. L'Office

sections 33 to 40 of the *National Energy Board Act*.

national de l'énergie peut donner son approbation sous conditions. Voir, de manière générale, les articles 33 à 40 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*.

- *Acquisition of land rights.* Northern Gateway must acquire land rights for the Project in Alberta and British Columbia from private landowners or provincial Crowns by voluntary agreements, right-of-entry orders or Governor in Council consent. In some instances, it must pay compensation for acquisition of or damage to land. See generally sections 75, 77, 84 and 87 to 103 of the *National Energy Board Act*.
- *Acquisition de droits sur les terres.* Northern Gateway doit, pour le projet, acquérir des droits sur les terres, en Alberta et en Colombie-Britannique, de propriétaires privés ou des couronnes provinciales au moyen d'ententes volontaires, d'ordonnances d'accès aux terres ou du consentement du gouverneur en conseil. Dans certains cas, elle doit verser une compensation pour l'acquisition de la terre ou les dommages occasionnés. Voir, de manière générale, les articles 75, 77, 84 et 87 à 103 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*.
- *Approval to start construction.* Northern Gateway must apply for and receive leave from the National Energy Board to start construction of the Project. Under this process, Northern Gateway must satisfy all of the pre-construction conditions contained in the Certificates granted by the National Energy Board. As a practical matter, during this process, the detailed design and operation of the Project will be refined. Out of the 209 conditions attached to the Certificates, roughly 120 involve the preparation and filing of further information with the Board before construction can begin. Some of the conditions require Northern Gateway to report on its consultations with Aboriginal groups as part of its application for approval submitted to the National Energy Board.
- *Approbation pour commencer la construction.* Northern Gateway doit demander et obtenir l'autorisation de l'Office national de l'énergie en vue de commencer la construction du projet. Dans le cadre de ce processus, Northern Gateway doit remplir toutes les conditions préalables à la construction qui se trouvent dans les certificats octroyés par l'Office national de l'énergie. En pratique, au cours de ce processus, la conception et l'exploitation détaillées du projet seront affinées. Des 209 conditions liées aux certificats, à peu près 120 impliquent, avant que puisse débuter la construction, la préparation et le dépôt à l'Office de documents d'information additionnels. Certaines des conditions exigent de Northern Gateway qu'elle fasse rapport de ses consultations auprès des groupes autochtones, dans le cadre de sa demande d'approbation présentée à l'Office national de l'énergie.
- *Approval to start operations.* Before the Project can be operated, Northern Gateway must apply to the National Energy Board for approval. Among other things, it must satisfy the National Energy Board that the pipelines can be opened safely for transmission.
- *Approbation pour le commencement de l'exploitation.* Avant que le projet puisse être exploité, Northern Gateway doit demander l'approbation de l'Office national de l'énergie. Entre autres choses, elle doit convaincre l'Office national de l'énergie que les pipelines peuvent être ouverts pour le transport de façon sécuritaire.

- *Other approvals under federal and provincial legislation.* Northern Gateway will also have to apply for these. The application process may involve the need for further consultation with Aboriginal groups. Much of this may take place under Phase V of the consultation framework.

D. Legal proceedings

[68] The following notices of application for judicial review challenge the Report of the Joint Review Panel:

- *Federation of British Columbia Naturalists d.b.a. BC Nature v. Attorney General of Canada et al.* (A-59-14);
- *ForestEthics Advocacy Association et al. v. Attorney General of Canada et al.* (A-56-14);
- *Gitxaala Nation v. Minister of the Environment et al.* (A-64-14);
- *Haisla Nation v. Canada (Minister of Environment) et al.* (A-63-14) (later amended);
- *Gitga'at First Nation v. Attorney General of Canada et al.* (A-67-14).

[69] The following notices of application for judicial review challenge the decision of the Governor in Council, namely Order in Council P.C. 2014-809:

- *Gitxaala Nation v. Attorney General of Canada et al.* (A-437-14);
- *Federation of British Columbia Naturalists d.b.a. BC Nature v. Attorney General of Canada et al.* (A-443-14);
- *ForestEthics Advocacy Association et al. v. Attorney General of Canada et al.* (A-440-14);
- *Gitga'at First Nation v. Attorney General of Canada et al.* (A-445-14);

- *Autres approbations requises par les lois fédérales et provinciales.* Northern Gateway devra aussi présenter des demandes pour ces approbations. Le processus de demande peut nécessiter d'autres consultations auprès des groupes autochtones. Une grande partie de cela peut avoir lieu pendant la phase V du cadre de consultation.

D. Les instances judiciaires

[68] Les avis de demande de contrôle judiciaire qui suivent contestent le rapport de la Commission d'examen conjoint :

- *Federation of British Columbia Naturalists s/n BC Nature c. Procureur général du Canada et al.* (A-59-14);
- *ForestEthics Advocacy Association et al. c. Procureur général du Canada et al.* (A-56-14);
- *Nation Gitxaala c. Ministre de l'Environnement et al.* (A-64-14);
- *Nation des Haisla c. Canada (Ministre de l'Environnement) et al.* (A-63-14) (modifié par la suite);
- *Première Nation des Gitga'at c. Procureur général du Canada et al.* (A-67-14).

[69] Les avis de demande de contrôle judiciaire qui suivent contestent la décision du gouverneur en conseil, à savoir le décret C.P. 2014-809 :

- *Nation Gitxaala c. Procureur général du Canada et al.* (A-437-14);
- *Federation of British Columbia Naturalists s/n BC Nature c. Procureur général du Canada et al.* (A-443-14);
- *ForestEthics Advocacy Association et al. c. Procureur général du Canada et al.* (A-440-14);
- *Première Nation des Gitga'at c. Procureur général du Canada et al.* (A-445-14);

- *The Council of the Haida Nation et al. v. Attorney General of Canada et al.* (A-446-14);
- *Haisla Nation v. Attorney General of Canada et al.* (A-447-14);
- *Kitasoo Xai'Xais Band Council et al. v. Her Majesty the Queen et al.* (A-448-14);
- *Nadleh Whut'en Band et al. v. Attorney General of Canada et al.* (A-439-14);
- *Unifor v. Attorney General of Canada et al.* (A-442-14).
- *Conseil de la Nation haïda et al. c. Procureur général du Canada et al.* (A-446-14);
- *Nation des Haisla c. Procureur général du Canada et al.* (A-447-14);
- *Conseil de bande de Kitasoo Xai'Xais et al. c. Sa Majesté la Reine et al.* (A-448-14);
- *Bande des Nadleh Whut'en Band et al. c. Procureur général du Canada et al.* (A-439-14);
- *Unifor c. Procureur général du Canada et al.* (A-442-14).

[70] The following notices of appeal were filed against the National Energy Board's decision to issue the Certificates (Certificate OC-060 and Certificate OC-061):

- *ForestEthics Advocacy Association et al. v. Northern Gateway Pipelines et al.* (A-514-14);
- *Gitxaala Nation v. Attorney General of Canada et al.* (A-520-14);
- *Haisla Nation v. Attorney General of Canada et al.* (A-522-14);
- *Unifor v. Attorney General of Canada et al.* (A-517-14).
- *ForestEthics Advocacy Association et al. c. Northern Gateway Pipelines et al.* (A-514-14);
- *Nation Gitxaala c. Procureur général du Canada et al.* (A-520-14);
- *Nation des Haisla c. Procureur général du Canada et al.* (A-522-14);
- *Unifor c. Procureur général du Canada et al.* (A-517-14).

[71] As mentioned above, these proceedings were all consolidated. This consolidated matter was one of the largest proceedings ever prosecuted in this Court, with approximately 250 000 documents and multiple parties before the Court. Seven months after the proceedings were consolidated and after several motions to resolve minor disputes, the consolidated proceedings were ready for hearing. This Court wishes to express its appreciation to the parties for their exemplary conduct in prosecuting the consolidated proceedings in an efficient and expeditious manner.

[72] Broadly speaking, the consolidated proceedings, taken together, seek an order quashing the administrative decisions in this case because, under administrative law

[70] Les avis d'appel qui suivent ont été déposés à l'encontre de la décision de l'Office national de l'énergie de délivrer les certificats (certificat OC-060 et certificat OC-061) :

[71] Comme il a été mentionné ci-dessus, ces instances ont été réunies. La présente instance constitue l'une des plus imposantes entendues devant la Cour; environ 250 000 documents ont été présentés et de multiples parties ont comparu devant la Cour. Sept mois après la réunion des instances, et après plusieurs requêtes visant à régler des différends mineurs, les instances réunies étaient prêtes à être instruites. La Cour souhaite exprimer sa gratitude aux parties pour leur conduite exemplaire dans l'instruction rapide et efficace des instances ainsi réunies.

[72] D'une manière générale, les instances réunies, mises ensemble, sollicitent une ordonnance annulant les décisions administratives en l'espèce au motif que, selon

principles, they are unreasonable or incorrect. They also seek an order quashing the Order in Council and the Certificates because Canada has not fulfilled its duty to consult with Aboriginal peoples concerning the Project.

[73] Thus, we shall review the administrative decisions following administrative law principles and then assess whether Canada fulfilled its duty to consult with Aboriginal peoples.

E. Reviewing the administrative decisions following administrative law principles

(1) *Introduction*

[74] This is a complicated case, with appeals and judicial reviews concerning three different administrative decisions: the Report of the Joint Review Panel, the Order in Council made by the Governor in Council and the Certificates made by the National Energy Board.

[75] In complicated cases such as this, it is prudent to have front of mind the proper methodology for reviewing administrative decisions.

[76] Some of the administrative decisions have been challenged by way of appeal, others by way of application for judicial review. Regardless of how they have been challenged, we are to review them in the same way, namely the way we proceed when considering applications for judicial review: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 [*Khosa*].

[77] Broadly speaking, in judicial reviews, we deal with any preliminary issues, determine the standard of review, use that standard of review to assess the administrative decisions to see if the court should interfere, and then, if we consider interference to be warranted, decide what remedy, if any, should be granted. See generally *Canada (Attorney General) v. Boogaard*, 2015 FCA 150, 87 Admin. L.R. (5th) 175 [*Boogaard*], at

les principes de droit administratif, ces décisions sont déraisonnables ou incorrectes. Elles sollicitent aussi une ordonnance annulant le décret et les certificats, du fait que le Canada ne s'est pas acquitté de son obligation de consulter les peuples autochtones au sujet du projet.

[73] Par conséquent, nous examinerons les décisions administratives sous l'angle des principes de droit administratif, et ensuite établir si le Canada s'est acquitté de son obligation de consulter les peuples autochtones.

E. L'examen des décisions administratives au regard des principes de droit administratif

1) *Introduction*

[74] Il s'agit d'une affaire compliquée qui comporte des appels et des demandes de contrôle judiciaire concernant trois décisions administratives distinctes : le rapport de la Commission d'examen conjoint, le décret pris par le gouverneur en conseil et les certificats délivrés par l'Office national de l'énergie.

[75] Dans des affaires compliquées comme celles en l'espèce, il est prudent de garder à l'esprit la méthodologie appropriée afin d'examiner les décisions administratives.

[76] Certaines des décisions administratives ont été contestées au moyen d'un appel, d'autres au moyen d'une demande de contrôle judiciaire. Peu importe la manière par laquelle elles ont été contestées, nous devons les examiner de la même manière, soit la manière avec laquelle nous procédons lorsque nous examinons des demandes de contrôle judiciaire : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 [*Khosa*].

[77] En gros, lors d'un contrôle judiciaire, nous tranchons toute question préliminaire, établissons la norme de contrôle applicable, appliquons cette norme de contrôle aux décisions administratives pour déterminer si la Cour devrait intervenir, et ensuite, si nous estimons que l'intervention est justifiée, nous décidons quelle réparation, le cas échéant, devrait être accordée. Voir, de manière générale, les arrêts *Canada (Procureur général)*

paragraphs 35–37; *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 472 N.R. 171 [*Delios*], at paragraph 26; *Budlakoti v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FCA 139, 35 Imm. L.R. (4th) 1, at paragraphs 27 and 28.

[78] However, in complicated cases with many moving parts like this one, often it is useful to begin at a more basic level. What exactly is being reviewed?

[79] In this case, we have a statutory scheme for the approval of projects, such as the Project in this case, involving the participation of a Joint Review Panel, the Governor in Council, and the National Energy Board. As part of their participation, each makes a decision of sorts. But in the end, are there really three decisions for the purposes of review?

[80] Before pursuing the methodology of review, it is often useful to characterize the decision or decisions in issue in light of the legislative scheme within which they rest. After all, the legislative scheme is the law of the land. Absent constitutional objection, the legislative scheme must always bind us and guide the analysis.

[81] Therefore, we shall examine certain preliminary issues raised by the parties. Then we shall analyze the legislative regime with a view to understanding the nature of the administrative decisions made here. Then we shall proceed to the substance of review and, if necessary, proceed to remedy.

(2) *Preliminary issues*

(a) The standing of certain parties

[82] Northern Gateway challenges the standing of the Coalition, BC Nature and Unifor to maintain their proceedings.

c. Boogaard, 2015 CAF 150 [*Boogaard*], aux paragraphes 35 à 37; *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117 [*Delios*], au paragraphe 26; et *Budlakoti c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CAF 139, aux paragraphes 27 et 28.

[78] Cependant, dans les affaires compliquées comportant de multiples éléments, comme celle en l'espèce, il est souvent utile de commencer au tout début. Qu'est-ce qui est examiné?

[79] En l'espèce, nous devons nous pencher sur un régime législatif d'approbation de projets, comme le projet en l'espèce; ce régime qui prévoit la participation d'une Commission d'examen conjoint, du gouverneur en conseil et de l'Office national de l'énergie. Dans le cadre de leur participation, chacun d'entre eux rend, d'une manière ou d'une autre, une décision. Toutefois, ultimement, existe-t-il trois décisions pour les besoins de l'examen?

[80] Avant d'aller de l'avant en ce qui concerne la méthodologie employée pour l'examen, il est souvent utile de décrire la ou les décisions en cause au regard du régime législatif sur lequel elles reposent. Après tout, le régime législatif est le droit applicable. En l'absence d'une opposition de nature constitutionnelle, le régime législatif doit toujours lier la Cour et orienter notre analyse.

[81] Par conséquent, nous examinerons certaines des questions préliminaires soulevées par les parties. Nous analyserons ensuite le régime législatif en vue de comprendre la nature des décisions administratives prises en l'espèce. Ensuite, nous procéderons à l'examen à proprement parler, puis, au besoin, nous traiterons de la réparation.

2) *Les questions préliminaires*

a) La qualité pour agir de certaines parties

[82] Northern Gateway conteste la qualité de la Coalition, de BC Nature et de Unifor à maintenir leurs instances.

[83] To have direct standing in a proceeding challenging an administrative decision, a party must show that the decision affects its legal rights, imposes legal obligations upon it, or prejudicially affects it in some way: *League for Human Rights of B’Nai Brith Canada v. Odynsky*, 2010 FCA 307, *sub nom. League for Human Rights of B’nai Brith Canada v. Canada*, [2012] 2 F.C.R. 312 [hereinafter *Odynsky*]; *Rothmans of Pall Mall Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1976] 2 F.C. 500 (C.A.); *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488.

[84] On the evidence before us, we are persuaded that the legal or practical interests of these parties are sufficient to maintain proceedings. Above, at paragraph 18, we have set out these parties’ interests. We also note that they were all active interveners before the Joint Review Panel, participating in much of its process. In our view, these parties have direct standing to maintain their proceedings.

[85] In support of its submission that these parties did not have standing, Northern Gateway invokes this Court’s decision in *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75 [*Forest Ethics*].

[86] In that case, this Court held that Forest Ethics did not have standing to apply for judicial review of interlocutory National Energy Board decisions concerning who could participate in its hearing, the relevancy of certain issues, and the participation of an individual in the hearing. In the circumstances of that case, the National Energy Board’s decisions did not affect Forest Ethics’ rights, impose legal obligations upon it, or prejudicially affect it in any way and so it did not have direct standing. Nor did it have standing as a public interest litigant under *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*,

[83] Pour avoir la qualité pour agir directement dans une instance par laquelle une décision administrative est contestée, une partie doit démontrer que la décision a une incidence sur ses droits juridiques, qu’elle lui impose des obligations juridiques ou qu’elle lui occasionne un préjudice de quelque manière : *Ligue des droits de la personne de B’Nai Brith Canada c. Odynsky*, 2010 CAF 307, *sub nom. Ligue des droits de la personne de B’nai Brith Canada c. Canada*, [2012] 2 R.C.F. 312 [ci-après appelé *Odynsky*]; *La compagnie Rothmans de Pall Mall Canada Ltée c. Le ministre du Revenu national*, [1976] 2 C.F. 500 (C.A.); et *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116, [2010] 2 R.C.F. 488.

[84] Compte tenu de la preuve dont nous disposons, nous sommes convaincus que ces parties ont un intérêt juridique ou pratique suffisant pour maintenir les instances. Précédemment, au paragraphe 18, nous avons exposé les intérêts de ces parties. Nous relevons aussi que ces parties étaient toutes des intervenantes actives devant la Commission d’examen conjoint et qu’elles ont participé à la plus grande partie du processus de cette dernière. Selon nous, ces parties ont la qualité pour agir directement en ce qui a trait au maintien de leurs instances.

[85] Northern Gateway s’est fondée sur la décision rendue par la Cour dans l’arrêt *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l’énergie)*, 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75 [*Forest Ethics*] pour étayer son observation selon laquelle ces parties n’ont pas qualité pour agir.

[86] Dans cette affaire, la Cour d’appel fédérale a statué que Forest Ethics n’avait pas qualité pour présenter une demande de contrôle judiciaire de décisions interlocutoires rendues par l’Office national de l’énergie concernant la question de savoir qui pourrait participer à ces audiences, la pertinence de certaines questions ainsi que la participation d’une personne à l’audience. Dans les circonstances de cette affaire, les décisions de l’Office national de l’énergie n’avaient aucune incidence sur les droits de Forest Ethics, ne lui imposaient pas d’obligations juridiques ou ne lui occasionnaient aucun préjudice que ce soit, de sorte qu’elle n’avait pas qualité

2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524. Instead, it was a classic “busybody” as that term is understood in the jurisprudence (*[Forest Ethics]*, at paragraph 33):

.... Forest Ethics asks this Court to review an administrative decision it had nothing to do with. It did not ask for any relief from the Board. It did not seek any status from the Board. It did not make any representations on any issue before the Board. In particular, it did not make any representations to the Board concerning the three interlocutory decisions.

[87] The circumstances are completely different in the case at bar. Therefore, we reject Northern Gateway’s challenge to the standing of the Coalition, BC Nature and Unifor to maintain proceedings.

(b) The admissibility of affidavits

[88] In their memoranda, the Heiltsuk and the Kitsoo submit that the affidavits of Northern Gateway are “substantially submissions in affidavit form, and the whole of each ... or alternatively the offending parts of each should be struck out”. The Gitxaala have adopted these submissions.

[89] Under rule 81 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, affidavits offered in support of proceedings are to be “confined to facts within the deponent’s personal knowledge”.

[90] We agree that some portions of the affidavits filed by Northern Gateway smack of submissions that should appear in a memorandum of fact and law, not an affidavit. In considering this consolidated proceeding, we disregarded the offending portions of Northern Gateway’s affidavits. Northern Gateway’s affidavits do contain admissible evidence that we have considered.

pour agir directement. Elle n’avait pas non plus qualité pour agir dans l’intérêt public selon les critères de l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524. Il s’agissait plutôt d’un « trouble-fête » classique, au sens où l’entend la jurisprudence (*[Forest Ethics]*, au paragraphe 33) :

[...] [*Forest Ethics*] demande à la Cour d’examiner une décision administrative qui ne la concerne en rien. Elle n’a demandé à l’Office aucune mesure de réparation ni réclamé une quelconque qualité pour agir. Elle n’a présenté aucune observation sur aucun sujet devant l’Office. En particulier, elle n’a présenté aucune observation à l’Office concernant les trois décisions interlocutoires.

[87] Les circonstances sont complètement différentes dans l’affaire dont nous sommes saisis. Par conséquent, nous rejetons la contestation présentée par Northern Gateway relativement à la qualité pour agir de la Coalition, de BC Nature et Unifor en ce qui a trait au maintien des instances.

b) L’admissibilité des affidavits

[88] Dans leur mémoire, la Nation des Heiltsuk et la Nation de Kitsoo font valoir que les affidavits de Northern Gateway sont [TRADUCTION] « essentiellement des observations sous forme d’affidavit, et que la totalité de chaque affidavit [...] ou, subsidiairement, les parties de chaque affidavit qui contreviennent aux règles devraient être radiées ». La Nation Gitxaala a repris à son compte ces observations.

[89] Selon la règle 81 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, les affidavits présentés en appui à une instance « se limitent aux faits dont le déclarant a une connaissance personnelle ».

[90] Nous convenons que certaines parties des affidavits déposés par Northern Gateway s’apparentent à des observations qui devraient être contenues dans un mémoire des faits et du droit et non dans un affidavit. Dans l’examen des instances réunies, nous avons fait abstraction des parties des affidavits de Northern Gateway qui posaient problème. Les affidavits de Northern Gateway contiennent des éléments de preuve admissibles dont nous avons tenu compte.

[91] Northern Gateway also submitted that there were argumentative portions in other affidavits filed with the Court, such as the affidavit of Chief Councillor Ellis and most of the exhibits to the affidavit of Acting Chief Clarence Innis. We agree. Again, in determining this matter, we disregarded argumentative portions in the evidence, and this did not affect our determination.

(3) *The legislative scheme in detail*

[92] This is the first case to consider this legislative scheme, one that integrates elements from the *National Energy Board Act* and the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and culminates in substantial decision making by the Governor in Council. It is unique; there is no analogue in the statute book. Accordingly, cases that have considered other legislative schemes are not relevant to our analysis.

[93] We must assess this legislative scheme on its own terms in light of the legislative text, the surrounding context, and Parliament's purpose in enacting the legislation: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559. Where the legislative text is clear, as it is here, it will predominate in the analysis: *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601.

[94] Broadly speaking, under this legislative scheme, the proponent of a project applies for a certificate approving the project.

[95] In response to the application, information is gathered, evaluations are made, an environmental assessment is conducted and recommendations are prepared and presented to the Governor in Council in a report. Overall, on the basis of everything put before it, the Governor in Council decides whether or not the certificate should be issued.

[91] Northern Gateway a aussi fait valoir que d'autres affidavits déposés à la Cour, comme l'affidavit du conseiller en chef Ellis et la plupart des pièces jointes à l'affidavit du chef par intérim Clarence Innis, contenaient des parties contenant des arguments. Nous souscrivons à cette observation. Lorsque nous avons tranché la présente affaire, nous avons là aussi fait abstraction des parties de la preuve consistant en des arguments, et cela n'a pas eu d'incidence sur notre décision.

3) *Le régime législatif en détail*

[92] La présente affaire est la première dans le cadre de laquelle la Cour examine ce régime législatif, soit un régime qui intègre des éléments de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* et de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* et dont le point d'orgue est un pouvoir décisionnel important accordé au gouverneur en conseil. Ce régime est unique; il n'existe pas de régime comparable dans le recueil des lois. Par conséquent, les affaires dans lesquelles la Cour se penchait sur d'autres régimes législatifs ne sont pas pertinentes pour les besoins de notre analyse.

[93] Nous devons examiner ce régime législatif selon ses propres modalités, au regard du libellé du texte de loi, du contexte et de l'intention du législateur lors de la promulgation de textes de loi : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; et *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559. Lorsque le texte de loi est clair, comme c'est le cas en l'espèce, celui-ci prédominera dans l'analyse : *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601.

[94] Au sens large, d'après ce régime législatif, le proposant d'un projet présente une demande en vue d'obtenir un certificat d'approbation pour le projet.

[95] En réponse à la demande, des renseignements seront recueillis, des évaluations sont réalisées, une évaluation environnementale est effectuée et des recommandations sont préparées puis présentées au gouverneur en conseil dans un rapport. Globalement, le gouverneur en conseil décide s'il délivre ou non le certificat en se fondant sur tous les éléments dont il dispose.

[96] If the Governor in Council decides that a certificate may be issued, the Governor in Council may also cause the Board to issue a decision statement setting out conditions relating to the mitigation of environmental effects and follow-up measures. The decision statement becomes part of the certificate, i.e., the mitigation and follow-up measures must be complied with.

[97] In cases of uncertainty, the Governor in Council may remit the matter back for reconsideration of the recommendations. After reconsideration, recommendations are sent back to the Governor in Council for decision.

[98] We turn now to a more detailed analysis of the legislative scheme.

[99] In this case, the decision-making process under the *National Energy Board Act* was triggered by Northern Gateway applying for certificates for the Project.

[100] In response to an application, there are two stages: a report stage and a decision stage. During the former, a report is prepared under the *National Energy Board Act*. In cases like this involving a “designated project” within the meaning of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the report must include a report of an environmental assessment prepared under the Act. In short, in a case such as this, the report stage requires fulfilment of requirements under the *National Energy Board Act* and the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

[101] Under this legislative scheme, the National Energy Board is assigned many responsibilities, particularly at the report stage. In this case, as mentioned, a Joint Review Panel was established. It was a “review panel” for the purposes of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and stood in the shoes of the National Energy Board for the purposes of the report stage under the *National Energy Board Act*. So in this

[96] Si le gouverneur en conseil décide que le certificat peut être délivré, ce dernier peut aussi faire en sorte que l’Office rende un énoncé de décision dans lequel il expose les conditions se rapportant à l’atténuation des effets environnementaux et les mesures de suivi. L’énoncé de décision devient une partie du certificat, c.-à-d., que les mesures d’atténuation et de suivi doivent être respectées.

[97] Dans les cas d’incertitude, le gouverneur en conseil peut renvoyer l’affaire pour que les recommandations fassent l’objet d’un nouvel examen. Après le nouvel examen, les recommandations sont retournées au gouverneur en conseil, pour que celui-ci prenne une décision.

[98] Nous procédons maintenant à une analyse plus détaillée du régime législatif.

[99] Dans la présente affaire, le processus décisionnel prévu dans la *Loi sur l’Office national de l’énergie* a été déclenché lorsque Northern Gateway a présenté une demande en vue d’obtenir des certificats pour le projet.

[100] Deux étapes suivent la présentation d’une demande : l’étape du rapport et l’étape de la décision. Lors de la première, un rapport est préparé conformément à la *Loi sur l’Office national de l’énergie*. Dans les affaires comme celles en l’espèce, qui concernent un « projet désigné » au sens de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*, le rapport doit aussi inclure le rapport de l’évaluation environnementale rédigé au titre de la Loi. En résumé, dans une affaire comme la présente, l’étape du rapport nécessite que les exigences prévues à la *Loi sur l’Office national de l’énergie* et de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)* soient remplies.

[101] Ce régime législatif accorde nombre de responsabilités à l’Office national de l’énergie, surtout à l’étape du rapport. En l’espèce, comme il a été mentionné, une Commission d’examen conjoint a été établie. Il s’agissait d’une « commission » pour les besoins de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)* et elle se substituait à l’Office national de l’énergie pour les besoins de l’étape du rapport, conformément à la *Loi*

case, references in the legislation to the Board should be seen as references to the Joint Review Panel for the purposes of the report stage.

- (a) The report stage: the *National Energy Board Act* requirements

[102] First, under subsection 52(1) of the *National Energy Board Act*, a report has to be prepared and submitted to a coordinating Minister for transmission to the Governor in Council. Subsection 52(1) provides that the report is to set out a recommendation as to whether the certificates should be granted and, if so, what conditions, if any, ought to be attached to the certificates:

Report

52 (1) If the Board [here the Joint Review Panel] is of the opinion that an application for a certificate in respect of a pipeline is complete, it shall prepare and submit to the Minister, and make public, a report setting out

(a) its recommendation as to whether or not the certificate should be issued for all or any portion of the pipeline, taking into account whether the pipeline is and will be required by the present and future public convenience and necessity, and the reasons for that recommendation; and

(b) regardless of the recommendation that the Board [here the Joint Review Panel] makes, all the terms and conditions that it considers necessary or desirable in the public interest to which the certificate will be subject if the Governor in Council were to direct the Board to issue the certificate, including terms or conditions relating to when the certificate or portions or provisions of it are to come into force.

[103] Under subsection 52(2), the recommendation of the Board (here the Joint Review Panel) contained in its report must be based on certain criteria:

52 ...

Factors to consider

sur l'Office national de l'énergie. Donc, en l'espèce, les renvois à l'Office dans la législation devraient être considérés comme des renvois à la Commission d'examen conjoint pour les besoins de l'étape du rapport.

- a) L'étape du rapport : les exigences prévues à la *Loi sur l'Office national de l'énergie*

[102] Tout d'abord, sous le régime du paragraphe 52(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, un rapport doit être établi et présenté à un ministre responsable de la coordination, pour transmission au gouverneur en conseil. Le paragraphe 52(1) prévoit que le rapport doit contenir une recommandation, à savoir si le certificat devrait être délivré et, dans l'affirmative, quelles conditions, le cas échéant, doivent figurer dans le certificat :

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 conditions quant à la prise d'effet de tout ou partie du certificat.

[103] Le paragraphe 52(2) prévoit que la recommandation de l'Office (en l'espèce, la Commission d'examen conjoint) contenue dans le rapport doit être fondée sur certains critères :

52 [...]

Facteurs à considérer

(2) In making its recommendation, the Board [here the Joint Review Panel] shall have regard to all considerations that appear to it to be directly related to the pipeline and to be relevant, and may have regard to the following:

- (a) the availability of oil, gas or any other commodity to the pipeline;
- (b) the existence of markets, actual or potential;
- (c) the economic feasibility of the pipeline;
- (d) the financial responsibility and financial structure of the applicant, the methods of financing the pipeline and the extent to which Canadians will have an opportunity to participate in the financing, engineering and construction of the pipeline; and
- (e) any public interest that in the Board's opinion may be affected by the issuance of the certificate or the dismissal of the application.

[104] Subsections 52(4) to 54(10) place the Board (here the Joint Review Panel) on a strict time line to issue its report:

52 ...

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.

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

(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 financière du demandeur et les méthodes de financement du pipeline ainsi que la mesure dans laquelle les Canadiens auront la possibilité de participer au financement, à l'ingénierie ainsi qu'à la construction du pipeline;
- e) les conséquences sur l'intérêt public que peut, à son avis, avoir la délivrance du certificat ou le rejet de la demande.

[104] Les paragraphes 52(4) à 54(10) imposent à l'Office (en l'espèce la Commission d'examen conjoint) des échéanciers stricts pour ce qui est de la délivrance du rapport :

52 [...]

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.

Avis publics – période exclue

(6) L'Office rend publique, sans délai, la date où commence la période visée au paragraphe (5) et celle où elle se termine.

Prorogations

(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.

[105] In this case, as noted above, the Joint Review Panel was under an order requiring it to finish its report by December 31, 2013.

[106] As subsection 52(1) of the *National Energy Board Act* makes clear, the report is submitted to the “Minister”, who is defined in section 2 of the *National Energy Board Act* as “such member of the Queen’s Privy Council for Canada as is designated by the Governor in Council as the Minister for the purposes of this Act”. The role of that coordinating Minister is to place the report before the Governor in Council for its consideration under sections 53 and 54.

(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.

[105] En l’espèce, comme il a été mentionné ci-dessus, la Commission d’examen conjoint était visée par une directive l’obligeant à terminer son rapport au plus tard le 31 décembre 2013.

[106] Comme le prévoit clairement le paragraphe 52(1) de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*, le rapport est présenté au « ministre », que l’article 2 de la *Loi sur l’Office national de l’énergie* définit comme étant « [l]e membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada chargé par le gouverneur en conseil de l’application de la présente loi ». Le rôle de ce ministre responsable de la coordination est de soumettre le rapport au gouverneur en conseil pour que ce dernier l’examine au titre des articles 53 et 54.

[107] Once made, the report is “final and conclusive” but this is “[s]ubject to sections 53 and 54” of the *National Energy Board Act*. These sections empower the Governor in Council to consider the report and decide what to do with it: subsection 52(11) of the *National Energy Board Act*.

- (b) The report stage: the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* requirements

[108] The second thing that happened after Northern Gateway applied for the certificates was an environmental assessment process. In this case, this was required. The Project was a “designated project” within the meaning of section 2 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. Accordingly, under subsection 52(3) [of the *National Energy Board Act*], the report also had to set out an environmental assessment conducted under that Act:

52 ...

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.

[109] Environmental assessments are to include assessments of the matters set out in sections 5 and 19 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. For present purposes, we need only offer a general summary of these matters. They include changes caused to the air, land or sea and the lifeforms that inhabit those areas. They also include consideration of matters specific to the Project and its specific effects on the environment and lifeforms who inhabit it. And they include the effects upon Aboriginal peoples’ health and socio-economic conditions, physical and cultural heritage, the use of lands and resources for traditional purposes, and any structures, sites or things that are of historical, archaeological, palaeontological, or architectural significance.

[107] Une fois rédigé, le rapport est, « [s]ous réserve des articles 53 et 54 » de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*, « définitif et sans appel ». Ces articles confèrent au gouverneur en conseil le pouvoir d’examiner le rapport et de décider ce qu’il faut en faire : paragraphe 52(11) de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*.

- b) L’étape du rapport : la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*

[108] La deuxième chose qui s’est produite après que Northern Gateway eut demandé les certificats fut un processus d’évaluation environnementale. En l’espèce, cela était nécessaire. Le projet était un « projet désigné » au sens de l’article 2 de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*. Par conséquent, selon le paragraphe 52(3) [de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*], le rapport devait également contenir une évaluation environnementale établie sous le régime de cette loi :

52 [...]

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.

[109] Les évaluations environnementales doivent comprendre les évaluations des éléments énoncés aux articles 5 et 19 de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*. Pour les besoins de l’espèce, il nous faut seulement faire un résumé général de ces éléments. Ils comprennent notamment les changements causés à l’air, au sol, à l’eau et aux organismes vivants qui habitent dans ces zones. Ils comprennent également l’examen des questions spécifiques au projet et de ses effets spécifiques sur l’environnement et sur les organismes vivants qui y habitent. Ils comprennent également les effets sur la santé et les conditions socioéconomiques des peuples autochtones, sur leur patrimoine naturel et culturel, sur l’usage courant des terres et des ressources à des fins traditionnelles, et sur les structures, sites ou

[110] What is submitted to the Governor in Council is not the whole environmental assessment but rather only a report of it. Under section 29 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the report must offer recommendations concerning the subject matter found in paragraph 31(1)(a) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*—i.e., the existence of significant adverse environmental effects and whether or not those effects can be justified.

[111] Section 29 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* provides as follows:

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.

Submission of report to Minister

(2) The responsible authority submits its report to the Minister within the meaning of section 2 of the *National Energy Board Act* at the same time as it submits the report referred to in subsection 52(1) of that Act.

Report is final and conclusive

(3) Subject to sections 30 and 31, the report with respect to the environmental assessment is final and conclusive.

(c) Consideration by the Governor in Council

[112] Armed with the report prepared in accordance with the foregoing provisions of the *National Energy*

choses qui ont une importance historique, archéologique, paléontologique ou architecturale.

[110] L'évaluation environnementale n'est pas soumise dans son intégralité au gouverneur en conseil; ce n'est qu'un rapport sur celle-ci qui est soumis. Selon l'article 29 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, ce rapport doit comprendre des recommandations concernant le sujet dont il est question à l'alinéa 31(1)a) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, à savoir s'il existe des effets environnementaux négatifs et importants et, le cas échéant, s'ils sont justifiables.

[111] L'article 29 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* est ainsi libellé :

Recommandations 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 œuvre relativement au projet.

Présentation du rapport au ministre

(2) Elle présente son rapport au ministre au sens de l'article 2 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* au même moment où elle lui présente le rapport visé au paragraphe 52(1) de cette loi.

Caractère définitif

(3) Sous réserve des articles 30 et 31, le rapport d'évaluation environnementale est définitif et sans appel.

c) Examen par le gouverneur en conseil

[112] À l'aide du rapport établi conformément aux dispositions susmentionnées de la *Loi sur l'Office national*

Board Act and *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the Governor in Council may make its decision concerning the application for the certificate by the proponent, here Northern Gateway.

[113] Overall, the Governor in Council has three options:

- (1) It can “direct the Board to issue a certificate in respect of the pipeline or any part of it and to make the certificate subject to the terms and conditions set out in the report”: paragraph 54(1)(a) of the *National Energy Board Act*. If this option is pursued, the Board has no discretion. It must grant the certificates within seven days: subsection 54(5) of the *National Energy Board Act*.

As part of its consideration, the Governor in Council must consider whether significant adverse environmental effects will be caused and, if so, whether the effects “can be justified in the circumstances”. Depending on its decision, it may have to impose conditions that must be complied with: section 53 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. It does this through the mechanism of a “decision statement” it can cause the Board to issue: section 31 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. The Board must issue the decision statement within seven days and it forms part of the certificate: subsection 31(5) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

- (2) It can “direct the Board to dismiss the application for a certificate”: paragraph 54(1)(b) of the *National Energy Board Act*. If this option is pursued, the Board has no discretion. It must dismiss the certificates within seven days: subsection 54(5) of the *National Energy Board Act*.
- (3) It can ask the Board to reconsider its recommendations in its report or any terms and conditions, or both: subsection 53(1) of the *National Energy*

de l'énergie et de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, le gouverneur en conseil peut prendre sa décision concernant la demande de certificat présentée par le promoteur du projet, en l'espèce Northern Gateway.

[113] Dans l'ensemble, le gouverneur en conseil dispose de trois choix :

- 1) Il peut « 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*. Si c'est ce choix qui est fait, l'Office n'a aucun pouvoir discrétionnaire. Il doit délivrer le certificat dans un délai de sept jours : paragraphe 54(5) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*.

Dans le cadre de son examen, le gouverneur en conseil doit examiner si des effets environnementaux négatifs et importants seront causés et, le cas échéant, s'ils « sont justifiables dans les circonstances ». Dépendamment de sa décision, il se peut qu'il doive imposer des conditions qui doivent être respectées : article 53 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*. Il fait cela grâce à un mécanisme de « déclaration »; il donne à l'Office instruction de faire une déclaration : article 31 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*. L'Office doit faire la déclaration dans un délai de sept jours et celle-ci fait partie du certificat : paragraphe 31(5) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*.

- 2) Il peut « 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*. S'il fait ce choix, l'Office n'a aucun pouvoir discrétionnaire. Il doit rejeter la demande de certificat dans un délai de sept jours : paragraphe 54(5) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*.
- 3) Il peut demander à l'Office de réexaminer les recommandations ou les conditions figurant dans son rapport, ou les deux : paragraphe 53(1) de la

Board Act; subsection 30(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. It can specify exactly what issue or issues are to be reconsidered and specify a time limit for the reconsideration: subsection 53(2) of the *National Energy Board Act*; subsection 30(2) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. After its reconsideration is completed, the Board submits its reconsideration report. Then the Governor in Council considers the reconsideration report and decides again among these three options.

[114] By law, the Governor in Council must choose one of these options within three months and only can take longer if it passes a specific order to that effect: subsection 54(3) of the *National Energy Board Act*.

[115] For reference, section 31 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, referred to above, provides as follows:

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 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

Loi sur l'Office national de l'énergie; paragraphe 30(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*. Il peut préciser la ou les questions qui doivent être réexaminées et le délai pour faire ce réexamen : paragraphe 53(2) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*; paragraphe 30(2) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*. Une fois le réexamen achevé, l'Office soumet son rapport de réexamen. Le gouverneur en conseil examine ensuite le rapport de réexamen et fait de nouveau un choix entre ces trois options.

[114] Selon la loi, le gouverneur en conseil doit choisir l'une de ces trois options dans un délai de trois mois et peut uniquement proroger ce délai par décret en ce sens : paragraphe 54(3) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*.

[115] À titre indicatif, l'article 31 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, précité, prévoit ce qui suit :

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 décret pris en vertu du paragraphe 54(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* :

a) décider, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation précisées dans le rapport d'évaluation environnementale ou, s'il y en a un, le rapport de réexamen, que la réalisation du projet, selon le cas :

(i) n'est pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants,

(ii) est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants qui sont justifiables dans les circonstances,

(iii) est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants qui ne sont pas justifiables dans les circonstances;

b) donner à l'autorité responsable instruction de faire une déclaration qu'elle remet au promoteur du projet dans laquelle :

(i) 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.

Certain conditions subject to exercise of power or performance of duty or function

(2) The conditions that are included in the decision statement regarding the environmental effects referred to in subsection 5(2), that are directly linked or necessarily incidental to the exercise of a power or performance of a duty or function by a federal authority and that would permit the designated project to be carried out, in whole or in part, take effect only if the federal authority exercises the power or performs the duty or function.

Responsible authority's obligation

(3) The responsible authority must issue to the proponent of the designated project the decision statement that is required in accordance with the order relating to the designated project within seven days after the day on which that order is made.

Posting of decision statement on Internet site

(4) The responsible authority must ensure that the decision statement is posted on the Internet site.

Decision statement considered part of certificate

(5) The decision statement issued in relation to the designated project under subsection (3) is considered to be a part of the certificate issued in accordance with the order made under section 54 of the *National Energy Board Act* in relation to the designated project.

[116] For reference, section 54 of the *National Energy Board Act*, referred to above, provides as follows:

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,

(i) elle donne avis de la décision prise par le gouverneur en conseil en vertu de l'alinéa a) relativement au projet,

(ii) si cette décision est celle visée aux sous-alinéas a)(i) ou (ii), elle énonce les conditions que le promoteur est tenu de respecter relativement au projet, à savoir la mise en oeuvre des mesures d'atténuation et du programme de suivi précisés dans le rapport d'évaluation environnementale ou, s'il y en a un, le rapport de réexamen.

Certaines conditions subordonnées à l'exercice d'attributions

(2) Les conditions énoncées dans la déclaration qui sont relatives aux effets environnementaux visés au paragraphe 5(2) et qui sont directement liées ou nécessairement accessoires aux attributions qu'une autorité fédérale doit exercer pour permettre la réalisation en tout ou en partie du projet désigné sont subordonnées à l'exercice par l'autorité fédérale des attributions en cause.

Obligation de l'autorité responsable

(3) Dans les sept jours suivant la prise du décret, l'autorité responsable fait la déclaration exigée aux termes de celui-ci relativement au projet désigné et la remet au promoteur du projet.

Déclaration affichée sur le site Internet

(4) Elle veille à ce que la déclaration soit affichée sur le site Internet.

Présomption

(5) La déclaration faite au titre du paragraphe (3) relativement au projet désigné est réputée faire partie du certificat délivré au titre du décret pris en vertu de l'article 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* relativement au projet.

[116] À titre indicatif, l'article 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, précité, prévoit ce qui suit :

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) 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.

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.

[117] For reference, section 30 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, referred to above, which provides for consideration of the environmental recommendations set out in the report, provides as follows:

Order to reconsider

30 (1) After the responsible authority with respect to a designated project has submitted its report with respect to the environmental assessment under section 29, the Governor in Council may, by order made under section 53 of the *National Energy Board Act*, refer any of the responsible authority's recommendations set out in the report back to the responsible authority for reconsideration.

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) Une copie du décret pris en vertu du paragraphe (1) est publiée dans la *Gazette du Canada* dans les quinze jours de sa prise.

[117] À titre indicatif, l'article 30 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, précité, qui prévoit un examen des recommandations environnementales, établies dans le rapport, est ainsi libellé :

Décret ordonnant un réexamen

30 (1) Une fois que l'autorité responsable à l'égard d'un projet désigné a présenté son rapport d'évaluation environnementale en vertu de l'article 29, le gouverneur en conseil peut, par décret pris en vertu de l'article 53 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, renvoyer toute recommandation figurant au rapport à l'autorité responsable pour réexamen.

Factors and time limit

(2) The order may direct the responsible authority to conduct the reconsideration taking into account any factor specified in the order and it may specify a time limit within which the responsible authority must complete its reconsideration.

Responsible authority's obligation

(3) The responsible authority must, before the expiry of the time limit specified in the order, if one was specified, reconsider any recommendation specified in the order and prepare and submit to the Minister within the meaning of section 2 of the *National Energy Board Act* a report on its reconsideration.

Content of reconsideration report

(4) In the reconsideration report, the responsible authority must

(a) if the order refers to the recommendation referred to in paragraph 29(1)(a)

(i) confirm the recommendation or set out a different one with respect to the decision that may be made under paragraph 31(1)(a) in relation to the designated project, and

(ii) confirm, modify or replace the mitigation measures set out in the report with respect to the environmental assessment; and

(b) if the order refers to the recommendation referred to in paragraph 29(1)(b), confirm the recommendation or set out a different one with respect to the follow-up program that is to be implemented in respect of the designated project.

Report is final and conclusive

(5) Subject to section 31, the responsible authority reconsideration report is final and conclusive.

Reconsideration of report under this section

(6) After the responsible authority has submitted its report under subsection (3), the Governor in Council may, by order made under section 53 of the *National Energy Board Act*, refer any of the responsible authority's recommendations set out in the report back to the responsible authority for reconsideration. If it does so, subsections (2) to (5) apply. However, in subparagraph (4)(a)(ii), the reference to the mitigation measures set out in the report with respect to the environmental assessment is to be read

Décret de renvoi

(2) Le décret peut préciser tout facteur dont l'autorité responsable doit tenir compte dans le cadre du réexamen ainsi que le délai pour l'effectuer.

Réexamen

(3) L'autorité responsable, dans le délai précisé — le cas échéant — dans le décret, réexamine toute recommandation visée par le décret, établit un rapport de réexamen et le présente au ministre au sens de l'article 2 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*.

Rapport de réexamen

(4) Dans son rapport de réexamen, l'autorité responsable :

a) si le décret vise la recommandation prévue à l'alinéa 29(1)a) :

(i) d'une part, confirme celle-ci ou formule une autre recommandation quant à la décision pouvant être prise au titre de l'alinéa 31(1)a) relativement au projet,

(ii) d'autre part, confirme, modifie ou remplace les mesures d'atténuation précisées dans le rapport d'évaluation environnementale;

b) si le décret vise la recommandation prévue à l'alinéa 29(1)b), confirme celle-ci ou formule une autre recommandation quant au programme de suivi devant être mis en oeuvre relativement au projet.

Caractère définitif

(5) Sous réserve de l'article 31, le rapport de réexamen est définitif et sans appel.

Réexamen du rapport présenté en application du présent article

(6) Une fois que l'autorité responsable a présenté son rapport de réexamen en vertu du paragraphe (3), le gouverneur en conseil peut, par décret pris en vertu de l'article 53 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, renvoyer toute recommandation figurant au rapport à l'autorité responsable pour réexamen. Les paragraphes (2) à (5) s'appliquent alors mais, au sous-alinéa (4)a)(ii), la mention des mesures d'atténuation précisées dans le rapport d'évaluation environnementale vaut mention des

as a reference to the mitigation measures set out in the reconsideration report.

mesures d'atténuation précisées dans le rapport de réexamen.

[118] And, finally, for reference, here is the reconsideration power under section 53 of the *National Energy Board Act*, referred to above:

[118] Et, enfin, à titre indicatif, le pouvoir de renvoi pour réexamen prévu à l'article 53 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, précité, est ainsi formulé :

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.

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.

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.

Order binding

(3) The order is binding on the Board.

Caractère obligatoire

(3) Le décret lie l'Office.

Publication

(4) A copy of the order must be published in the *Canada Gazette* within 15 days after it is made.

Publication

(4) Une copie du décret est publiée dans la *Gazette du Canada* dans les quinze jours de sa prise.

Obligation of Board

(5) The Board shall, before the expiry of the time limit specified in the order, if one was specified, reconsider its recommendation or any term or condition referred back to it, as the case may be, and prepare and submit to the Minister a report on its reconsideration.

Obligation de l'Office

(5) L'Office, dans le délai précisé — le cas échéant — dans le décret, réexamine la recommandation ou toute condition visée par le décret, établit un rapport de réexamen et le présente au ministre.

Contents of report

(6) In the reconsideration report, the Board shall

(a) if its recommendation was referred back, either confirm the recommendation or set out a different recommendation; and

(b) if a term or condition was referred back, confirm the term or condition, state that it no longer supports it or replace it with another one.

Rapport de réexamen

(6) Dans son rapport de réexamen, l'Office :

a) si le décret vise la recommandation, confirme celle-ci ou en formule une autre;

b) si le décret vise une condition, confirme la condition visée par le décret, déclare qu'il ne la propose plus ou la remplace par une autre.

Terms and conditions

(7) Regardless of what the Board sets out in the reconsideration report, the Board shall also set out in the report all the terms and conditions, that it considers necessary or

Conditions

(7) Peu importe ce qu'il mentionne dans le rapport de réexamen, l'Office y mentionne aussi toutes les conditions qu'il estime utiles, dans l'intérêt public, de rattacher

desirable in the public interest, to which the certificate would be subject if the Governor in Council were to direct the Board to issue the certificate.

Report is final and conclusive

(8) Subject to section 54, the Board's reconsideration report is final and conclusive.

Reconsideration of report under this section

(9) After the Board has submitted its report under subsection (5), the Governor in Council may, by order, refer the Board's recommendation, or any of the terms or conditions, set out in the report, back to the Board for reconsideration. If it does so, subsections (2) to (8) apply.

(4) *Characterization of the legislative scheme*

[119] This legislative scheme is a complete code for decision making regarding certificate applications. Other statutory regimes are not relevant unless they are specifically incorporated into this code, and then only to the extent they are incorporated into the code.

[120] The legislative scheme shows that for the purposes of review the only meaningful decision maker is the Governor in Council.

[121] Before the Governor in Council decides, others assemble information, analyze, assess and study it, and prepare a report that makes recommendations for the Governor in Council to review and decide upon. In this scheme, no one but the Governor in Council decides anything.

[122] In particular, the environmental assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* plays no role other than assisting in the development of recommendations submitted to the Governor in Council so it can consider the content of any decision statement and whether, overall, it should direct that a certificate approving the project be issued.

[123] This is a different role—a much attenuated role—from the role played by environmental assessments under other federal decision-making regimes. It is not for us to opine on the appropriateness of the policy

au certificat si le gouverneur en conseil donne instruction à l'Office de délivrer le certificat.

Caractère définitif

(8) Sous réserve de l'article 54, le rapport de réexamen est définitif et sans appel.

Réexamen du rapport présenté en application du présent article

(9) Une fois que l'Office a présenté son rapport au titre du paragraphe (5), le gouverneur en conseil peut, par décret, renvoyer la recommandation ou toute condition figurant au rapport à l'Office pour réexamen. Les paragraphes (2) à (8) s'appliquent alors.

4) *Description du régime législatif*

[119] Ce régime législatif est un code complet en matière décisionnelle en ce qui concerne les demandes de délivrance de certificat. Les autres régimes législatifs ne sont applicables que s'ils sont expressément insérés dans ce code, et ce, uniquement dans la mesure où ils sont insérés dans le code.

[120] Le régime législatif révèle que, en matière d'examen, c'est le gouverneur en conseil qui est le seul véritable décideur.

[121] 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.

[122] 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.

[123] 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

expressed and implemented in this legislative scheme. Rather, we are to read legislation as it is written.

[124] Under this legislative scheme, the Governor in Council alone is to determine whether the process of assembling, analyzing, assessing and studying is so deficient that the report submitted does not qualify as a “report” within the meaning of the legislation:

- In the case of the report or portion of the report setting out the environmental assessment, subsection 29(3) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* provides that it is “final and conclusive”, but this is “[s]ubject to sections 30 and 31”. Sections 30 and 31 provide for review of the report by the Governor in Council and, if the Governor in Council so directs, reconsideration and submission of a reconsideration report by the Governor in Council.
- In the case of the report under section 52 of the *National Energy Board Act*, subsection 52(11) of the *National Energy Board Act* provides that it too is “final and conclusive”, but this is “[s]ubject to sections 53 and 54”. These sections empower the Governor in Council to consider the report and decide what to do with it.

[125] In the matter before us, several parties brought applications for judicial review against the Report of the Joint Review Panel. Within this legislative scheme, those applications for judicial review did not lie. No decisions about legal or practical interests had been made. Under this legislative scheme, as set out above, any deficiency in the Report of the Joint Review Panel was to be considered only by the Governor in Council, not this Court. It follows that these applications for judicial review should be dismissed.

[126] Under this legislative scheme, the National Energy Board also does not really decide anything, except in a formal sense. After the Governor in Council decides that a proposed project should be approved, it

politique formulée et mise en œuvre dans ce régime législatif. Nous devons plutôt interpréter la loi telle qu’elle est rédigée.

[124] 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 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.

[125] 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.

[126] 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

directs the National Energy Board to issue a certificate, with or without a decision statement. The National Energy Board does not have an independent discretion to exercise or an independent decision to make after the Governor in Council has decided the matter. It simply does what the Governor in Council has directed in its Order in Council.

[127] In the matter before us, some parties filed notices of appeal against the Certificates issued by the National Energy Board. They, along with others, filed notices of application against the Governor in Council's Order in Council directing the National Energy Board to grant the Certificates. In our view, under this legislative regime, the primary attack must be against the Governor in Council's Order in Council, as it prompts the automatic issuance of the Certificates. If the Governor in Council's Order in Council falls, then in our view the Certificates issued by the National Energy Board automatically fall as a consequence. As mentioned at the start of these reasons, since we would quash the Order in Council, the Certificates issued as a result of the Order in Council must also be quashed.

(5) *Standard of review*

[128] With a full appreciation of the legislative scheme and our conclusion that the Governor in Council's Order in Council is the decision that is to be reviewed, we can now consider the standard of review.

[129] Some of the parties before us submitted that the standard of review of the Order in Council made by the Governor in Council in this case has already been determined by this Court: *Council of the Innu of Ekuanitshit v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 189, 376 D.L.R. (4th) 348 [*Innu of Ekuanitshit*].

[130] In *Innu of Ekuanitshit*, the Governor in Council made an order in council approving a governmental response to a joint review panel established under the 1992 version of the *Canadian Environmental Assessment Act*. Among other things, this Court found that a

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.

[127] Dans le cas qui nous occupe, un certain nombre de parties ont déposé des avis d'appel visant les certificats délivrés par l'Office national de l'énergie. Celles-ci, ainsi que d'autres parties, ont déposé des avis de demande à l'encontre du décret du gouverneur en conseil ordonnant à l'Office national de l'énergie de délivrer les certificats. Nous sommes d'avis que, selon le régime législatif applicable en l'espèce, la contestation principale doit viser le décret du gouverneur en conseil, car il déclenche automatiquement la délivrance des certificats. Si le décret du gouverneur en conseil est invalide, alors, selon nous, les certificats délivrés par l'Office national de l'énergie sont automatiquement invalides. Tel que mentionné au début de ces motifs, puisque nous annulons le décret, les certificats délivrés en vertu de ce décret doivent également être annulés.

5) *La norme de contrôle*

[128] Après avoir examiné de façon exhaustive le régime législatif et après avoir conclu que le décret du gouverneur en conseil est la décision qui doit faire l'objet d'un contrôle, nous pouvons maintenant nous pencher sur la question de la norme de contrôle applicable.

[129] Un certain nombre des parties à l'instance ont prétendu que la norme de contrôle applicable au décret pris en l'espèce par le gouverneur en conseil a déjà été établie par la Cour : *Conseil des Innus de Ekuanitshit c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 189 [*Innus de Ekuanitshit*].

[130] Dans l'affaire *Innus de Ekuanitshit*, le gouverneur en conseil avait pris un décret approuvant une réponse gouvernementale à une commission d'examen conjoint établie en vertu de la version de 1992 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*. La Cour

failure to properly follow the earlier processes under the *Canadian Environmental Assessment Act* could invalidate the later order in council.

[131] Many of the applicant/appellant First Nations argue that the processes under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* in this case were not properly followed and so, on the authority of *Innu of Ekuanitshit*, the Order in Council in this case should be quashed.

[132] On the surface, *Innu of Ekuanitshit* seems analogous to the case before us. In both cases, an order in council was made after a process under federal environmental assessment legislation had been followed. However, a closer inspection reveals that, in fact, *Innu of Ekuanitshit* was based on a fundamentally different statutory framework. To understand the differences, *Innu of Ekuanitshit* must be examined more closely.

[133] In *Innu of Ekuanitshit*, this Court considered a decision made by three federal departments and a later order made by the Governor in Council approving the decision. The order and the decision came after an environmental assessment process had been followed concerning a hydroelectric project.

[134] The Governor in Council's order in council approved the federal government's response to a report of a joint review panel established under the 1992 version of the *Canadian Environmental Assessment Act*. The order in council was made under section 37 of that legislation.

[135] In considering the Governor in Council's order in council, this Court asked itself whether the Governor in Council and the departments "had respected the requirements of the [1992 version of the *Canadian Environmental Assessment Act*] before making their decisions" (at paragraph 39). It held (at paragraphs 40 and 41) that it could interfere with the Governor in Council's order only if it found that the legislative

a notamment conclu que le défaut de suivre correctement le processus prévu par la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* pouvait entraîner l'invalidité du décret qui avait été pris ultérieurement.

[131] Bon nombre des demandeurs/appelants Premières Nations prétendent que les processus prévus en l'espèce par la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* n'ont pas été correctement suivis et que, par conséquent, selon l'arrêt *Innus de Ekuanitshit*, le décret dont il est question en l'espèce devrait être annulé.

[132] À première vue, l'affaire *Innus de Ekuanitshit* semble analogue à l'affaire dont nous sommes saisis. Dans les deux cas, un décret a été pris après que le processus prévu par la loi fédérale sur l'évaluation environnementale a été suivi. Toutefois, un examen plus approfondi révèle que, en fait, dans l'affaire *Innus de Ekuanitshit* le cadre législatif applicable était fondamentalement différent. Pour comprendre les différences, nous devons examiner plus attentivement l'affaire *Innus de Ekuanitshit*.

[133] Dans l'affaire *Innus de Ekuanitshit*, la Cour examinait une décision rendue par trois ministères fédéraux et un décret par lequel le gouverneur en conseil avait ultérieurement approuvé la décision. Le décret avait été pris et la décision avait été rendue après qu'un processus d'évaluation environnementale concernant un projet hydroélectrique eut été suivi.

[134] Le décret du gouverneur en conseil approuvait la réponse du gouvernement fédéral à un rapport d'une commission d'examen conjoint établie en vertu de la version de 1992 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*. Le décret avait été pris en vertu de l'article 37 de cette loi.

[135] En examinant le décret du gouverneur en conseil, la Cour s'est demandé si le gouverneur en conseil et les ministères « avaient respecté les exigences de la [*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* de 1992] avant de rendre leurs décisions » (au paragraphe 39). Elle a conclu (aux paragraphes 40 et 41) qu'elle ne pouvait intervenir dans le décret du gouverneur en conseil que si elle concluait que : le processus

process was not properly followed before it made its decision, it made its decision without regard for the purposes of the Act or its decision had no basis in fact.

[136] Of course, we are bound by this Court's decision in *Innu of Ekuanitshit*. However, in our view, it does not set out a standard of review that must be applied to the Governor in Council's decision under the different and unique legislative scheme in this case.

[137] In assessing the standard of review, we cannot adopt a one-size-fits-all approach to a particular administrative decision maker. Instead, in assessing the standard of review, it is necessary to understand the specific decision made in light of the provision authorizing it, the structure of the legislation and the overall purposes of the legislation.

[138] The standard of review of the decision of the Governor in Council in *Innu of Ekuanitshit* may make sense where this Court is reviewing a decision by the Governor in Council to approve a decision made by others based on an environmental assessment. The Governor in Council's decision is based largely on the environmental assessment. A broader range of policy and other diffuse considerations do not bear significantly in the decision.

[139] In the case at bar, however, the Governor in Council's decision—the Order in Council—is the product of its consideration of recommendations made to it in the report. The decision is not simply a consideration of an environmental assessment. And the recommendations made to the Governor in Council cover much more than matters disclosed by the environmental assessment—instead, a number of matters of a polycentric and diffuse kind.

législatif n'a pas été correctement suivi avant que le gouverneur en conseil prenne sa décision, le gouverneur en conseil a pris sa décision sans égard à l'objet de la Loi ou sa décision est, dans les faits, dénuée de fondement.

[136] Nous sommes bien entendu liés par la décision rendue par la Cour dans l'arrêt *Innus de Ekuanitshit*. Toutefois, nous sommes d'avis que, dans le contexte du régime législatif différent et tout à fait particulier de l'espèce, cette décision n'établit pas une norme de contrôle qui doit être appliquée à la décision du gouverneur en conseil.

[137] Lorsque l'on détermine la norme de contrôle qui s'applique, on ne peut pas adopter une approche universelle à l'égard d'un décideur particulier. Par contre, lorsque l'on détermine la norme de contrôle qui s'applique, il est nécessaire de comprendre, à la lumière de la disposition en vertu de laquelle la décision en cause a été rendue, de la structure de la loi et des objectifs généraux visés par la loi, la décision particulière qui a été rendue.

[138] La norme de contrôle applicable à la décision du gouverneur en conseil établie dans l'arrêt *Innus de Ekuanitshit* peut avoir du sens si la Cour révisé une décision du gouverneur en conseil d'approuver une décision rendue par d'autres en fonction d'une évaluation environnementale. La décision du gouverneur en conseil est fondée en grande partie sur l'évaluation environnementale. Les considérations d'ordre politique et les autres considérations de nature diffuse n'ont pas beaucoup d'influence sur la décision.

[139] Toutefois, en l'espèce, la décision du gouverneur en conseil, c'est-à-dire le décret, est le produit issu de son examen des recommandations qui lui ont été faites dans le rapport. La décision n'est pas simplement issue d'un examen d'une évaluation environnementale. Et les recommandations faites au gouverneur en conseil visent plus que les facteurs mentionnés dans l'évaluation environnementale. Elles comportent plutôt un certain nombre de facteurs de nature polycentrique et de facteurs de nature diffuse.

[140] In conducting its assessment, the Governor in Council has to balance a broad variety of matters, most of which are more properly within the realm of the executive, such as economic, social, cultural, environmental and political matters. It will be recalled that under subsection 52(2), matters such as these must be included in the report that is reviewed by the Governor in Council.

[141] The amorphous nature and the breadth of the discretion that the Governor in Council must exercise is shown by the fact that the section 52 report it receives can include “any public interest that in the [National Energy] Board’s opinion may be affected by the issuance of the certificate or the dismissal of the application”: subsection 52(2) of the *National Energy Board Act*.

[142] In assessing the scope of an administrative decision maker’s discretion, it is sometimes helpful to consider the nature of the body that is exercising the discretion: *Odynsky*, above, at paragraph 76. In section 54 of the *National Energy Board Act* and in section 30 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, Parliament has designated the Governor in Council as the body to receive and consider the section 52 report. The Governor in Council is the Governor General, acting on the advice of the Prime Minister and the Cabinet. (For that reason, throughout these reasons, we have referred to the Governor in Council as “it”, in recognition of its practical status as a body of persons.) In Canada, executive authority is vested in the Crown—the Crown also being subject to the duty to consult Aboriginal peoples—and the Governor in Council is the advisory body, some might say the real initiator, for the exercise of much of that executive authority. See generally A. O’Brien and M. Bosc, *House of Commons Procedure and Practice*, 2d ed. (Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2009), at pages 18–23 and 28–32; *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.)] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]], sections 9, 10 and 13.

[140] Lorsqu’il procède à son évaluation, le gouverneur en conseil doit soupeser un grand nombre de facteurs, dont la plupart, comme les facteurs de nature économique, sociale, culturelle, environnementale et politique, relèvent davantage de la compétence de l’exécutif. Rappelons que selon le paragraphe 52(2), ces facteurs doivent être inclus dans le rapport qui est examiné par le gouverneur en conseil.

[141] La nature imprécise et l’étendue du pouvoir discrétionnaire que le gouverneur en conseil doit exercer sont illustrées par le fait que le rapport établi selon l’article 52 que le gouverneur en conseil reçoit peut comprendre « les conséquences sur l’intérêt public que peut, à son avis, avoir la délivrance du certificat ou le rejet de la demande » : paragraphe 52(2) de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*.

[142] Pour préciser la portée du pouvoir discrétionnaire d’un décideur administratif, il est parfois utile de se pencher sur la nature de l’entité à qui ce pouvoir discrétionnaire est reconnu : *Odynsky*, précité, au paragraphe 76. À l’article 54 de la *Loi sur l’Office national de l’énergie* et à l’article 30 de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*, le législateur a désigné le gouverneur en conseil comme étant l’entité qui reçoit et examine le rapport selon l’article 52. Le gouverneur en conseil est le gouverneur général, agissant sur l’avis du Premier ministre et du Cabinet. (Pour cette raison, dans ces motifs, nous référons au gouverneur en conseil comme étant « il », en reconnaissance de son statut d’un ensemble de personnes.) Au Canada, le pouvoir exécutif est exercé par la Couronne, cette dernière étant alors assujettie au devoir de consulter les peuples autochtones — et le gouverneur en conseil est l’organe consultatif, certains pourraient dire le réel instigateur, pour l’exercice d’une grande partie de cette autorité exécutive. Voir de façon générale A. O’Brien et M. Bosc, *House of Commons Procedure and Practice*, 2^e éd. (Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2009), aux pages 18 à 23 et 28 à 32; *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.)] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]], articles 9, 10 et 13.

[143] In *Odynsky*, this Court described the practical nature of the Governor in Council as follows (at paragraph 77):

The “Governor in Council” is the “Governor General of Canada acting by and with the advice of, or by and with the advice and consent of, or in conjunction with the Queen’s Privy Council for Canada”: *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, subsection 35(1), and see also the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]], sections 11 and 13. All the ministers of the Crown, not just the Minister, are active members of the Queen’s Privy Council for Canada. They meet in a body known as Cabinet. Cabinet is “to a unique degree the grand co-ordinating body for the divergent provincial, sectional, religious, racial and other interests throughout the nation” and, by convention, it attempts to represent different geographic, linguistic, religious, and ethnic groups: Norman Ward, *Dawson’s The Government of Canada*, 6th ed., (Toronto: University of Toronto Press, 1987), at pages 203–204; Richard French, “The Privy Council Office: Support for Cabinet Decision Making” in Richard Schultz, Orest M. Kruhlak and John C. Terry, eds., *The Canadian Political Process*, 3rd ed. (Toronto: Holt Rinehart and Winston of Canada, 1979), at pages 363–394.

[144] In the case before us, by vesting decision making in the Governor in Council, Parliament implicated the decision making of Cabinet, a body of diverse policy perspectives representing all constituencies within government. And by defining broadly what can go into the report upon which it is to make its decision—literally anything relevant to the public interest—Parliament must be taken to have intended that the decision in issue here be made on the broadest possible basis, a basis that can include the broadest considerations of public policy.

[145] The standard of review for decisions such as this—discretionary decisions founded upon the widest considerations of policy and public interest—is

[143] Dans l’arrêt *Odynsky*, la Cour a décrit comme suit la nature pratique du gouverneur en conseil (au paragraphe 77) :

Selon le paragraphe 35(1) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, le « gouverneur en conseil » est le « gouverneur général du Canada agissant sur l’avis ou sur l’avis et avec le consentement du Conseil privé de la Reine pour le Canada ou conjointement avec celui-ci ». Voir également la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]], articles 11 et 13. Tous les ministres fédéraux, et non seulement le ministre de la Citoyenneté sont membres en exercice du Conseil privé de la Reine pour le Canada. Ils siègent au sein d’un organisme connu sous le nom de Cabinet. Le Cabinet est [TRADUCTION] « dans une mesure hors du commun, l’organe supérieur de coordination des intérêts provinciaux, régionaux, religieux, raciaux et autres propres à l’ensemble de la nation » et par convention, cet organisme tente d’assurer la représentation des divers groupes géographiques, linguistiques, religieux et ethniques : Norman Ward, *Dawson’s The Government of Canada*, 6^e éd., Toronto, University of Toronto Press, 1987, pages 203 et 204; Richard French, « The Privy Council Office : Support for Cabinet Decision Making » dans Richard Schultz, Orest M. Kruhlak et John C. Terry, dir., *The Canadian Political Process*, 3^e éd., Toronto : Holt, Rinehart [et] Winston of Canada, 1979, aux pages 363 et 394.

[144] En l’espèce, en confiant le pouvoir décisionnel au gouverneur en conseil, le législateur a impliqué le pouvoir décisionnel du Cabinet, une entité au sein de laquelle la politique générale de l’État est débattue de multiples points de vue représentant les divers intérêts des groupes qui composent le gouvernement. Et en définissant de façon large ce qui peut être inséré dans le rapport sur lequel le gouverneur en conseil se fondera pour prendre sa décision, c’est-à-dire carrément tout ce qui a des conséquences sur l’intérêt public, le législateur est présumé avoir voulu que la décision en cause en l’espèce repose sur le fondement le plus large possible, un fondement qui peut comprendre les considérations d’intérêt public les plus larges possible.

[145] La norme de contrôle applicable aux décisions comme celle en cause en l’espèce, c’est-à-dire les décisions discrétionnaires fondées sur les considérations

reasonableness: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 [*Dunsmuir*], at paragraph 53.

[146] Reasonableness has been described as a range of acceptable and defensible decisions on the facts and the law or a margin of appreciation over the problem before it: *Dunsmuir*, at paragraph 47. The notion of a range or margin suggests that different decisions, by their nature, will admit of a larger or smaller number of acceptable and defensible solutions: *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at paragraphs 17, 18 and 23; *Khosa*, at paragraph 59; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paragraphs 37–41. For example, an issue of statutory interpretation where the statutory language is precise admits of fewer acceptable or defensible solutions than one where the language is wider and more amorphous, where policy may inform the proper interpretation to a larger extent.

[147] Similarly, some decisions made by administrative decision makers lie more within the expertise and experience of the executive rather than the courts. On these, courts must afford administrative decision makers a greater margin of appreciation: see, e.g., *Delios*, at paragraph 21; *Boogaard*, at paragraph 62; *Forest Ethics*, at paragraph 82.

[148] Recently, this Court usefully contrasted two types of administrative decisions, the former inviting courts to review decision making intensely, the latter less so (*Canada v. Kabul Farms Inc.*, 2016 FCA 143, at paragraph 25):

[...] For present purposes, one might usefully contrast two types of administrative proceedings. At one end are matters where an administrative decision-maker assesses the conduct of an individual or known group of individuals against concrete criteria, the potential effects upon the

d'ordre politique et d'intérêt public les plus larges possible, est la norme de la décision raisonnable : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 [*Dunsmuir*], au paragraphe 53.

[146] La norme de la décision raisonnable procède du principe que pour être raisonnable une décision doit appartenir aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit et que le tribunal dispose d'une marge de manœuvre dans l'appréciation du problème dont il est saisi : *Dunsmuir*, au paragraphe 47. La notion d'appartenance aux issues possibles acceptables donne à penser que différentes décisions, de par leur nature, pourront appartenir à un nombre plus ou moins grand d'issues possibles acceptables : *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, aux paragraphes 17, 18 et 23; *Khosa*, au paragraphe 59; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, aux paragraphes 37 à 41. Par exemple, dans le cas d'une question d'interprétation législative où le libellé de la loi est précis, le nombre d'issues possibles acceptables sera moins grand que dans le cas où le libellé est plus large et plus vague et où les considérations de politique générale peuvent servir dans une large mesure à interpréter correctement la loi.

[147] Dans le même ordre d'idées, certaines décisions rendues par des décideurs administratifs relèvent davantage de l'expertise et de l'expérience de l'exécutif que de celles des tribunaux. En ce qui concerne ces décisions, les tribunaux doivent accorder aux décideurs administratifs une plus grande marge d'appréciation : voir, par exemple, *Delios*, au paragraphe 21; *Boogaard*, au paragraphe 62; *Forest Ethics*, au paragraphe 82.

[148] Récemment, la Cour a utilement comparé deux types de décisions administratives. Dans le premier cas, elle a invité les tribunaux à réviser les décisions intensément, et un peu moins dans le dernier cas (*Canada c. Kabul Farms Inc.*, 2016 CAF 143, au paragraphe 25) :

[TRADUCTION] [...] Aux fins du présent appel, on peut utilement comparer deux types de procédures administratives. D'une part, il y a les affaires où le décideur administratif apprécie le comportement d'une personne, ou d'un groupe connu de personnes, en fonction de

legal or practical interests of the individual(s) are large, and the matters lie somewhat within the ken of the courts. A good example is a professional disciplinary proceeding where an individual is charged with violations of a disciplinary code and the individual faces serious legal or practical consequences such as restrictions, prohibitions or penalties. At the other end are matters where an administrative decision-maker assesses something broader and more diffuse, using polycentric, subjective or fuzzy criteria to decide the matter, criteria that are more typically within the ken of the executive and less so the courts.

[149] To similar effect, a majority of this Court recently said the following (*Paradis Honey Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 89, [2016] 1 F.C.R. 446, at paragraph 136):

... where the decision is clear-cut or constrained by judge-made law or clear statutory standards, the margin of appreciation is narrow: see, e.g., *McLean* [v. *British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895]; *Canada (Attorney General) v. Abraham*, 2012 FCA 266, [2013] 1 C.T.C. 69; *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203; *Da Huang v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2014 FCA 228, [2015] 4 F.C.R. 437.... On the other hand, where the decision is suffused with subjective judgment calls, policy considerations and regulatory experience or is a matter uniquely within the ken of the executive, the margin of appreciation will be broader: see, e.g., [*Canada (Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006]; *Rotherham Metropolitan Borough Council & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Business Innovation and Skills*, 2015 UKSC 6 (BAILII).

[150] Although the legislative scheme in this case is unique, some administrative decision makers, like the Governor in Council here, are empowered to make decisions on the basis of broad public interest considerations, along with economic and policy considerations, and weigh them against detrimental effects. A good example is the decision of the Alberta Utilities Commission in *FortisAlberta Inc. v. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 ABCA 295, 389 D.L.R. (4th) 1. In words apposite to this case, the Alberta Court of Appeal upheld the Commission's decision, giving it a very broad margin of appreciation (at paragraphs 171 and 172):

critères concrets, et où les effets possibles sur les intérêts juridiques ou pratiques des personnes sont importants, et où les questions relèvent quelque peu de la compétence des juges. À titre d'exemple, signalons le cas de la personne qui, dans le cadre d'une procédure de discipline professionnelle, est accusée d'avoir violé un code disciplinaire et est exposée à de graves conséquences sur le plan juridique ou pratique, comme, par exemple, des restrictions, des interdictions ou des pénalités. D'autre part, il y a les affaires où le décideur administratif apprécie quelque chose de plus large et de plus diffus, en se servant de critères polycentriques, subjectifs ou vagues pour trancher l'affaire, des critères qui relèvent habituellement davantage de l'exécutif que des juges.

[149] Dans la même veine, la Cour, à la majorité, a récemment déclaré ce qui suit (*Paradis Honey Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446, au paragraphe 136) :

[...] lorsque la décision est claire ou visée par la jurisprudence ou par des normes législatives claires, la marge d'appréciation est étroite (voir, par exemple, *McLean* [c. *Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895]; *Canada (Procureur général) c. Abraham*, 2012 CAF 266; *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203; *Da Huang c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2014 CAF 228, [2015] 4 R.C.F. 437) [...] En revanche, si la décision est imbue d'éléments subjectifs, de considérations de politique et d'expériences de réglementation ou relève exclusivement de l'exécutif, la marge d'appréciation est plus large (voir, par exemple, [*Canada (Transports, Infrastructure et Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006]; *Rotherham Metropolitan Borough Council & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Business Innovation and Skills*, 2015 UKSC 6 (BAILII)).

[150] Bien que le régime législatif en cause en l'espèce soit particulier, certains décideurs administratifs, comme, en l'espèce, le gouverneur en conseil, sont autorisés à prendre des décisions en fonction de considérations d'intérêt public générales et de considérations d'ordre politique et d'ordre économique, dont ils apprécient les effets néfastes. À titre d'exemple, mentionnons la décision rendue par l'Alberta Utilities Commission dans *FortisAlberta Inc. v. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 ABCA 295, 389 D.L.R. (4th) 1. Dans des mots qui s'appliquent à l'espèce, la Cour d'appel de l'Alberta, accordant une très grande marge d'appréciation à la

Commission, a confirmé la décision de la Commission (aux paragraphes 171 et 172) :

The legislature has entrusted the Commission with a policy-laden role, which includes a strong public interest mandate: see, for example, ss. 16(1) and 17(1) of the *Alberta Utilities Commission Act*. Its mandate includes the creation of a balanced and predictable application of principles to the relationship between revenues, expenses and assets (both depreciable and non-depreciable) of utilities on the one hand, and the reasonable expectations of the ratepayers who receive and pay for services on the other. The treatment of stranded assets is, at its foundation, a policy issue informed by public interest considerations. The Commission's policy choice, as expressed in the [decision], is a legitimate and defensible one, and well within its legislated power.

One must also bear in mind that the questions raised have political and economic aspects. Courts are poorly positioned to opine on such matters. Judicial review considers the scope or breadth of jurisdiction, but by legislative design the selection of a policy choice from among a range of options lies with the Commission empowered and mandated to make that selection.

(See also *Trinity Western University v. Law Society of Upper Canada*, 2015 ONSC 4250, 126 O.R. (3d) 1, at paragraph 37; *Odynsky*, above, at paragraphs 81, 82 and 86.)

[151] The Supreme Court itself has recognized that “[a]s a general principle, increased deference is called for where legislation is intended to resolve and balance competing policy objectives or the interests of various constituencies.” In its view, “[a] statutory purpose that requires a tribunal to select from a range of remedial choices or administrative responses, is concerned with the protection of the public, engages policy issues, or involves the balancing of multiple sets of interests or considerations will demand greater deference from a reviewing court” (see *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraphs 30 and 31).

[152] The words of all these courts are apposite here: the Governor in Council is entitled to a very broad margin of appreciation in making its discretionary decision upon the widest considerations of policy and public

[TRADUCTION] Le législateur a confié à la Commission un rôle de nature politique qui comprend le mandat clair d’agir dans l’intérêt public : voir, par exemple, les paragraphes 16(1) et 17(1) de l’*Alberta Utilities Commission Act*. Son mandat comprend la création d’une application équilibrée et prévisible des principes à la relation entre les revenus, les dépenses et les éléments d’actif (amortissables et non amortissables) des services publics, d’une part, et les attentes raisonnables des contribuables qui reçoivent des services et payent pour ceux-ci, d’autre part. Le traitement d’actifs délaissés est, à la base, une question de politique guidée par des considérations d’intérêt public. Le choix de politique de la Commission, tel qu’exprimé dans la [décision], est légitime et défendable et relève tout à fait du pouvoir que lui confère la loi.

Il faut également se rappeler que les questions soulevées comportent des aspects politiques et économiques. Les tribunaux sont mal placés pour formuler des opinions sur de telles questions. Le contrôle judiciaire s’attache à la portée ou à l’étendue de la compétence, mais, selon la loi, c’est à la Commission qu’il incombe de choisir une politique parmi la gamme de choix qui lui sont offerts et celle-ci est habilitée et chargée de faire ce choix.

(Voir également *Trinity Western University v. Law Society of Upper Canada*, 2015 ONSC 4250, 126 O.R. (3d) 1, au paragraphe 37; *Odynsky*, précité, aux paragraphes 81, 82 et 86.)

[151] La Cour suprême a elle-même reconnu que, « [e]n règle générale, il y a lieu à plus de déférence lorsque la loi vise à résoudre et à pondérer des objectifs de politique contradictoires ou les intérêts de groupes différents ». Selon elle, « [u]ne loi dont l’objet exige qu’un tribunal choisisse parmi diverses réparations ou mesures administratives, qui concerne la protection du public, qui fait intervenir des questions de politiques ou qui comporte la pondération d’intérêts ou de considérations multiples, exige une plus grande déférence de la part de la cour de révision » (voir *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, aux paragraphes 30 et 31).

[152] Les propos de tous ces tribunaux sont pertinents en l’espèce; le gouverneur en conseil a droit à une très large marge d’appréciation lorsqu’il prend sa décision discrétionnaire en fonction des très larges considérations

interest under sections 53 and 54 of the *National Energy Board Act*.

[153] We acknowledge that on some occasions, the Governor in Council makes decisions that have some legal content. On these occasions, signalled by specific legislative language, the margin of appreciation courts afford to the Governor in Council will be narrow: see, e.g., *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344.

[154] But in this case, the Governor in Council's discretionary decision was based on the widest considerations of policy and public interest assessed on the basis of polycentric, subjective or indistinct criteria and shaped by its view of economics, cultural considerations, environmental considerations, and the broader public interest.

[155] Does the economic benefit associated with the construction and operation of a transportation system that will help to unlock Alberta's oil resources and make those resources more readily available worldwide outweigh the detrimental effects, actual or potential, including those effects on the environment and, in particular, the matters under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*? To what extent will the conditions that Northern Gateway must satisfy—many concerning technical matters that can be evaluated and weighed only with expertise—alleviate those concerns? And in light of all of these considerations, was there enough high-quality information for the Governor in Council to balance all the considerations and properly assess the matter? These are the sorts of questions this legislative scheme remits to the Governor in Council. Under the authorities set out above that are binding upon us, we must give the Governor in Council the widest margin of appreciation over these questions.

de politique et d'intérêt public prévues aux articles 53 et 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*.

[153] Nous reconnaissons que, parfois, le gouverneur en conseil prend des décisions dont la teneur est quelque peu juridique. Dans ces cas, prévus par des dispositions législatives précises, la marge d'appréciation que les tribunaux accordent au gouverneur en conseil sera étroite : voir, par exemple, *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344.

[154] Mais, en l'espèce, la décision discrétionnaire du gouverneur en conseil était fondée sur des considérations de politique et d'intérêt public très larges appréciés en fonction de critères polycentriques, subjectifs ou vagues et était influencée par ses opinions sur les considérations d'ordre économique, culturel et environnemental et par l'intérêt public général.

[155] Les retombées économiques associées à la construction et à l'exploitation d'un système de transport qui permettra d'exploiter les ressources pétrolières de l'Alberta et de les rendre plus facilement accessibles partout dans le monde l'emportent-elles sur les effets néfastes, réels ou possibles, y compris les effets sur l'environnement et, plus particulièrement, sur les éléments mentionnés sous la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*? Dans quelle mesure les conditions auxquelles Northern Gateway doit satisfaire, dont plusieurs concernent des questions techniques qui ne peuvent être évaluées et soupesées que par des experts, allègent ces inquiétudes? Et compte tenu de l'ensemble de ces considérations, disposait-on de suffisamment de renseignements de haute qualité pour que le gouverneur en conseil puisse soupeser l'ensemble des considérations et évaluer correctement l'affaire? C'est le genre de questions que le régime législatif en cause en l'espèce envoie au gouverneur en conseil. Selon la jurisprudence susmentionnée qui nous lie, nous devons accorder au gouverneur en conseil, quant à ces questions, la marge d'appréciation la plus large possible.

(6) *The Governor in Council's decision was reasonable under administrative law principles*

[156] In our view, for the foregoing reasons and based on the record before the Governor in Council, we are not persuaded that the Governor in Council's decision was unreasonable on the basis of administrative law principles.

[157] The Governor in Council was entitled to assess the sufficiency of the information and recommendations it had received, balance all the considerations—economic, cultural, environmental and otherwise—and come to the conclusion it did. To rule otherwise would be to second-guess the Governor in Council's appreciation of the facts, its choice of policy, its access to scientific expertise and its evaluation and weighing of competing public interest considerations, matters very much outside of the ken of the courts.

[158] This conclusion, however, does not end the analysis.

[159] Before us, all parties accepted that Canada owes a duty of consultation to Aboriginal peoples concerning the Project. All parties accepted that if that duty were not fulfilled, the Order in Council cannot stand. In our view, these concessions are appropriate.

[160] Section 54 of the *National Energy Board Act* does not refer to the duty to consult. However, in 2012, when Parliament enacted section 54 in its current form, the duty to consult was well established in our law. As all parties before us recognized, it is inconceivable that section 54 could operate in a manner that ousts the duty to consult. Very express language would be required to bring about that effect. And if that express language were present in section 54, tenable arguments could be made that section 54 is inconsistent with the recognition and affirmation of Aboriginal rights under subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*] [R.S.C., 1985, Appendix II,

6) *La décision du gouverneur en conseil était raisonnable selon les principes du droit administratif*

[156] Compte tenu des motifs qui précèdent et du dossier soumis au gouverneur en conseil, nous ne sommes pas convaincus que, selon les principes du droit administratif, la décision du gouverneur en conseil était déraisonnable.

[157] Le gouverneur en conseil avait le droit d'apprécier la suffisance des renseignements et des recommandations qu'il avait reçus, de soupeser l'ensemble des considérations économiques, culturelles, environnementales, et autres, et de conclure comme il l'a fait. Décider autrement équivaldrait à remettre en question l'appréciation des faits du gouverneur en conseil, son choix de politique, son accès à de l'expertise scientifique, son évaluation et son appréciation des considérations d'intérêt public opposées, des questions qui ne relèvent aucunement de la compétence des tribunaux.

[158] Toutefois, cette conclusion ne met pas fin à l'analyse.

[159] Toutes les parties à l'instance ont reconnu que le Canada est tenu de consulter les peuples autochtones à propos du projet. Toutes les parties ont accepté que si cette obligation n'était pas remplie, le décret ne pouvait pas être maintenu. Selon nous, ces concessions sont opportunes.

[160] L'article 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* ne fait pas mention de l'obligation de consulter. Toutefois, en 2012, lorsque le législateur a adopté l'article 54 dans sa forme actuelle, l'obligation de consulter était bien établie dans notre droit. Comme toutes les parties à l'instance l'ont reconnu, il est inconcevable que l'article 54 puisse s'appliquer d'une manière qui écarte l'obligation de consulter. Il faudrait des termes très précis pour obtenir cet effet. Et si ces termes précis figuraient dans l'article 54, il serait possible de prétendre que l'article 54 est incompatible avec la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux prévus au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*

No. 44]] and, thus, invalid. A number of the First Nations before us were prepared, if necessary, to assert those arguments and they filed notices of constitutional question to that effect.

[161] It is a well-recognized principle of statutory interpretation that statutory provisions that are capable of multiple meanings should be interpreted in a manner that preserves their constitutionality: *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at paragraph 32; *R. v. Clarke*, 2014 SCC 28, [2014] 1 S.C.R. 612, at paragraphs 14 and 15. Parliament is presumed to wish its legislation to be valid and have force; it does not intend to legislate provisions that are invalid and of no force.

[162] Further, it is a well-recognized principle of statutory interpretation that interpretations that lead to absurd or inequitable results should be avoided: *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, at paragraph 65.

[163] Section 54 of the *National Energy Board Act* and the associated sections constituting the legislative scheme we have described above can be interpreted in such a way as to respect Canada's duty to consult and to remain valid. We interpret these sections in that way.

[164] Under section 52 of the *National Energy Board Act*, the National Energy Board, or here the Joint Review Panel, submits its report to a coordinating minister who brings the report before the Governor in Council, along with any other memoranda or information. There is nothing that prevents that coordinating minister, or any other minister who is assigned responsibility for the matter, from bringing to the Governor in Council information necessary for it to satisfy itself that the duty to consult has been fulfilled, to recommend that further conditions be added to any certificate for the project issued under section 54 to accommodate Aboriginal peoples or to ask the National Energy Board to

[annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] et est, par conséquent, invalide. Un certain nombre des Premières Nations parties à l'instance étaient prêtes, au besoin, à faire valoir ces arguments et elles ont déposé des avis de questions constitutionnelles en ce sens.

[161] En matière d'interprétation des lois, un principe bien établi veut que les dispositions législatives qui peuvent se voir attribuer plusieurs sens doivent être interprétées de façon à confirmer leur constitutionnalité : *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au paragraphe 32; *R. c. Clarke*, 2014 CSC 28, [2014] 1 R.C.S. 612, aux paragraphes 14 et 15. Le législateur est censé vouloir que ses lois soient valides et exécutoires; il ne veut pas adopter des dispositions qui sont invalides et qui ne sont pas exécutoires.

[162] De plus, en matière d'interprétation des lois, un principe bien établi veut que les interprétations qui mènent à des résultats absurdes ou inéquitables doivent être évitées : *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, au paragraphe 65.

[163] L'article 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* et les articles connexes qui constituent le régime législatif que nous avons déjà décrit peut être interprété de façon à ce que l'obligation de consulter du Canada soit respectée et qu'il demeure valide. Nous interprétons ces articles de cette façon.

[164] Selon l'article 52 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, l'Office national de l'énergie, ou en l'espèce la Commission d'examen conjoint, soumet son rapport à un ministre coordonnateur qui soumet, au gouverneur en conseil, le rapport ainsi que tout autre mémoire ou renseignement. Rien n'empêche ce ministre coordonnateur, ou tout autre ministre qui est chargé de s'occuper de l'affaire, de soumettre au gouverneur en conseil les renseignements nécessaires pour le convaincre que l'obligation de consulter a été respectée, de recommander que d'autres conditions soient ajoutées à tout certificat d'approbation du projet délivré en vertu de l'article 54 afin d'accommoder les peuples

redetermine the matter and consider making further conditions under section 53.

[165] Here, subsection 31(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 is relevant. It provides that where a statute gives to a public official the power to do a thing, all powers necessary to allow that person to do the thing are also given. Subsection 31(2) provides as follows:

31 [...]

Ancillary powers

(2) Where power is given to a person, officer or functionary to do or enforce the doing of any act or thing, all such powers as are necessary to enable the person, officer or functionary to do or enforce the doing of the act or thing are deemed to be also given.

[166] The Governor in Council's ability to consider whether Canada has fulfilled its duty to consult and to impose conditions is a power necessary for the Governor in Council to exercise its power under sections 53 and 54 of the *National Energy Board Act*. Similarly, the activities of the coordinating minister and other ministers concerning the duty to consult are necessary matters that they can exercise in accordance with subsection 31(2) of the *Interpretation Act*.

[167] We are fortified in this conclusion by the relationship between the Crown and the Governor in Council. The duty to consult is imposed upon the Crown. As explained in paragraph 142, above, the Governor in Council is frequently the initiator of the Crown's exercise of executive authority. Given the Governor in Council's relationship with the Crown, it stands to reason that Parliament gave the Governor in Council the necessary power in section 54 of the *National Energy Board Act* to consider whether the Crown has fulfilled its duty to consult and, if necessary, to impose conditions.

[168] Thus, we are satisfied that under this legislative scheme the Governor in Council, when considering a project under the *National Energy Board Act*, must

autochtones ou de demander à l'Office national de l'énergie de réexaminer l'affaire et d'envisager d'ajouter d'autres conditions en vertu de l'article 53.

[165] En l'espèce, le paragraphe 31(2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21 s'applique. Il prévoit que lorsqu'une loi accorde à un fonctionnaire de faire une chose, tous les pouvoirs dont celui-ci a besoin pour faire cette chose lui sont donnés :

31 [...]

Pouvoirs complémentaires

(2) Le pouvoir donné à quiconque, notamment à un agent ou fonctionnaire, de prendre des mesures ou de les faire exécuter comporte les pouvoirs nécessaires à l'exercice de celui-ci.

[166] La capacité du gouverneur en conseil d'examiner la question de savoir si le Canada s'est acquitté de son obligation de consulter et d'imposer des conditions est un pouvoir dont le gouverneur en conseil a essentiellement besoin pour pouvoir exercer le pouvoir qui lui est conféré par les articles 53 et 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*. Par ailleurs, les activités du ministre coordonnateur et des autres ministres concernant l'obligation de consulter sont des mesures essentielles que ceux-ci peuvent exécuter en conformité avec le paragraphe 31(2) de la *Loi d'interprétation*.

[167] Cette conclusion est renforcée par la relation entre la Couronne et le gouverneur en conseil. Le devoir de consulter est imposé à la Couronne. Tel qu'expliqué au paragraphe 142 ci-haut, le gouverneur en conseil est fréquemment l'instigateur de l'exercice de l'autorité exécutive de la Couronne. Étant donné la relation entre le gouverneur en conseil et la Couronne, il va sans dire que le législateur a octroyé au gouverneur en conseil le pouvoir nécessaire d'examiner si la Couronne a rencontré son devoir de consulter et, si nécessaire, d'imposer des conditions conformément à l'article 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*.

[168] Par conséquent, nous sommes convaincus que, conformément à ce régime législatif, le gouverneur en conseil, lorsqu'il étudie un projet, conformément à la

consider whether Canada has fulfilled its duty to consult. Further, in order to accommodate Aboriginal concerns as part of its duty to consult, the Governor in Council must necessarily have the power to impose conditions on any certificate it directs the National Energy Board to issue.

[169] While the parties did not seriously dispute whether the duty to consult could co-exist and be accommodated under the *National Energy Board Act*, they did dispute whether Canada has fulfilled its duty to consult on the facts of this case. We turn to this issue now.

F. The duty to consult Aboriginal peoples

(1) *Legal principles*

[170] At this point, it is helpful to discuss briefly the existing jurisprudence which has considered the scope and content of the duty to consult. As mentioned at the outset of these reasons, insofar as that jurisprudence applies to these proceedings, it is not in dispute.

[171] The duty to consult is grounded in the honour of the Crown. The duties of consultation and, if required, accommodation form part of the process of reconciliation and fair dealing: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511 [*Haida Nation*], at paragraph 32.

[172] The duty arises when the Crown has actual or constructive knowledge of the potential existence of Aboriginal rights or title and contemplates conduct that might adversely affect those rights or title: *Haida Nation*, at paragraph 35.

[173] The extent or content of the duty of consultation is fact specific. The depth or richness of the required consultation increases with the strength of the *prima facie* Aboriginal claim and the seriousness of the

Loi sur l'Office national de l'énergie, peut examiner la question de savoir si le Canada s'est acquitté de son obligation de consulter. De plus, afin d'accommoder les préoccupations autochtones dans le cadre de son devoir de consultation, le gouverneur en conseil doit nécessairement avoir le pouvoir d'imposer des conditions quant à tout certificat qu'il ordonne à l'Office national de l'énergie de délivrer.

[169] Bien que les parties n'aient pas sérieusement mis en doute la question de savoir si l'obligation de consulter pouvait coexister et être visée par la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, elles mettent en doute, compte tenu des faits de l'espèce, la question de savoir si le Canada s'est en fait acquitté de son obligation de consulter. Nous examinons maintenant cette question.

F. L'obligation de consulter les peuples autochtones

1) *Les principes juridiques*

[170] Il convient à ce stade-ci d'aborder brièvement la jurisprudence dans laquelle la portée et la teneur de l'obligation de consulter ont été examinées. Comme il a été mentionné au début des présents motifs, dans la mesure où cette jurisprudence s'applique à la présente instance, elle n'est pas contestée.

[171] L'obligation de consulter découle du principe de l'honneur de la Couronne. 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 c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511 [*Nation haïda*], au paragraphe 32.

[172] 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 le droit ou le titre : *Nation haïda*, au paragraphe 35.

[173] 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

potentially adverse effect upon the claimed right or title: *Haida Nation*, at paragraph 39; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650 [*Rio Tinto*], at paragraph 36.

[174] When the claim to title is weak, the Aboriginal interest is limited or the potential infringement is minor, the duty of consultation lies at the low end of the consultation spectrum. In such a case, the Crown may be required only to give notice of the contemplated conduct, disclose relevant information and discuss any issues raised in response to the notice: *Haida Nation*, at paragraph 43. When a strong *prima facie* case for the claim is established, the right and potential infringement is of high significance to the Aboriginal peoples, and the risk of non-compensable damage is high, the duty of consultation lies at the high end of the spectrum. While the precise requirements will vary with the circumstances, in this type of case a deep consultative process might entail: the opportunity to make submissions; formal participation in the decision-making process; and, the provision of written reasons to show that Aboriginal concerns were considered and how those concerns were factored into the decision: *Haida Nation*, at paragraph 44.

[175] It is now settled law that Parliament may choose to delegate procedural aspects of the duty to consult to a tribunal. Tribunals that consider resource issues that impinge on Aboriginal interests may be given: the duty to consult; the duty to determine whether adequate consultation has taken place; both duties; or, no duty at all. In order to determine the mandate of any particular tribunal, it is relevant to consider the powers conferred on the Tribunal by its constituent legislation, whether the tribunal is empowered to consider questions of law and what remedial powers the tribunal possesses: *Rio Tinto*, at paragraphs 55 to 65.

[176] Thus, for example in *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment*

ancestral revendiqué est grave : *Nation haïda*, au paragraphe 39; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650 [*Rio Tinto*], au paragraphe 36.

[174] Lorsque la revendication du titre est peu solide, le droit ancestral est limité ou le risque d'atteinte est 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*, au paragraphe 43. Lorsqu'une preuve à première vue solide de la revendication est établie, le droit et l'atteinte potentielle sont d'une haute importance pour les Autochtones, et le risque de préjudice non indemnisable est élevé, l'obligation de consulter se trouve à l'extrémité supérieure du continuum. Dans de tels cas, bien que les exigences 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 quelle a été l'incidence de ces préoccupations sur la décision : *Nation haïda*, au paragraphe 44.

[175] Il est maintenant bien établi en droit que le législateur peut décider de déléguer à un tribunal administratif les aspects procéduraux de l'obligation de consulter. Les tribunaux administratifs appelés à examiner des questions ayant trait à une ressource et ayant une incidence sur des intérêts autochtones peuvent avoir l'obligation de consulter, avoir l'obligation de décider si une consultation adéquate a eu lieu, avoir les deux obligations, ou n'avoir ni l'une ni l'autre de ces obligations. Pour déterminer le mandat d'un tribunal administratif donné, il est pertinent de tenir compte des pouvoirs que lui confère sa loi habilitante, de la question de savoir s'il a le pouvoir d'examiner des questions de droit, et des pouvoirs de réparation dont il dispose : *Rio Tinto*, aux paragraphes 55 à 65.

[176] Ainsi, par exemple, dans l'arrêt *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique*

Director), 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550 [*Taku River*], the Supreme Court accepted that an environmental assessment process was sufficient to satisfy the procedural requirements of the duty to consult. At paragraph 40 of the Court's reasons, the Chief Justice wrote that the province did not have to develop special consultation measures to address the First Nation's concerns "outside of the process provided for by the [B.C. environmental legislation], which specifically set out a scheme that required consultation with affected Aboriginal peoples." Subsequently, in *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, at paragraph 39, the Supreme Court interpreted *Taku River* as saying that participation in a forum created for other purposes may satisfy the duty to consult "if *in substance* an appropriate level of consultation is provided" [emphasis in original].

[177] In *Taku River*, the Supreme Court also recognized that project approval is "simply one stage in the process by which the development moves forward": at paragraph 45. Thus, outstanding First Nation concerns could be more effectively considered at later stages of the development process. It was expected that throughout the permitting, approval and licensing process, as well as in the development of a land use strategy, the Crown would continue to fulfil its duty to consult, and if required, accommodate.

[178] When the Crown relies on a regulatory or environmental assessment process to fulfil the duty to consult, such reliance is not delegation of the Crown's duty. Rather, it is a means by which the Crown can be satisfied that Aboriginal concerns have been heard and, where appropriate, accommodated: *Haida Nation*, at paragraph 53.

[179] The consultation process does not dictate a particular substantive outcome. Thus, the consultation process does not give Aboriginal groups a veto over what can be done with land pending final proof of their

(*Directeur d'évaluation de projet*), 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550 [*Taku River*], la Cour suprême du Canada a estimé qu'une évaluation environnementale était suffisante pour satisfaire aux exigences procédurales de l'obligation de consulter. Au paragraphe 40 des motifs de la Cour suprême, la juge en chef a écrit que la province n'était pas tenue de mettre sur pied, pour l'examen des préoccupations de la Première Nation, une procédure spéciale de consultation « différente de celle établie par [la loi environnementale de la C.-B.], qui requiert expressément la consultation des Autochtones concernés ». Par la suite, dans l'arrêt *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, au paragraphe 39, la Cour suprême a interprété l'arrêt *Taku River* de la manière suivante : la participation à un forum créé pour d'autres besoins peut tout de même satisfaire à l'obligation de consulter « si, *pour l'essentiel*, un niveau approprié de consultation a été rendu possible » [en italique dans l'original].

[177] Dans l'arrêt *Taku River*, la Cour suprême a aussi reconnu que l'approbation du projet était « simplement l'étape du processus qui permet la mise en œuvre du projet » (au paragraphe 45). Ainsi, les préoccupations non résolues des Premières Nations pourraient être étudiées de façon plus efficace à des étapes ultérieures du processus d'élaboration. On s'attendait à ce que, à chacune des étapes (permis, licences et autres autorisations) ainsi que lors de l'élaboration d'une stratégie d'utilisation des terres, la Couronne continue de s'acquitter de son obligation de consulter, et, s'il y a lieu, d'accueillir.

[178] Lorsque la Couronne se fonde sur un processus d'évaluation réglementaire ou environnemental pour s'acquitter de son obligation de consulter, cela ne veut pas dire que la Couronne délègue son obligation. 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*, au paragraphe 53.

[179] Le processus de consultation ne détermine 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

claim. Nor does consultation equate to a duty to agree; rather, what is required is a commitment to a meaningful process of consultation. Put another way, perfect satisfaction is not required. The question to be answered is whether the regulatory scheme, when viewed as a whole, accommodates the Aboriginal right in question: *Haida Nation*, at paragraphs 42, 48 and 62.

[180] Good faith consultation may reveal a duty to accommodate. Where there is a strong *prima facie* case establishing the claim and the consequence of proposed conduct may adversely affect the claim in a significant way, the honour of the Crown may require steps to avoid irreparable harm or to minimize the effects of infringement: *Haida Nation*, at paragraph 47.

[181] Good faith is required on both sides in the consultative process: “The common thread on the Crown’s part must be ‘the intention of substantially addressing [Aboriginal] concerns’ as they are raised ... through a meaningful process of consultation”: *Haida Nation*, at paragraph 42. At the same time, Aboriginal claimants must not frustrate the Crown’s reasonable good faith attempts, nor should they take unreasonable positions to thwart the government from making decisions or acting in cases where, despite meaningful consultation, agreement is not reached: *Haida Nation*, at paragraph 42.

(2) *The standard to which Canada is to be held in fulfilling the duty*

[182] Canada is not to be held to a standard of perfection in fulfilling its duty to consult. In this case, the subjects on which consultation was required were numerous, complex and dynamic, involving many parties. Sometimes in attempting to fulfil the duty there can be omissions, misunderstandings, accidents and mistakes. In attempting to fulfil the duty, there will be difficult judgment calls on which reasonable minds will differ.

d’être prises à l’égard des terres en cause en attendant que la revendication soit établie de façon définitive. 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. Autrement dit, la perfection n’est pas requise. La question à laquelle il faut répondre est de savoir si, considéré dans son ensemble, le régime de réglementation respecte le droit ancestral en question : *Nation haïda*, aux paragraphes 42, 48 et 62.

[180] Des consultations menées de bonne foi peuvent faire naître 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*, au paragraphe 47.

[181] 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*, au paragraphe 42. 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*, au paragraphe 42.

2) *La norme à laquelle le Canada est tenu pour s’acquitter de l’obligation*

[182] Le Canada n’est pas tenu à une norme de perfection lorsqu’il s’acquitter de son obligation de consulter. En l’espèce, 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

[183] In determining whether the duty to consult has been fulfilled, “perfect satisfaction is not required”, just reasonable satisfaction: *Ahousaht First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2008 FCA 212, 297 D.L.R. (4th) 722, at paragraph 54; *Canada v. Long Plain First Nation*, 2015 FCA 177, 388 D.L.R. (4th) 209, at paragraph 133; *Yellowknives Dene First Nation v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2015 FCA 148, 93 C.E.L.R. (3d) 39, at paragraph 56; *Hamlet of Clyde River v. TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS)*, 2015 FCA 179, [2016] 3 F.C.R. 167, at paragraph 47.

[184] The Supreme Court of Canada has expressed it this way (*Haida Nation*, at paragraph 62):

... Perfect satisfaction is not required; the question is whether the regulatory scheme or government action “viewed as a whole, accommodates the collective aboriginal right in question”: [*R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, 137 D.L.R. (4th) 648, at paragraph 170]. What is required is not perfection, but reasonableness. As stated in [*R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, 133 D.L.R. (4th) 658, at paragraph 110], “in ... information and consultation the concept of reasonableness must come into play.... So long as every reasonable effort is made to inform and to consult, such efforts would suffice.” The government is required to make reasonable efforts to inform and consult. This suffices to discharge the duty.

[185] Therefore, the question is whether “reasonable efforts to inform and consult” were made. In applying this standard, we have been careful not to hold Canada to anything approaching a standard of perfection.

[186] But here, in executing Phase IV of its consultation framework, Canada failed to make reasonable efforts to inform and consult. It fell well short of the mark.

(3) *The consultation process*

s’acquitter de cette même obligation, il y aura des questions de jugement difficiles sur lesquelles des personnes raisonnables ne s’entendront pas.

[183] Pour déterminer si l’obligation de consulter a été satisfaite, « la perfection n’est pas requise », seulement des efforts raisonnables : *Première Nation des Ahousaht c. Canada (Pêches et Océans)*, 2008 CAF 212, au paragraphe 54; *Canada c. Première Nation de Long Plain*, 2015 CAF 177, au paragraphe 133; *Première nation Yellowknives Dene c. Canada (Affaires autochtones et Développement du Nord)*, 2015 CAF 148, au paragraphe 56; *Hameau de Clyde River c. TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS)*, 2015 CAF 179, [2016] 3 R.C.F. 167, au paragraphe 47.

[184] La Cour suprême du Canada s’est ainsi exprimée (*Nation haïda*, au paragraphe 62) :

[...] 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 » : [*R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, au paragraphe 170]. Ce qui est requis, ce n’est pas une mesure parfaite mais une mesure raisonnable. Comme il est précisé dans [*R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, au paragraphe 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.

[185] Par conséquent, la question est de savoir si des « efforts raisonnables pour informer et consulter » ont été déployés. En appliquant cette norme, nous avons pris soin de n’exiger, dans aucun cas, la perfection du Canada.

[186] Cependant, en l’espèce, dans l’exécution de la phase IV de son processus de consultation, le Canada n’a pas déployé d’efforts raisonnables pour informer et consulter. Ses efforts ont été nettement insuffisants.

3) *Le processus de consultation*

[187] As explained above, from the outset of the Project, Canada acknowledged its duty to engage in deep consultation with the First Nations potentially affected by the Project owing to the significance of the rights and interests affected. Canada submits that, consistent with its duty, it offered a deep, consultation process consisting of five phases to more than 80 Aboriginal groups, including all of the First Nations in this proceeding.

[188] The First Nations agree that Canada was obliged to provide deep consultation. However, they assert a number of flaws in the consultation process that rendered it inadequate. In this section of the reasons, we will review the nature of the consultation process, briefly describe the most salient concerns expressed about the process, and consider whether Canada fulfilled its duty to consult.

[189] Canada describes the consultation process to include:

- Direct engagement by Canada with affected Aboriginal groups, both before and after the Joint Review Panel process. This consultation included consideration of the mandate of the Joint Review Panel.
- Participation by Canada in the Joint Review Panel process in order to effectively and meaningfully:
 - i. gather, distribute and assess information concerning the Project's potential adverse impacts on Aboriginal rights and interests;
 - ii. address adverse impacts to Aboriginal rights and interests by assessing potential environmental effects and identifying mitigation and avoidance measures; and

[187] Comme nous l'avons expliqué précédemment, le Canada a reconnu dès le début du projet qu'il avait l'obligation de tenir un processus de consultation approfondie auprès des Premières Nations sur lesquelles le projet est susceptible d'avoir des répercussions en raison de la gravité des droits et des intérêts touchés. Le Canada soutient que, conformément à cette obligation, il a tenu un processus de consultation approfondie en cinq phases auprès de plus de 80 groupes autochtones, dont toutes les Premières Nations qui sont parties à la présente instance.

[188] Les Premières Nations conviennent que le Canada avait l'obligation de tenir un processus de consultation approfondie. Cependant, elles font valoir que le processus comporte de nombreuses lacunes qui, selon elles, l'ont rendu inadéquat. Dans la présente section, nous examinerons la nature du processus de consultation, nous donnerons une brève description des préoccupations les plus importantes soulevées au sujet du processus, et nous examinerons la question de savoir si la Couronne a satisfait à son obligation de consulter.

[189] Selon la description donnée par le Canada, le processus de consultation comporte ce qui suit :

- Le Canada s'est engagé directement auprès des groupes autochtones concernés, tant avant qu'après le processus de la Commission d'examen conjoint. Ce processus de consultation comportait un examen du mandat de la Commission d'examen conjoint.
- Le Canada a participé au processus de la Commission d'examen conjoint, et s'est fondé sur lui comme moyen efficace et utile pour :
 - i. recueillir, distribuer et apprécier les renseignements relatifs aux effets préjudiciables que le projet pourrait avoir sur les droits et les intérêts ancestraux;
 - ii. tenir compte des effets préjudiciables sur les droits et les intérêts ancestraux au moyen de l'évaluation des répercussions possibles sur l'environnement et de l'identification de mesures d'atténuation et d'évitement;

- | | |
|--|--|
| <p>iii. ensure, to the extent possible, that specific Aboriginal concerns were heard and, where appropriate, accommodated.</p> <ul style="list-style-type: none"> • The provision of almost \$4 000 000 in participant funding by Canada to 46 Aboriginal groups to assist their involvement in the Joint Review Panel process and related Crown consultations. • The provision of written reasons to Aboriginal groups explaining how their concerns were considered and addressed. | <p>iii. veiller à ce que, dans la mesure du possible, les préoccupations particulières des Autochtones soient entendues et, s'il y a lieu, accommodées.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Le Canada a remis environ 4 000 000 \$ de financement à 46 groupes autochtones pour les aider à participer au processus de la Commission d'examen conjoint et aux consultations connexes de la Couronne. • Des motifs écrits ont été présentés aux groupes autochtones pour leur expliquer comment on avait répondu à leurs préoccupations. |
|--|--|

[190] As noted above, and to reiterate, Canada's framework for consultation had five distinct phases:

[190] Comme nous l'avons déjà souligné, et il convient de le rappeler, le processus de consultation du Canada comportait cinq phases distinctes :

- | | |
|--|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. Phase I provided for Canada's direct engagement with Aboriginal groups before the Joint Review Panel process, including consultation on the draft Joint Review Panel Agreement and the mandate of the Joint Review Panel. 2. Phase II required Canada to provide information to Aboriginal groups about the pending Joint Review Panel process. 3. Phase III provided for participation in the Joint Review Panel process by Canada and Aboriginal groups. 4. Phase IV provided for additional, direct consultations between Canada and Aboriginal groups after the Joint Review Panel process, but before the Governor in Council considered the Project. 5. Phase V would provide additional consultation on permits or authorizations that Canada might be requested to issue after the Governor in Council's decision on the Project. | <ol style="list-style-type: none"> 1. La phase I prévoyait l'engagement direct du Canada auprès des groupes autochtones avant le processus de la Commission d'examen conjoint, notamment au moyen de consultations sur l'ébauche de l'entente relative à la Commission d'examen conjoint et le mandat de la Commission d'examen conjoint. 2. La phase II exigeait que le Canada fournisse des renseignements aux groupes autochtones au sujet du processus de la Commission d'examen conjoint en cours. 3. La phase III prévoyait la participation du Canada et des groupes autochtones au processus de la Commission d'examen conjoint. 4. La phase IV prévoyait la tenue de consultations directes supplémentaires entre le Canada et les groupes autochtones après le processus de la Commission d'examen conjoint, mais avant l'examen du projet par le gouverneur en conseil. 5. La phase V prévoit la tenue de consultations supplémentaires sur les permis ou les autorisations que le Canada pourrait être appelé à accorder suivant la décision du gouverneur en conseil relativement au projet. |
|--|--|

(4) *The alleged flaws in the consultation process*

[191] Briefly, the most salient concerns about the nature of the consultation asserted by the applicant/appellant First Nations are:

- (a) The Governor in Council prejudged the approval of the Project.
- (b) Canada's consultation framework was unilaterally imposed on the First Nations; there was no consultation on it.
- (c) Canada provided inadequate funding to facilitate the participation of First Nations in the Joint Review Panel process and other consultation processes.
- (d) The consultation process was over-delegated: the Joint Review Panel was not a legitimate forum for consultation and it did not allow for discussions between Canada and affected First Nations.
- (e) Canada either failed to conduct or failed to share its assessment of the strength of the First Nations' claims to Aboriginal rights or title.
- (f) The Crown consultation did not reflect the terms, spirit and intent of certain agreements between Canada and the Haida.
- (g) The Report of the Joint Review Panel left too many issues affecting First Nations to be decided after the Project was approved.
- (h) The consultation process was too generic. Canada and the Joint Review Panel looked at First Nations as a whole and failed to address adequately the specific concerns of particular First Nations.

4) *Les lacunes qui auraient été relevées dans le processus de consultation*

[191] En bref, les préoccupations les plus importantes soulevées par les demandeurs/appellants Premières Nations au sujet de la nature du processus de consultation sont les suivantes :

- a) Le gouverneur en conseil a préjugé de l'approbation du projet.
- b) Le cadre de consultation a été imposé unilatéralement aux Premières Nations, étant donné qu'il n'y a pas eu de consultation sur celui-ci.
- c) Le Canada a fourni un financement inadéquat pour faciliter la participation des Premières Nations au processus de la Commission d'examen conjoint et aux autres processus de consultation.
- d) Il y a eu délégation excessive des pouvoirs pour le processus de consultation : la Commission d'examen conjoint n'était pas un forum de consultation légitime, et elle ne permettait pas la tenue de discussions entre le Canada et les Premières Nations concernées.
- e) Le Canada n'a pas apprécié la solidité des revendications de droits ou de titres ancestraux, ou n'a pas communiqué aux Premières Nations les résultats de son appréciation.
- f) Les consultations de la Couronne ne reflétaient pas les conditions, l'esprit et l'objet de certaines ententes entre le Canada et les Haïda.
- g) Dans le rapport de la Commission d'examen conjoint, trop de questions touchant les Premières Nations ont été laissées en suspens afin d'être décidées après l'approbation du projet.
- h) Le processus de consultation était trop générique. Le Canada et la Commission d'examen conjoint ont examiné les Premières Nations dans leur ensemble, et n'ont pas répondu de façon appropriée aux préoccupations particulières soulevées par les différentes Premières Nations.

- | | |
|---|--|
| <p>(i) After the Report of the Joint Review Panel was finalized, Canada failed to consult adequately with First Nations about their concerns; it also failed to give reasons showing that Canada considered and factored them into the Governor in Council's decision to approve the Project.</p> | <p>i) Suivant l'achèvement du rapport de la Commission d'examen conjoint, le Canada n'a pas mené de consultation adéquate auprès des Premières Nations au sujet de leurs préoccupations et n'a pas montré, au moyen de motifs, que ces préoccupations avaient été examinées et prises en compte dans la décision du gouverneur en conseil d'approuver le projet.</p> |
| <p>(j) Canada did not assess or discuss First Nations' title or governance rights, nor was the impact on those rights factored into the Governor in Council's decision to approve the Project.</p> | <p>j) Le Canada n'a pas apprécié ni examiné les titres ancestraux ou les droits de gouvernance des Premières Nations, et les répercussions sur ceux-ci n'ont pas non plus été prises en compte dans la décision du gouverneur en conseil d'approuver le projet.</p> |

We shall examine each of these in turn.

Nous examinerons chacun de ces points.

- (a) The Governor in Council prejudged the approval of the Project

- a) Le gouverneur en conseil a préjugé de l'approbation du projet

[192] The Gitxaala argue that Canada did not consult in good faith and one manifestation of this is that the outcome of the approval process was pre-ordained. In support of this submission, the Gitxaala point to:

[192] La Nation Gitxaala allègue que le Canada n'a pas mené des consultations de bonne foi et que cela a notamment donné lieu à une décision à l'avance de l'issue du processus d'approbation. À l'appui de cette observation, la Nation Gitxaala souligne ce qui suit :

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • Statements made by the then Minister of Natural Resources reported in <i>The Globe and Mail</i> in July 2011 that the Project “is in the national interest” and that discussions among ministers will touch on ways of “improving the regulatory system so it is less duplicative, so it is more fair, transparent and independent—but takes into account the need for expeditious review.” | <ul style="list-style-type: none"> • Selon les déclarations faites par le ministre des Ressources naturelles de l'époque, qui ont été rapportées dans <i>The Globe and Mail</i> en juillet 2011, [TRADUCTION] « le projet est d'intérêt national » et les discussions entre les ministres porteront sur les façons [TRADUCTION] « [d']améliorer le régime de réglementation afin qu'il soit moins redondant et plus équitable, transparent et indépendant, tout en tenant compte de la nécessité d'avoir un examen rapide ». |
| <ul style="list-style-type: none"> • The adoption of a process that excluded real consideration of title and governance rights. | <ul style="list-style-type: none"> • On a adopté un processus qui excluait tout examen véritable des titres ancestraux et des droits de gouvernance. |
| <ul style="list-style-type: none"> • The legislative change in 2012 after the review process had begun that modified the powers of the National Energy Board, giving the Governor in Council the final decision-making power. | <ul style="list-style-type: none"> • Le changement législatif apporté en 2012, une fois le processus d'examen amorcé, a modifié les pouvoirs de l'Office national de l'énergie, de façon à conférer au gouverneur en conseil le pouvoir de rendre des décisions définitives. |

[193] The Haida adopt this submission.

[194] In our view, the second and third concerns raised by the Gitxaala do not support its submission that Canada had prejudged the outcome. This is so because there are many possible explanations as to why the process was adopted and the powers of the National Energy Board were modified; many of those possible explanations do not lead to the conclusion that results were predetermined. Equivocal evidence cannot support an assertion of bias.

[195] Of greater concern are the remarks attributed to the then Minister of Natural Resources. Notwithstanding the concern, the remarks are insufficient to establish bias.

[196] In *Imperial Oil Ltd. v. Quebec (Minister of the Environment)*, 2003 SCC 58, [2003] 2 S.C.R. 624, the Supreme Court observed that the content of the duty of impartiality varies according to the decision maker's activities and the nature of the question it must decide.

[197] In the present case, the decision maker is the Governor in Council and the decision whether to approve the Project is politically charged, involving an appreciation of many, sometimes conflicting, considerations of policy and the public interest. The decision is not judicial or quasi-judicial.

[198] In this circumstance, we accept that the duty of impartiality owed by the Governor in Council is not co-extensive with that imposed upon judicial or quasi-judicial decision makers.

[199] Thus, statements by individual members of Cabinet will not establish bias unless the person alleging such bias demonstrates that the statements are the expression of a final opinion on the question at issue. Put another way, it must be shown that the decision maker's mind was closed such that representations to the contrary would be futile: *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170.

[193] La Nation haïda souscrit à cette observation.

[194] À notre avis, les deuxième et troisième préoccupations soulevées par la Nation Gitxaala n'appuient pas son argument selon lequel le Canada avait préjugé de l'issue, étant donné que de nombreuses raisons peuvent expliquer pourquoi le processus a été adopté et les pouvoirs de l'Office national de l'énergie ont été modifiés, et bon nombre de ces explications ne permettent pas de conclure que les résultats ont été décidés à l'avance. Des éléments de preuve équivoques ne peuvent pas étayer une allégation de partialité.

[195] Les propos qu'aurait tenus le ministre des Ressources naturelles de l'époque sont plus préoccupants. Malgré cela, ces propos sont insuffisants pour établir qu'il y a eu partialité.

[196] Dans l'arrêt *Cie pétrolière Impériale Ltée c. Québec (Ministre de l'Environnement)*, 2003 CSC 58, [2003] 2 R.C.S. 624, la Cour suprême du Canada a fait remarquer que le contenu de l'obligation d'impartialité varie en fonction des activités du décideur et de la nature de la question à trancher.

[197] En l'espèce, le décideur est le gouverneur en conseil, et la décision d'approuver le projet, qui comporte une appréciation de nombreuses considérations stratégiques et d'intérêt public, parfois contradictoires, est une décision à caractère hautement politique. Il ne s'agit pas d'une décision judiciaire ou quasi judiciaire.

[198] En pareil cas, nous estimons que l'obligation d'impartialité du gouverneur en conseil n'a pas la même portée que celle qui incombe aux décideurs judiciaires ou quasi judiciaires.

[199] Ainsi, les déclarations de membres du Cabinet individuels n'établissent l'existence de partialité que si la personne qui allègue la partialité démontre que les déclarations sont l'expression d'une opinion finale sur la question en litige. Autrement dit, il faut établir que le décideur s'était déjà fait une opinion, de sorte qu'il ne servait à rien de présenter des arguments la contredisant : (*Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170).

[200] The evidence of one minister's comment made years before the decision at issue is insufficient to establish that the outcome of the Governor in Council's decision was predetermined.

- (b) The framework of the consultation process was unilaterally imposed upon the First Nations

[201] The Haisla argue that while it was given the opportunity to comment on the draft Joint Review Panel Agreement, it was not consulted on the Crown consultation process itself. Instead, they argue, Canada unilaterally chose to integrate consultation into the Joint Review Panel process. The Haida adopt this submission.

[202] The Kitasoo and the Heiltsuk argue that the Crown failed to consult with them about the five-phase review process, the impact of using a hearing process to engage in consultation, and the timing or scope of Canada's consultation in Phase IV of the consultation framework.

[203] We disagree that the initial engagement with affected First Nations and the subsequent consultation on the draft Joint Review Panel Agreement (i.e., Phase I) were flawed or unreasonable. As a matter of law, the Crown has discretion as to how it structures the consultation process and how the duty to consult is met: *Cold Lake First Nations v. Alberta (Tourism, Parks & Recreation)*, 2013 ABCA 443, 556 A.R. 259, at paragraph 39. What is required is a reasonable process, not perfect consultation: *Haida Nation*, at paragraph 62.

[204] Phase I consultation included the following steps:

- Following receipt of a preliminary information package submitted by Northern Gateway, the National Energy Board, in consultation with other

[200] Le fait qu'un ministre a formulé un commentaire des années avant la décision en litige n'est pas suffisant pour établir que l'issue de la décision du gouverneur en conseil avait été décidée à l'avance.

- b) Le cadre du processus de consultation a été imposé unilatéralement aux Premières Nations

[201] La Nation des Haisla allègue que, bien qu'on lui ait donné la possibilité de formuler des commentaires sur l'ébauche de l'entente relative à la Commission d'examen conjoint, elle n'a pas été consultée dans le cadre du processus de consultation de la Couronne en tant que tel. Elle fait plutôt valoir que le Canada a choisi de façon unilatérale d'intégrer les consultations au processus de la Commission d'examen conjoint. Cet argument est adopté par la Nation haïda.

[202] La Première Nation de Kitasoo Xai'Xais et la Nation des Heiltsuk font valoir que la Couronne ne les a pas consultées au sujet du processus d'examen en cinq phases, des répercussions de l'utilisation d'un processus d'audience pour la tenue des consultations et du choix du moment ou de la portée de ses consultations lors de la phase IV du processus de consultation.

[203] Nous ne sommes pas d'accord que l'engagement initial envers les Premières Nations concernées et les consultations menées par la suite sur l'ébauche de l'entente relative à la Commission d'examen conjoint (c.-à-d., la phase I) comportaient des lacunes ou étaient déraisonnables. Du point de vue du droit, la Couronne a toute latitude pour définir la structure du processus de consultation et pour s'acquitter de son obligation de consulter (*Cold Lake First Nation v. Alberta (Tourism, Parks & Recreation)*, 2013 ABCA 443, 556 A.R. 259, au paragraphe 39). Ce qui est requis, ce n'est pas un processus de consultation parfait, mais un processus raisonnable (*Nation haïda*, au paragraphe 62).

[204] À la phase I, le processus de consultation comportait les étapes suivantes :

- Suivant la réception d'une trousse d'information préliminaire remise par Northern Gateway, l'Office national de l'énergie, en collaboration

responsible federal authorities, requested that the then Minister of the Environment refer the Project to a review panel. On September 29, 2006, the Minister referred the Project to a review panel and released the draft Joint Review Panel agreement for a 60-day comment period. A number of comments were received from Aboriginal groups. Thereafter, Northern Gateway put the Project on hold.

- Following resubmission of the Project by Northern Gateway, Canada, through the Canadian Environmental Assessment Agency (the Agency), contacted over 80 Aboriginal groups to advise them of the Project and of opportunities to participate in the Joint Review Panel process and the related Crown consultation process. The Agency provided information to groups for whom Canada had a duty to consult. Other Aboriginal groups subsequently contacted the Agency expressing interest in the Project and were provided with information. Some Aboriginal groups were contacted but chose not to participate in the Joint Review Panel or Crown consultation process. The Agency communicated with Aboriginal groups throughout the consultation process. It requested input on the draft Joint Review Panel Agreement, provided information on opportunities for participation in the Joint Review Panel and subsequent consultation on the Report of the Joint Review Panel, advised on the availability of participant funding and met with Aboriginal groups to provide further clarification. Canada's approach to consultation was outlined in a document entitled "Aboriginal Consultation Framework", which was made available to Aboriginal groups in November 2009.
- Northern Gateway a présenté le projet de nouveau et, le Canada, par l'entremise de l'Agence canadienne d'évaluation environnementale (l'Agence), a par la suite communiqué avec plus de 80 groupes autochtones pour les informer du projet et des occasions de participer à la Commission d'examen conjoint et au processus de consultation connexe de la Couronne. L'Agence a donné des renseignements aux groupes que le Canada avait l'obligation de consulter. D'autres groupes autochtones ont par la suite communiqué avec l'Agence pour faire part de leur intérêt à l'égard du projet, et des renseignements leur ont été fournis. Certains des groupes autochtones avec qui l'Agence avait communiqué ont choisi de ne pas participer à la Commission d'examen conjoint ou au processus de consultation de la Couronne. L'Agence a communiqué avec les groupes autochtones tout au long du processus de consultation. Elle leur a demandé de fournir des commentaires sur l'ébauche de l'entente relative à la Commission d'examen conjoint, elle leur a fourni des renseignements sur les occasions de participation à la Commission d'examen conjoint et aux consultations subséquentes sur le rapport de la Commission d'examen conjoint, elle les a informés que des fonds pouvaient être fournis aux groupes pour qu'ils participent aux consultations, et elle a rencontré les groupes autochtones pour leur fournir d'autres précisions. La démarche suivie par le Canada pour les consultations a été décrite dans un document intitulé « Cadre de consultation auprès des Autochtones », qui a été mis à la disposition des groupes autochtones en novembre 2009.

- Canada significantly modified the Joint Review Panel process in response to concerns expressed by affected Aboriginal groups. Examples of such modifications include:
 - in response to concerns raised by the Haisla and the Gitga'at that the Project's marine components, including marine shipping, were not within the mandate of the Joint Review Panel, Canada changed the scope of its review to include the marine transportation of oil and condensate;
 - in response to concerns raised by the Haisla respecting the capacity and expertise of the Joint Review Panel to undertake the environmental assessment review, Canada modified the Joint Review Panel selection process to ensure that the Joint Review Panel could retain expert consultants or special advisors if required; and
 - in response to concerns raised by the Haisla, the Nak'azdli, the Gitga'at, the Gitxaala and the Nadleh about Aboriginal involvement in the Joint Review Panel process, Canada modified the Joint Review Panel Agreement so as to include provisions requiring that the Joint Review Panel conduct its review to facilitate the participation of Aboriginal peoples and that Northern Gateway provide evidence setting out the concerns of Aboriginal groups.
- Le Canada a apporté des modifications importantes au processus de la Commission d'examen conjoint en réponse aux préoccupations soulevées par les groupes autochtones concernés, notamment les modifications suivantes :
 - en réponse aux préoccupations soulevées par la Nation des Haisla et la Première Nation des Gitga'at, selon lesquelles les composantes marines du projet, dont la navigation maritime, ne relevaient pas du mandat de la Commission d'examen conjoint, le Canada a modifié la portée de l'examen du projet de façon à inclure le transport maritime de pétrole et de condensats;
 - en réponse aux préoccupations soulevées par la Nation des Haisla concernant la capacité de la Commission d'examen conjoint d'effectuer l'examen de l'évaluation environnementale et sa compétence pour le faire, le Canada a modifié le processus de sélection de la Commission d'examen conjoint pour veiller à ce que celle-ci puisse avoir recours aux services d'expert-conseils ou de conseillers spéciaux le cas échéant;
 - en réponse aux préoccupations soulevées par la Nation des Haisla, la Bande des Nak'azdli, la Première Nation des Gitga'at, la Nation Gitxaala et la Bande des Nadleh au sujet de la participation des Autochtones au processus de la Commission d'examen conjoint, le Canada a modifié l'entente relative à la Commission d'examen conjoint de façon à y inclure des dispositions exigeant que la Commission d'examen conjoint effectue son examen de façon à faciliter la participation des peuples autochtones et que Northern Gateway fournisse des éléments de preuve concernant les préoccupations des groupes autochtones.

[205] The final Joint Review Panel Agreement required the Joint Review Panel to:

- consider and address all Project-related Aboriginal issues and concerns within its mandate;

[205] Selon l'entente définitive relative à la Commission d'examen conjoint, cette dernière était tenue de faire ce qui suit :

- examiner et aborder toutes les questions et les préoccupations des Autochtones se rapportant au projet et relevant de son mandat;

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • conduct its review in a manner that facilitated the participation of Aboriginal peoples; • receive evidence from Northern Gateway regarding the concerns of Aboriginal groups; • receive information from Aboriginal peoples related to the nature and scope of potentially affected Aboriginal and treaty rights; and • include recommendations in its report for appropriate measures to avoid or mitigate potential adverse impacts or infringements on Aboriginal and treaty rights and interests. | <ul style="list-style-type: none"> • effectuer son examen de manière à faciliter la participation des peuples autochtones; • recevoir des éléments de preuve de Northern Gateway concernant les préoccupations des groupes autochtones; • recevoir de l'information des peuples autochtones concernant la nature ainsi que la portée des droits ancestraux et issus de traités susceptibles d'être touchés; • inclure dans son rapport des recommandations sur les mesures qu'il convient de prendre pour éviter ou atténuer les effets préjudiciables possibles sur les droits ainsi que les intérêts ancestraux et issus de traités ou les violations possibles de ceux-ci. |
|---|---|

[206] Finally, Canada communicated with all of the Aboriginal applicants/appellants in this proceeding in November and December 2009 so as to ensure that they were aware of the modifications made to the Joint Review Panel process, the ongoing consultation activities and the ongoing availability of funding.

[206] Enfin, le Canada a communiqué avec l'ensemble des demandeurs/appelants autochtones dans la présente instance, en novembre et en décembre 2009, pour veiller à ce qu'ils soient informés des modifications apportées au processus de la Commission d'examen conjoint, des activités de consultations en cours ainsi que de la disponibilité de fonds.

[207] In our view, the evidence establishes that from the outset Canada acknowledged its duty of deep consultation with all affected First Nations. In Phase I, it provided information about the Project to affected First Nations, sought and obtained comments on the proposed consultation process as initially outlined in the draft Joint Review Panel Agreement, and reasonably addressed concerns expressed by First Nations by incorporating significant revisions into the Joint Review Panel Agreement.

[207] À notre avis, la preuve établit que le Canada reconnaît depuis le début son obligation de tenir un processus de consultation approfondie auprès de toutes les Premières Nations concernées. Lors de la phase I, il a fourni des renseignements sur le projet aux Premières Nations concernées, il a sollicité et obtenu des commentaires sur le processus de consultation proposé tel qu'il avait été initialement décrit dans l'ébauche de l'entente relative à la Commission d'examen conjoint et il a répondu de façon raisonnable aux préoccupations exprimées par les Premières Nations en apportant des modifications importantes à l'entente relative à la Commission d'examen conjoint.

[208] We will address in more detail below the submission that the Joint Review Panel was not a legitimate forum for consultation. However, we are satisfied that there was consultation about Canada's framework for

[208] Nous examinerons ci-dessous de façon plus détaillée l'argument selon lequel la Commission d'examen conjoint n'était pas un forum de consultation légitime. Nous sommes toutefois convaincus que des

consultation. It was not unilaterally imposed. It was reasonable.

- (c) Inadequate funding for participation in the Joint Review Panel and consultation processes

[209] The Kitasoo and the Heiltsuk argue that the process required significant legal assistance and significant travel expenses because the Joint Review Panel hearings were held in Prince Rupert and Terrace, British Columbia. They point to the fact that even though approximately 35 Aboriginal communities registered as interveners, only 12 First Nations cross-examined witness panels and only two First Nations substantially participated in the cross-examination hearings. The Kitasoo and the Heiltsuk say they could not afford to provide expert reports or retain experts to review the proponent's extensive data. The Heiltsuk sought funding of \$421 877 for all phases, but received \$96 000. In Phase IV, the Kitasoo sought funding of \$110 410 but received \$14 000.

[210] We have carefully reviewed the second affidavits of Douglas Neasloss and Marilyn Slett, which contain the evidence filed in support of the submissions. Without doubt, the level of funding provided constrained participation in the Joint Review Panel process. However, the affidavits do not explain how the amounts sought were calculated, or detail any financial resources available to the First Nations outside of that provided by Canada. As such, the evidence fails to demonstrate that the funding available was so inadequate as to render the consultation process unreasonable.

consultations ont été menées sur le cadre de consultation du Canada. Le cadre n'a pas été unilatéralement imposé et était raisonnable.

- c) Le financement fourni pour faciliter la participation au processus de la Commission d'examen conjoint et au processus de consultation était insuffisant

[209] La Nation de Kitasoo et la Nation des Heiltsuk font valoir que le processus a nécessité le recours à des services juridiques considérables et occasionné des frais de déplacement importants, parce que les audiences de la Commission d'examen conjoint ont eu lieu à Prince Rupert et à Terrace, en Colombie-Britannique. Elles soulignent que, bien qu'environ 35 collectivités autochtones se soient inscrites en tant qu'intervenantes, seulement 12 Premières Nations ont contre-interrogé les groupes de témoins et seulement deux Premières Nations ont participé aux contre-interrogatoires tenus lors des audiences. Les Nations de Kitasoo et des Heiltsuk disent qu'elles n'avaient pas les moyens de présenter des rapports d'experts ou de retenir les services d'experts pour examiner les données exhaustives du promoteur. La Nation des Heiltsuk a sollicité 421 877 \$ de financement pour toutes les phases, mais n'a reçu que 96 000 \$. Pour la phase IV, la Nation de Kitasoo a sollicité 110 410 \$ de financement, mais n'a reçu que 14 000 \$.

[210] Nous avons examiné attentivement les deuxièmes affidavits de Douglas Neasloss et de Marilyn Slett, qui comportent les éléments de preuve déposés à l'appui des arguments invoqués. Il ne fait aucun doute que le niveau de financement fourni a limité la participation au processus de la Commission d'examen conjoint. Cependant, les affidavits 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.

(d) The consultation process was over-delegated

[211] The Haisla point to many asserted flaws flowing from the Crown's reliance on the Joint Review Panel process to discharge, at least in part, its duty to consult. The Haisla submit that:

- meaningful consultation requires a two-way dialogue whereas the Joint Review Panel process was a quasi-judicial process in which the Crown and Haisla had no direct engagement; and
- the Joint Review Panel did not assess the nature and strength of each First Nation's claimed Aboriginal rights and it did not assess the potential infringement of Aboriginal rights by the Project.

[212] To this, the Heiltsuk add that the formalities of the quasi-judicial tribunal process led to friction between them and the Joint Review Panel and restrictions on the Heiltsuk's ability to provide all of the information they wished to provide for consultation purposes.

[213] We have not been persuaded that the consultation process was over-delegated or that it was unreasonable for Canada to integrate the Joint Review Panel process into the Crown consultation process for the following reasons.

[214] First, in *Rio Tinto*, at paragraph 56, the Supreme Court confirmed that participation by affected First Nations in a forum created for other purposes, such as an environmental assessment, can fulfil the Crown's duty to consult. The issue to be decided in every case is whether an appropriate level of consultation is provided through the totality of measures the Crown brings to bear on its duty of consultation.

d) Il y a eu délégation excessive des pouvoirs pour le processus de consultation

[211] La Nation des Haisla souligne de nombreuses lacunes qui, selon elle, découlent du fait que la Couronne s'est fondée sur le processus de la Commission d'examen conjoint pour s'acquitter, du moins en partie, de son obligation de consulter. La Nation des Haisla fait valoir ce qui suit :

- la tenue de consultations véritables nécessite un dialogue bilatéral, alors que le processus de la Commission d'examen conjoint était un processus quasi-judiciaire auquel la Couronne et la Nation des Haisla ne participaient pas directement;
- la Commission d'examen conjoint n'a pas apprécié ni la nature ni la solidité de chacun des droits ancestraux revendiqués par la Première Nation et n'a pas apprécié la violation possible des droits ancestraux par le projet.

[212] La Nation des Heiltsuk ajoute que les formalités du processus suivi par le tribunal quasi-judiciaire ont causé des frictions entre la Commission d'examen conjoint et elle, et elles ont restreint sa capacité de fournir tous les renseignements qu'elle voulait à des fins de consultation.

[213] Nous ne sommes pas convaincus qu'il y a eu délégation excessive des pouvoirs pour le processus de consultation ou qu'il était déraisonnable pour le Canada d'intégrer le processus de la Commission d'examen conjoint au processus de consultation de la Couronne pour les motifs qui suivent.

[214] Tout d'abord, dans l'arrêt *Rio Tinto*, au paragraphe 56, la Cour suprême du Canada a confirmé que la participation des Premières Nations concernées à un forum créé pour d'autres besoins, comme une évaluation environnementale, peut permettre à la Couronne de s'acquitter de son obligation de consulter. La question à trancher dans chaque affaire est de savoir si un niveau approprié de consultation a été rendu possible grâce à l'ensemble des mesures que la Couronne a prises pour s'acquitter de son obligation de consulter.

[215] In the present case, we are satisfied that Canada did not inappropriately delegate its obligation to consult to the Joint Review Panel—as evidenced by the existence of Phase IV of the consultation process in which there was to be direct consultation between Canada and affected Aboriginal groups following the Joint Review Panel process and before the Governor in Council considered the Project.

[216] The Joint Review Panel process provided affected Aboriginal groups with the opportunity to learn in detail about the nature of the Project and its potential impact on their interests, while at the same time affording an opportunity to Aboriginal groups to voice their concerns. As noted above, the Joint Review Panel Agreement gave the Panel the mandate to receive information regarding potential impacts of the Project on Aboriginal rights and title, consider mitigation where appropriate and report on information received directly from Aboriginal groups about impacts upon their rights.

[217] Additionally, we accept the submission of the Attorney General that the Joint Review Panel had the experience and statutory mandate to address mitigation, avoidance and environmental issues relating to the Project.

- (e) Canada either failed to conduct or failed to share with affected First Nations its legal assessment of the strength of their claims to Aboriginal rights or title

[218] In this section of the reasons, we consider the assertion that Canada failed to conduct an assessment of the strength of the applicant/appellant First Nations' claims to Aboriginal rights and title. We also consider the assertion that Canada was obliged to disclose the analysis that led to its assessment of the strength of each First Nation's claim.

[215] En l'espèce, nous sommes convaincus que le Canada n'a pas indûment délégué son obligation de consulter à la Commission d'examen conjoint, comme le démontre l'existence de la phase IV du processus de consultation, dans le cadre duquel il devait y avoir des consultations directes entre le Canada et les groupes autochtones concernés après le processus de la Commission d'examen conjoint et avant l'examen du projet par le gouverneur en conseil.

[216] Le processus de la Commission d'examen conjoint a permis aux groupes autochtones concernés de connaître toutes les particularités de la nature du projet et de ses répercussions possibles sur leurs intérêts, tout en leur donnant l'occasion d'exprimer leurs préoccupations. Comme nous l'avons déjà souligné, l'entente relative à la Commission d'examen conjoint a donné à la Commission le mandat de recevoir de l'information sur les effets possibles du projet sur les droits et les titres ancestraux, d'envisager des mesures d'atténuation le cas échéant et de rendre compte des renseignements reçus directement des groupes autochtones au sujet des répercussions sur leurs droits.

[217] De plus, nous retenons l'argument du procureur général selon lequel la loi donnait à la Commission d'examen conjoint le mandat d'examiner les questions d'atténuation, les questions d'évitement et les questions environnementales relatives au projet et la Commission d'examen conjoint avait l'expérience nécessaire pour le faire.

- e) Le Canada n'a pas apprécié la solidité juridique des revendications de droits ou de titres ancestraux des Premières Nations concernées, ou n'a pas communiqué à celles-ci les résultats de son appréciation

[218] Dans cette section des motifs, nous considérons la prétention que le Canada n'a pas apprécié la solidité des revendications de droits ou de titres ancestraux des demandeurs/appelants Premières Nations. Nous considérons également la prétention que le Canada devait communiquer les résultats de son appréciation de la solidité de chaque revendication des Premières Nations.

[219] For example, the Gitxaala state that despite repeated requests, government officials responsible for consultation did not assess the strength of their claims to governance and title rights. Nor did they ever receive Canada's assessment of the strength of its claims. They submit this is an error of law that wholly undermined the consultation process. This argument is echoed by the Gitga'at and the Haisla.

[220] The Haisla make the additional point that by letter dated April 18, 2012, the then Minister of the Environment advised their counsel that:

Based on the significant evidence filed by the Haisla Nation in the joint review panel process, the federal government is currently updating its strength of claim and depth of consultation assessment and will provide a description of this analysis to the Haisla Nation once this work is completed and ready to be released. The results of this updated assessment will be shared with potentially affected groups prior to consultation on the Panel's environmental assessment report (Phase IV of the consultation process). [Emphasis added.]

[221] Canada never provided the Haisla with a copy of its updated strength of claim and depth of consultation analysis and assessment.

[222] However, as set out in the portion of the letter extracted above, the Minister made no commitment to provide the actual legal analysis to the Haisla. He committed to providing only a description of the analysis, which we construe to be an informational component. In Phase IV, the Haisla were advised only in a general sense of the informational component. They were told that the preliminary strength of claim assessment "supports the Haisla Nation as having strong *prim[a] facie* claim to both Aboriginal rights and title within lands claimed as part of the Haisla traditional territory": Exhibit H to the affidavit of Ellis Ross, at page 152 of Haisla's compendium.

[219] Par exemple, la Nation Gitxaala affirme que, malgré des demandes répétées, les représentants du gouvernement chargés de la consultation n'ont pas apprécié la solidité de ses revendications en matière de droits de gouvernance et de titres ancestraux. De plus, elle n'a jamais reçu du Canada d'appréciation de la solidité de ses revendications. Elle fait valoir qu'il s'agit d'une erreur de droit qui minait totalement le processus de consultation. Cet argument est repris par la Première Nation des Gitga'at et la Nation des Haisla.

[220] La Nation des Haisla ajoute que, par une lettre datée du 18 avril 2012, le ministre de l'Environnement de l'époque a avisé ses avocats de ce qui suit :

[TRADUCTION] Compte tenu des éléments de preuve considérables que la Nation des Haisla a déposés dans le cadre du processus de la Commission d'examen conjoint, le gouvernement fédéral est en train de mettre à jour son appréciation de la solidité de la revendication ainsi que de la portée des consultations et fournira une description de son analyse à la Nation des Haisla lorsque les travaux seront terminés et que les résultats seront prêts à être communiqués. Les résultats de cette nouvelle appréciation seront communiqués aux groupes susceptibles d'être concernés avant la tenue de consultations sur le rapport d'évaluation environnementale de la Commission (phase IV du processus de consultation). [Non souligné dans l'original.]

[221] Le Canada n'a cependant jamais fourni à la Nation des Haisla une copie de la nouvelle appréciation ni l'analyse de la solidité de la revendication et de la portée des consultations.

[222] Cependant, tel qu'il est mentionné dans la partie de la lettre dont l'extrait figure ci-dessus, le ministre ne s'est pas engagé à fournir l'analyse juridique effectuée à la Nation des Haisla. Il s'est engagé uniquement à fournir une description de l'analyse, que nous considérons comme étant un élément d'information. Lors de la phase IV, la Nation des Haisla a été avisée de façon générale d'élément d'information. Elle a été avisée que l'appréciation préliminaire de la solidité de la revendication [TRADUCTION] « étay[ait] le fait qu'à première vue, la Nation des Haisla a[vait] une revendication de droits et de titres ancestraux solide à l'égard de terres qui, selon elle, [faisaient] partie du territoire traditionnel

[223] We reject the assertion that Canada failed to assess the strength of the First Nations' claims. The assertion is unsupported by the evidence.

[224] We also conclude that Canada was not obliged to share its *legal* assessment of the strength of claim. In *Halalt First Nation v. British Columbia (Minister of Environment)*, 2012 BCCA 472, [2013] 1 W.W.R. 791, at paragraph 123, the British Columbia Court of Appeal observed that, inherently, a legal assessment of the strength of a claim is subject to solicitor-client privilege.

[225] It is to be remembered that the strength of claim plays an important role in the nature and content of the duty to consult. Canada must disclose information on this and discuss it with affected First Nations. On this, Canada fell short. We say more about this below. But for present purposes we do not accept that Canada was obligated to share its *legal* analyses.

- (f) The Crown consultation did not reflect the terms, spirit and intent of the Haida Agreements

[226] The Haida have concluded a number of agreements with Canada and British Columbia to establish collaborative management of all of the terrestrial and portions of the marine area in Haida Gwaii. These agreements are:

- the 1993 Gwaii Haanas Agreement;
- the 2010 Gwaii Haanas Marine Agreement;
- the 2007 Strategic Land Use Plan Agreement [Haida Gwaii Strategic Land Use Agreement];
- the 2009 Kunst'aa Guu-Kunst'aayah Reconciliation Protocol;

des Haisla » : pièce H de l'affidavit d'Ellis Ross, à la page 152 du compendium de la Nation des Haisla.

[223] Nous rejetons l'argument que le Canada n'a pas apprécié la solidité des revendications des Premières Nations. L'argument n'est pas supporté par la preuve.

[224] Nous concluons également que le Canada n'était pas tenu de communiquer son analyse *juridique* portant sur la solidité des revendications. Au paragraphe 123 de l'arrêt *Halalt First Nation v. British Columbia (Minister of Environment)*, 2012 BCCA 472, [2013] 1 W.W.R. 791, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait remarquer que, de façon inhérente, une appréciation juridique de la solidité d'une revendication est visée par le secret professionnel de l'avocat.

[225] Nous devons rappeler que la solidité d'une revendication joue un rôle important dans la nature et le contenu du devoir de consulter. Le Canada doit communiquer les informations à cet égard et en discuter avec les Premières Nations concernées. Sur ce point, le Canada a échoué. Nous discutons de ce point plus bas mais pour les fins de la décision, nous n'estimons pas que le Canada devait communiquer son analyse *juridique*.

- f) Les consultations de la Couronne ne reflètent pas les conditions, l'esprit et l'objet des ententes avec les Haïda

[226] Les Haïda ont conclu de nombreuses ententes avec le Canada et la Colombie-Britannique en vue de la gestion concertée de l'ensemble des zones terrestres et de certaines parties des zones marines de l'archipel Haida Gwaii, soit les ententes suivantes :

- L'entente Gwaii Haanas de 1993;
- L'entente sur l'aire marine Gwaii Haanas de 2010;
- L'entente sur un plan d'utilisation stratégique des terres de 2007 [Entente sur un plan d'utilisation stratégique des terres Haida Gwaii];
- Le protocole de réconciliation Kunst'aa Guu-Kunst'aayah de 2009;

- the Memoranda of Understanding with Canada for cooperative management and planning of the sGaan Kinghlas (Bowie Seamount).

[227] The Haida argue that these agreements reinforce and individualize Canada's obligation to engage in a deep and specific level of consultation and accommodation with it. They submit that Canada followed only a "generic" consultation process, with the result that the Governor in Council's decision to approve the Project failed to respect the Haida Agreements.

[228] In our view, Canada correctly acknowledged its obligation to consult deeply with the applicant/appellant First Nations, including the Haida. This deep consultation required the highest level of consultation possible, short of consent. The Haida Agreements do not, in our view, modify or add to that obligation.

[229] There are four more concerns expressed by the applicant/appellant First Nations. We view these as overlapping and interrelated. They all focus primarily on Canada's execution of Phase IV of the consultation framework. Therefore, it is convenient to deal with them together.

- (g) The Joint Review Panel Report left too many issues affecting First Nations to be decided after the Project was approved
- (h) The consultation process was too generic: Canada and the Joint Review Panel looked at First Nations as a whole and failed to address adequately the specific concerns of particular First Nations
- (i) After the Report of the Joint Review Panel was finalized, Canada failed to consult adequately with First Nations

- Le protocole d'entente avec le Canada sur la gestion et la planification concertées de la zone sGaan Kinghlas (mont sous-marin Bowie).

[227] Les Haïda font valoir que ces ententes renforcent et individualisent l'obligation du Canada de mener des consultations approfondies et particulières auprès d'eux, et de trouver des mesures d'accommodement. Ils allèguent que le Canada n'a mené qu'un processus de consultation « générique », et qu'il s'ensuit que la décision du gouverneur en conseil d'approuver le projet ne respectait pas les ententes avec les Haïda.

[228] À notre avis, le Canada a reconnu à juste titre son obligation de tenir des consultations approfondies auprès des demandeurs/appellants Premières Nations, y compris les Haïda. Ce processus de consultation approfondie nécessitait le plus haut niveau de consultation possible, à moins qu'il y ait consentement. À notre avis, les ententes avec les Haïda ne modifient pas ni n'élargissent cette obligation.

[229] Il y a quatre préoccupations additionnelles exprimées par les demandeurs/appellants Premières Nations. D'après nous, ces questions se chevauchent et sont interreliées. Chacune d'elles porte essentiellement sur l'exécution par le Canada du processus de consultation dans le cadre de la phase IV. C'est pourquoi il convient de les examiner ensemble.

- g) Dans le rapport de la Commission d'examen conjoint, trop de questions ont été laissées en suspens afin d'être décidées après l'approbation du projet
- h) Le processus de consultation était trop générique. Le Canada et la Commission d'examen conjoint ont examiné les Premières Nations dans leur ensemble, et n'ont pas répondu de façon appropriée aux préoccupations particulières soulevées par certaines Premières Nations
- i) Suivant l'achèvement du rapport de la Commission d'examen conjoint, le Canada n'a pas mené de consultations

about their concerns and failed to give adequate reasons

adéquates auprès des Premières Nations au sujet de leurs préoccupations ni n'a fourni suffisamment de motifs

- (j) Canada did not assess or discuss title or governance rights and the impact on those rights

- j) Le Canada n'a pas apprécié ni examiné les titres ancestraux ou les droits de gouvernance ainsi que les répercussions sur ceux-ci

[230] To this point we have rejected the arguments advanced by the applicant/appellant First Nations that Canada's execution of the consultation process was unacceptable or unreasonable. However, for the reasons developed below, Canada's execution of the Phase IV consultation process was unacceptably flawed and fell well short of the mark. Canada's execution of Phase IV failed to maintain the honour of the Crown.

[230] Jusqu'à maintenant, nous avons rejeté les arguments avancés par les demandeurs/appelants Premières Nations selon lesquels l'exécution par le Canada du processus de consultation était inacceptable ou déraisonnable. Cependant, pour les motifs exposés ci-dessous, l'exécution par le Canada de la phase IV du processus de consultation comportait des lacunes inacceptables et a raté la cible. L'exécution de la phase IV du processus de consultation n'a pas permis de préserver l'honneur de la Couronne.

[231] We begin our analysis on this point by briefly setting forth some of the relevant legal principles that speak to what constitutes a meaningful process of consultation.

[231] Nous commençons notre analyse de ce point en énonçant brièvement certains des principes juridiques applicables qui traitent de ce qui constitue un véritable processus de consultation.

[232] As explained above, the duty to consult is a procedural duty grounded in the honour of the Crown. The "common thread on the Crown's part must be 'the intention of substantially addressing [Aboriginal] concerns' as they are raised ... through a meaningful process of consultation": *Haida Nation*, at paragraph 42. The "controlling question in all situations is what is required to maintain the honour of the Crown and to effect reconciliation between the Crown and the Aboriginal peoples with respect to the interests at stake": *Haida Nation*, at paragraph 45.

[232] Comme nous l'avons expliqué ci-dessus, l'obligation de consulter est une obligation procédurale qui découle de l'honneur de la Couronne. 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*, au 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*, au paragraphe 45.

[233] Meaningful consultation is not intended simply to allow Aboriginal peoples "to blow off steam" before the Crown proceeds to do what it always intended to do. Consultation is meaningless when it excludes from the outset any form of accommodation: *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388 [*Mikisew Cree First Nation*], at paragraph 54.

[233] La consultation véritable ne vise pas simplement à donner aux peuples autochtones l'occasion de « se défouler » avant que la Couronne fasse ce qu'elle avait toujours l'intention de faire. La consultation qui exclurait dès le départ toute forme d'accommodement serait vide de sens : *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388 [*Première nation crie Mikisew*], au paragraphe 54.

[234] As the Supreme Court observed in *Haida Nation*, at paragraph 46, meaningful consultation is not just a process of exchanging information. Meaningful consultation “entails testing and being prepared to amend policy proposals in the light of information received, and providing feedback.” As submitted by Kitasoo and Heiltsuk, where deep consultation is required, a dialogue must ensue that “leads to a demonstrably serious consideration of accommodation (as manifested by the Crown’s consultation-related duty to provide written reasons)” (emphasis added).

[235] Further, the Crown is obliged to inform itself of the impact the proposed project will have on an affected First Nation and communicate its findings to the First Nation: *Mikisew Cree First Nation*, at paragraph 55.

[236] Two final points are to be made. First, where the Crown knows, or ought to know, that its conduct may adversely affect the Aboriginal right or title of more than one First Nation, each First Nation is entitled to consultation based upon the unique facts and circumstances pertinent to it.

[237] Second, where the duty to consult arises in a project like this, the duty to consult must be fulfilled before the Governor in Council gives its approval for the issuance of a certificate by the National Energy Board. This is because the Governor in Council’s decision is a high-level strategic decision that sets into motion risks to the applicant/appellant First Nations’ Aboriginal rights: *Haida*, at paragraph 76. Further, future consultation, as contemplated by the Joint Review Panel conditions, would not involve the Crown and future decision making lies with the National Energy Board. Canada advised in the consultation process that the National Energy Board does not consult with First Nations at the leave to open stage.

[234] Comme la Cour suprême du Canada l’a 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 [...] des mises à l’épreuve et la modification éventuelle des énoncés de politique compte tenu des renseignements obtenus ainsi que la rétroaction ». Comme la Nation de Kitasoo et la Nation des Heiltsuk l’ont soutenu, lorsque la tenue de consultations approfondies est nécessaire, il faut qu’il y ait un dialogue qui [TRADUCTION] « mène à une prise en compte sérieuse et manifeste des accommodements (tel qu’il ressort de l’obligation qu’a la Couronne de présenter des motifs écrits relativement aux consultations). » [Non souligné dans l’original.]

[235] De plus, la Couronne est tenue de s’informer de l’effet qu’aura son projet sur une Première Nation concernée et de lui communiquer ses constatations : *Première nation crie Mikisew*, au paragraphe 55.

[236] Il nous reste deux points à souligner. Tout d’abord, si la Couronne sait, ou aurait dû savoir, que sa façon de faire pouvait 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.

[237] Ensuite, si une obligation de consulter découle d’un projet semblable à celui dont il est question en l’espèce, l’obligation de consulter doit être acquittée avant que le gouverneur en conseil autorise la délivrance d’un certificat par l’Office national de l’énergie, étant donné que la décision du gouverneur en conseil est une décision stratégique de haut niveau qui entraîne des risques pour les droits ancestraux des demandeurs/appellants Premières Nations autochtones : *Nation haïda*, au paragraphe 76. En outre, selon ce qui est prévu dans les conditions de la Commission d’examen conjoint, la Couronne ne prendrait pas part aux consultations ultérieures, et les décisions ultérieures seraient prises par l’Office national de l’énergie. Le Canada a fait savoir, dans le cadre du processus de consultation, que l’Office national de l’énergie ne consultait pas les Premières Nations à l’étape de l’autorisation de mise en service.

[238] Against this legal framework, we turn to the execution of Phase IV of the consultation process. We begin with a general comment about the importance of consultation at the beginning of Phase IV and the status of the consultation process at that time.

[239] Phase IV was a very important part of the overall consultation framework. It began as soon as the Joint Review Panel released its Report. That Report set out specific evaluations on matters of great interest and effect upon Aboriginal peoples, for example matters involving their traditional culture, the environment around them, and, in some cases, their livelihoods. Specific evaluations call for specific responses and due consideration of those responses by Canada. Specific feedback regarding specific matters dealt with in the Report may be more important than earlier opinions offered in the abstract.

[240] Further, the Report of the Joint Review Panel covers only some of the subjects on which consultation was required. Its terms of reference were narrower than the scope of Canada's duty to consult. One example of this is the fact that Aboriginal subjects that, by virtue of section 5 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, must be considered in an environmental assessment are a small subset of the subjects that make up Canada's duty to consult.

[241] In addition, in the Joint Review Panel's process:

- The proponent, Northern Gateway, made no assessment of the Project's impact on Aboriginal title: cross-examination of Enbridge witness, Haisla compendium, at pages 973, 975 and 976.
- Similarly, the Joint Review Panel made no determination regarding Aboriginal rights or the strength of an Aboriginal group's claim to an

[238] En fonction de ce cadre juridique, nous examinerons maintenant l'exécution de la phase IV du processus de consultation. Nous commencerons par une observation générale sur l'importance de la consultation au début de la phase IV et l'état du processus de consultation à ce moment.

[239] La phase IV était une partie très importante du processus de consultation dans son ensemble. Elle a commencé dès que la Commission d'examen conjoint a publié son rapport. Ce rapport présentait des appréciations particulières à l'égard de questions de grand intérêt et des effets sur les peuples autochtones, par exemple les questions concernant leur culture traditionnelle, leur environnement et, dans certains cas, leurs moyens de subsistance. Des appréciations particulières exigent des réponses particulières et un examen sérieux de ces réponses de la part du Canada. Une rétroaction propre à chacune des questions soulevée dans le rapport est probablement plus importante que les opinions fournies plus tôt dans le résumé.

[240] En outre, le rapport de la Commission d'examen conjoint ne traite que de certaines questions à l'égard desquelles des consultations étaient nécessaires. Son cadre de référence était plus étroit que la portée de l'obligation de consulter du Canada. Citons en exemple les questions autochtones qui, en application de l'article 5 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, doivent être examinées dans un contexte environnemental, font partie d'un petit sous-ensemble des questions qui forment l'obligation de consulter du Canada.

[241] Il a également été question de ce qui suit dans le cadre du processus de la Commission d'examen conjoint :

- Le promoteur, Northern Gateway, n'a pas évalué les répercussions du projet sur les titres ancestraux : contre-interrogatoire du témoin d'Enbridge, compendium de la Nation des Haisla CR, aux pages 973, 975 et 976.
- De même, la Commission d'examen conjoint n'a tiré aucune conclusion concernant les droits ancestraux ou la solidité du droit ou du titre ancestral

Aboriginal right or title: Report of the Joint Review Panel [Vol. 2], at page 47.

revendiqué par un groupe autochtone : rapport de la Commission d'examen conjoint [Volume 2], à la page 47.

- Northern Gateway confined its assessment of the Project's impact on Aboriginal and treaty rights to an assessment of the potential impacts upon the rights to harvest and use land and resources: cross-examination of Enbridge witness, transcript, vol. 149, line 22890; Report of the Joint Review Panel [Vol. 2], at page 42.
- Dans son évaluation des répercussions du projet sur les droits ancestraux et issus de traités, Northern Gateway s'est contenté d'évaluer les effets possibles sur les droits de récolte ainsi que sur les droits d'utiliser les terres et les ressources : contre-interrogatoire du témoin d'Enbridge, transcription, volume 149, ligne 22890, rapport de la Commission d'examen conjoint [Volume 2], à la page 42.
- In assessing the various rights that Aboriginal peoples enjoy, including hunting, fishing and gathering rights, Northern Gateway did not look specifically at a single community's right. Rather it looked at rights "generally speaking": cross-examination of Enbridge witness, transcript, vol. 112, lines 9990–9993.
- Dans son appréciation des divers droits dont jouissent les peuples autochtones, notamment les droits de chasse, de pêche et de cueillette, Northern Gateway n'a pas examiné plus particulièrement les droits de chacune des collectivités. Il a plutôt examiné les droits [TRADUCTION] « de façon générale » : contre-interrogatoire du témoin d'Enbridge, transcription, volume 112, lignes 9990 à 9993.
- The Joint Review Panel accepted this approach and relied upon it to conclude that the Project would not significantly adversely affect the interests of Aboriginal groups that use lands, waters or resources in the Project area: Report of the Joint Review Panel [Vol. 2], at pages 49 and 50.
- La Commission d'examen conjoint a accepté cette démarche et s'est fondée sur celle-ci pour conclure que le projet ne porterait pas atteinte de façon considérable aux intérêts des groupes autochtones qui utilisaient les terres, les eaux ou les ressources dans le secteur visé par le projet : rapport de la Commission d'examen conjoint [Volume 2], aux pages 49 et 50.

[242] As for the status of the consultation process at the start of Phase IV, this was Canada's first opportunity—and its last opportunity before the Governor in Council's decision—to engage in direct consultation and dialogue with affected First Nations on matters of substance, not procedure, concerning the Project: Crown Consultation Report, Exhibit A to the affidavit of Jim Clarke (the Director General, Operations of the Major Project Management Office, Natural Resources Canada).

[242] Quant à l'état du processus de consultation au début de la phase IV, il s'agissait de la première opportunité du Canada—et de sa dernière avant la décision du gouverneur en conseil—pour mener des consultations et un dialogue directs avec les Premières Nations concernées sur des questions de fond, et non de procédure, concernant le projet : rapport de consultation de la Couronne, pièce A de l'affidavit de Jim Clarke (directeur général, Bureau de gestion des grands projets, Ressources naturelles Canada).

[243] It is in this context that Canada entered Phase IV of the consultation process. Its goal was stated, in Canada's Aboriginal Consultation Framework, to be to:

[243] C'est dans ce contexte que le Canada a amorcé la phase IV du processus de consultation. Dans le cadre de consultation auprès des Autochtones du Canada, il est énoncé que les consultations avaient pour objectif :

... seek to establish whether all concerns about potential project impacts on potential or established Aboriginal and treaty rights have been characterized accurately. It will also consult on the manner and extent to which any recommended mitigation measures might serve to accommodate these concerns, and whether there remain any outstanding issues.

[...] chercher à savoir si toutes les préoccupations au sujet des effets possibles du projet sur les droits ancestraux et issus de traités, potentiels ou établis, avaient bien été caractérisées. Le Canada tiendra aussi des consultations sur la façon dont les mesures d'atténuation recommandées pourraient permettre de répondre à ces préoccupations et sur l'ampleur que ces mesures pourraient avoir, et cherchera à savoir s'il y a encore des questions à régler.

[244] We turn now to consider Canada's execution of the process of consultation under Phase IV—a process we would characterize as falling well short of the minimum standards prescribed by the Supreme Court in its jurisprudence.

[244] Nous examinerons maintenant l'exécution par le Canada du processus de consultation dans le cadre de la phase IV, un processus qui, selon nous, est bien en deçà des normes minimales prescrites par la jurisprudence de la Cour suprême du Canada.

[245] Canada initiated Phase IV shortly before the Joint Review Panel issued its Report. In a letter dated December 5, 2013, Canada advised that:

[245] Le Canada a lancé la phase IV peu de temps avant la publication du rapport de la Commission d'examen conjoint. Dans une lettre datée du 5 décembre 2013, le Canada a fait savoir ce qui suit :

- consultation meetings would begin shortly after the release of the Report of the Joint Review Panel;
 - 45 days was allotted to meet with all affected Aboriginal groups;
 - the Report of the Joint Review Panel and a Crown Consultation Report would be used to inform the Governor in Council about whether to order the National Energy Board to issue a certificate;
 - affected First Nations were given 45 days to advise Canada in writing of their concerns by responding to the following three questions:
 - Does the Panel Report appropriately characterize the concerns you raised during the Joint Review Panel process?
 - Do the recommendations and conditions in the Panel Report address some/all of your concerns?
- les rencontres de consultation commenceraient peu de temps après la publication du rapport de la Commission d'examen conjoint;
 - un délai de 45 jours était prévu pour rencontrer tous les groupes autochtones concernés;
 - le rapport de la Commission d'examen conjoint et un rapport de consultation de la Couronne seraient utilisés pour informer le gouverneur en conseil afin qu'il puisse savoir s'il convient d'ordonner à l'Office national de l'énergie de délivrer un certificat;
 - les Premières Nations concernées auraient 45 jours pour aviser le Canada par écrit de leurs préoccupations en répondant aux trois questions suivantes :
 - Dans le rapport de la Commission, les préoccupations que vous avez soulevées dans le cadre du processus de la Commission d'examen conjoint ont-elles bien été caractérisées?
 - Les recommandations formulées et les conditions dans le rapport de la Commission répondent-elles à certaines de vos préoccupations ou à l'ensemble de celles-ci?

- Are there any “outstanding” concerns that are not addressed in the Panel Report? If so, do you have recommendations (i.e., proposed accommodation measures) on how to address them?
- Y a-t-il des préoccupations « non résolues » auxquelles le rapport de la Commission n’a pas permis de répondre? Dans l’affirmative, avez-vous des recommandations (c.-à-d., des mesures d’accommodement proposées) à formuler quant à la façon dont on pourrait y répondre?
- Such responses “must not exceed 2–3 pages in length and must be received by April 16, 2014.”
- Les réponses [TRADUCTION] « ne [devraient] pas dépasser 2 à 3 pages et [devraient] être reçues au plus tard le 16 avril 2014 ».

[246] The First Nations responded that the timelines were arbitrarily short and insufficient to provide for meaningful consultation: see, for example, the Haisla’s letter of December 12, 2013, Exhibit H to the affidavit of Chief Councillor Ellis Ross, at page 787.

[246] Les Premières Nations ont répondu que de courts délais avaient été établis de façon arbitraire et qu’ils étaient insuffisants pour permettre la tenue de véritables consultations : voir, par exemple, la lettre des Haisla datée du 12 décembre 2013, pièce H de l’affidavit du conseiller en chef Ellis Ross, à la page 787.

[247] At consultation meetings, the First Nations requested that the timelines for consultation be extended. Evidence illustrating this is found in the affidavit of Chief Ellis Ross of the Haisla:

[247] Lors des rencontres de consultation, les Premières Nations ont demandé que les délais prévus dans le calendrier de consultation soient prorogés. L’affidavit du conseiller en chef des Haisla, Ellis Ross, en est un exemple :

[TRADUCTION]

107. During the March Meeting, the Haisla Nation asked the Crown representatives to extend the timeline for consultation. Mr. Clarke advised that the timelines were driven by legislation which they themselves were not authorized to extend. We pointed out that the relevant legislation provided the Crown with an ability to extend the timelines. Mr. Clarke conceded that this was correct. The Haisla Nation therefore asked the Crown representatives to ask the Minister to extend the timelines for the Decision to allow meaningful consultation. Mr. Clarke agreed to do so.

107. Au cours de la rencontre tenue en mars, la Nation des Haisla a demandé aux représentants de la Couronne de proroger les délais prévus pour les consultations. M. Clarke a répondu que les délais étaient dictés par les lois et que les représentants de la Couronne n’avaient pas l’autorisation de les proroger. Nous avons souligné que les lois applicables permettaient à la Couronne de proroger les délais. M. Clarke a concédé que c’était le cas. La Nation des Haisla a donc demandé aux représentants de la Couronne de demander au ministre de proroger les délais prévus pour la prise de la décision afin de permettre la tenue de véritables consultations. M. Clarke a accepté de le faire.

108. During the April Meeting, Mr. Clarke told us that he had communicated the Haisla Nation’s request to extend the deadlines to the Minister of Natural Resources, but the Minister had failed to respond to this request. In our May 7, 2014 letter we requested again that a decision on the Project be delayed to allow meaningful consultation to take place. The Crown refused. [Emphasis added.]

108. Au cours de la rencontre tenue en avril, M. Clarke nous a dit qu’il avait communiqué la demande de prorogation des délais de la Nation des Haisla au ministre des Ressources naturelles, mais que le ministre n’y avait pas répondu. Dans notre lettre du 7 mai 2014, nous avons de nouveau demandé que la décision relative au projet soit reportée pour permettre la tenue de véritables consultations. La Couronne a refusé. [Non souligné dans l’original.]

[248] The Haisla Phase IV consultation meeting notes of March 3, 2014 and April 8–9, 2014 are consistent with this evidence.

[249] As the Haisla observed at their consultation meeting, no explanation “from anyone at all” was ever provided for the rush “and that’s a problem”.

[250] Throughout the consultation, the Haisla asked that Canada defer consideration of the Project. Specifically, the Haisla requested that the decision be delayed to allow for scientific studies. Taylor Cross, Deputy Chief Councillor of the Haisla, gave evidence that:

15. We further identified the lack of certainty surrounding the Crown’s preparedness for potential spills of diluted bitumen as a reason to consider delaying Project approval. The Coast Guard Canada representative, Mr. Roger Girouard, could not say how long it would take Canada to be prepared to provide effective ocean-based spill response, even with an unlimited budget. Mr. Girouard further stated that ocean-based spill response requires additional information about the relevant waters, the nature of the products to be transported, and appropriate governance, management, and equipment requirements before it can be effective. We asked for a delay of the decision to allow for the proper scientific studies to take place. Canada’s representatives told us they would place this request before decision-makers. If they did, it was ignored.

16. Ms. Maclean [of Environment Canada] stated that the spill modelling done conducted [sic] by Northern Gateway Pipelines Inc. and Northern Gateway Pipelines Limited Partnership (collectively “Northern Gateway”) did not include stochastic modelling, which would have provided a better understanding about how environmental conditions would influence a spill. We asked for a delay of the decision until this modelling had been provided. Canada’s representatives told us they would place this request before decision-makers. If they did, it was ignored. [Emphasis added.]

[248] Les comptes rendus de réunion du 3 mars 2014 ainsi que des 8 et 9 avril 2014 relatifs aux consultations tenues avec les Haisla dans le cadre de la phase IV sont compatibles avec cet élément de preuve.

[249] Comme les Haisla l’ont fait remarquer lors de leur rencontre de consultation, [TRADUCTION] « personne » n’a jamais expliqué pourquoi il y avait urgence, [TRADUCTION] « d’où le problème ».

[250] Tout au long du processus de consultation, la Nation des Haisla a demandé au Canada de reporter l’examen du projet. Plus particulièrement, elle demandait que la décision soit reportée pour permettre la réalisation d’études scientifiques. Taylor Cross, conseiller en chef adjoint de la Nation des Haisla, a déclaré ce qui suit dans son témoignage :

[TRADUCTION]

15. Nous avons aussi mentionné que le manque de certitude quant à l’état de préparation de la Couronne en cas de déversement de bitume dilué faisait partie des raisons pour lesquelles l’approbation du projet devrait être reportée. Le représentant de la Garde côtière canadienne, M. Roger Girouard, n’a pas pu dire combien de temps il faudrait au Canada pour être prêt à intervenir efficacement en cas de déversement dans l’océan, même avec un budget illimité. M. Girouard a également déclaré qu’en cas de déversement dans l’océan, pour que l’intervention soit efficace, des renseignements supplémentaires étaient nécessaires concernant les eaux visées, la nature des produits à transporter ainsi que les exigences pertinentes en matière de gouvernance, de gestion et de matériel. Nous avons demandé un report de la décision pour permettre la réalisation d’études scientifiques en bonne et due forme. Les représentants du Canada nous ont dit qu’ils soumettraient la demande aux décideurs. S’ils l’ont fait, les décideurs n’en ont pas tenu compte.

16. M^{me} Maclean [d’Environnement Canada] a affirmé que la modélisation des déversements effectuée par Northern Gateway Pipelines Inc. et Northern Gateway Pipelines Limited Partnership (collectivement appelées « Northern Gateway ») n’était pas fondée sur le modèle stochastique, qui aurait donné une meilleure idée de l’incidence que les conditions environnementales pourraient avoir sur un déversement. Nous avons demandé un report de la décision jusqu’à ce que les résultats d’une telle modélisation soient fournis. Les représentants du Canada nous ont dit qu’ils soumettraient la demande

aux décideurs. S'ils l'ont fait, les décideurs n'en ont pas tenu compte. [Non souligné dans l'original.]

[251] While the Governor in Council was subject to a deadline for decision under subsection 54(3) of the *National Energy Board Act*, that subsection allows the Governor in Council, by order, to extend that deadline. The importance and constitutional significance of the duty to consult provides ample reason for the Governor in Council, in appropriate circumstances, to extend the deadline. There is no evidence that Canada gave any thought to asking the Governor in Council to extend the deadline.

[252] But even if Canada did not wish to ask the Governor in Council for an extension, we consider that a pre-planned, organized process of Phase IV consultation would have allowed Canada to receive in time all relevant views, discuss and consider them, provide any necessary explanations and, if appropriate, make suitable recommendations to the Governor in Council, including any further conditions to be added to any approval of the Project.

[253] By and large, many of the First Nations' concerns were specific, focused and brief; Canada's actions in response equally could have been specific, focused and brief.

[254] Jim Clarke was involved in Phase IV and "acted as Canada's lead" on issues that involved the mandates of two or more government departments. Under cross-examination on his affidavit by counsel for Haisla, Mr. Clarke himself acknowledged that consultation on some issues fell well short of the mark:

323. Q. Now you indicated yesterday that you had to review the meeting notes to assess whether Canada and Haisla had been able to address the agenda items.

[251] Tandis que le gouverneur en conseil était assujéti à un délai pour prendre sa décision, conformément au paragraphe 54(3) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, ce paragraphe lui permet, par décret, de proroger ce délai. L'importance et la portée constitutionnelle de l'obligation de consulter donnent largement raison au gouverneur en conseil, dans les circonstances appropriées, de proroger le délai. Rien n'indique que le Canada a pensé à demander au gouverneur en conseil de proroger le délai.

[252] Cependant, même si le Canada ne souhaitait pas demander au gouverneur en conseil une prorogation, nous somme d'avis qu'un processus de consultation planifié à l'avance et organisé dans le cadre de la phase IV aurait permis au Canada de recevoir à temps tous les points de vue pertinents, de les débattre et de les examiner, de fournir toutes les explications nécessaires et, le cas échéant, de formuler des recommandations appropriées au gouverneur en conseil, notamment l'ajout de toute autre condition aux fins de l'approbation du projet.

[253] En général, bon nombre des préoccupations exprimées par les Premières Nations étaient précises, ciblées et succinctes; les mesures prises par le Canada en réponse à celles-ci auraient pu être tout aussi précises, ciblées et succinctes.

[254] Jim Clarke, a participé à la phase IV et [TRANSDUCTION] « a agi à titre de représentant principal du Canada » pour les questions portant sur les mandats d'au moins deux ministères. Lorsqu'il a été contre-interrogé sur son affidavit par l'avocat de la Nation des Haisla, M. Clarke lui-même a reconnu que les consultations menées à l'égard de certaines questions étaient nettement insuffisantes :

[TRANSDUCTION]

323. Q. Vous avez mentionné hier que vous avez dû revoir les comptes rendus des réunions pour savoir si le Canada et la Nation des Haisla avaient pu aborder les points à l'ordre du jour.

Generally is it your conclusion that Haisla and Canada had a full discussion of the items on the two agendas?

A. I focused my efforts in looking at the notes on the second agenda, and I apologize if that was not the understanding yesterday.

I looked at specifically all the items under 7(c) of the second agenda, all the issues, the extent to which panel terms and conditions addressed concerns of potential impacts, those 20 items.

324. Q. And generally is it your conclusion that Haisla and Canada had a full discussion of those 20 items?

A. I would say the general conclusion is that there was not a full discussion of those 20 items. There was discussion of a majority of those items. My assessment last evening was that there was discussion of 12 of 20 items.

...

327. Q. Would you say that the Haisla's concerns about potential impacts on hunting is one of the items that was fully discussed?

A. I would say, no, it wasn't.

328. Q. What about trapping?

A. I would say, no, it wasn't.

329. Q. How about marine spills? Was there a discussion about how marine spills may have negative effects on the marine environment?

A. Yes, in many different parts of the meeting.

330. Q. Was there a discussion of how Haisla rely on marine resources in the exercise of their Aboriginal rights?

A. I believe so.

331. Q. Could you point me to that in the meeting notes?

De façon générale, avez-vous conclu que la Nation des Haisla et le Canada avaient discuté à fond des points figurant sur les deux ordres du jour?

R. Je me suis concentré sur le compte rendu relatif au deuxième ordre du jour, et je m'excuse si ce n'était pas ce dont nous avons convenu hier.

J'ai porté particulièrement attention à tous les points figurant à l'alinéa 7c) du deuxième ordre du jour, à toutes les questions, à la mesure dans laquelle les conditions de la Commission permettaient de répondre aux préoccupations soulevées concernant les répercussions possibles, ces 20 points-là.

324. Q. Et, de façon générale, avez-vous conclu que la Nation des Haisla et le Canada avaient discuté à fond de ces 20 points?

R. D'après moi, de façon générale, je conclurais que ces 20 points n'ont pas été analysés de façon approfondie. La plupart de ces points ont été abordés. D'après ce que j'ai pu constater hier soir, on a abordé 12 des 20 points à l'ordre du jour.

[...]

327. Q. D'après vous, les préoccupations des Haisla au sujet des répercussions possibles sur la chasse font-elles partie des points qui ont été analysés de façon approfondie?

R. À mon avis, non.

328. Q. Et celles relatives au piégeage?

R. À mon avis, non.

329. Q. Et celles relatives aux déversements en milieu marin? A-t-on discuté des effets néfastes que les déversements en milieu marin pourraient avoir sur ce milieu?

R. Oui, dans de nombreuses parties de la réunion.

330. Q. A-t-on discuté de la façon dont les Haisla dépendent des ressources marines dans le cadre de l'exercice de leurs droits ancestraux?

R. Je crois que oui.

331. Q. Pourriez-vous m'indiquer où exactement dans le compte rendu de la réunion?

A. I have multiple Adobe references to where marine spills were discussed but that specific item I can't point you to right now.

332. Q. Was there a discussion of how the negative effects on the environment might impact the marine resources Haisla relies on in a way that might infringe its Aboriginal rights?

A. I don't recall if that was specifically part of the discussion.

333. Q. So you do not recall going into that level of detail?

A. I don't. [Emphasis added.]

[255] A further problem in Phase IV was that, in at least three instances, information was put before the Governor in Council that did not accurately portray the concerns of the affected First Nations. Canada was less than willing to hear the First Nations on this and to consider and, if necessary, correct the information.

[256] The first instance involved the Kitasoo. On June 9, 2014, Messrs. Maracle (the Crown Consultation Coordinator) and Clarke wrote acknowledging some of the Kitasoo's concerns expressed during Phase IV and enclosing that portion of the Crown Consultation Report that outlined its position and summarized its concerns.

[257] Counsel for Kitasoo responded by letter dated June 17, 2014, identifying several inaccuracies in the letter of Messrs. Maracle and Clarke and the [Crown] Consultation Report. Points made included the following:

- The Crown's letter incorrectly represented the Kitasoo's position respecting mitigation.
- The [Crown] Consultation Report states "[t]he shipping route would cross the northwestern

R. J'ai de multiples renvois dans Adobe aux endroits où il était question des déversements en milieu marin, mais, à ce moment-ci, je ne peux pas vous dire où ce point précis a été abordé.

332. Q. A-t-on discuté de la façon dont les effets néfastes sur l'environnement pourraient avoir des répercussions sur les ressources marines dont dépendent les Haisla, d'une manière qui pourrait porter atteinte à leurs droits ancestraux?

R. Je ne me rappelle pas si ce point a été expressément abordé.

333. Q. Vous ne vous souvenez pas d'être ainsi entré dans les détails?

R. Je ne m'en souviens pas. [Non souligné dans l'original.]

[255] Un autre problème dans de la phase IV a été, au moins à trois reprises, que les renseignements qui ont été soumis au gouverneur en conseil ne dressaient pas un portrait fidèle des préoccupations des Premières Nations concernées. Le Canada n'était pas prêt à entendre les Premières Nations à ce sujet et à les étudier et, si nécessaire, à corriger les renseignements.

[256] La première fois, il s'agissait de la Nation de Kitasoo. Le 9 juin 2014, M. Maracle (le coordonnateur des consultations de la Couronne) et M. Clarke ont écrit une lettre dans laquelle ils ont pris acte d'un certain nombre des préoccupations exprimées par la Nation de Kitasoo durant la phase IV, et ils ont joint la partie du rapport de consultation de la Couronne qui faisait état de son point de vue et résumait ses préoccupations.

[257] L'avocat de la Nation de Kitasoo a répondu par lettre datée du 17 juin 2014. Dans cette lettre, il a relevé plusieurs inexactitudes dans la lettre de Messieurs Maracle et Clarke et le rapport de consultation. Les points suivants ont été soulevés :

- La lettre de la Couronne a mal formulé le point de vue de la Nation de Kitasoo concernant l'atténuation.
- Le rapport de consultation mentionne que [TRADUCTION] « [I]a voie d'expédition traverserait

portion of the Kitsoo/Xai'xais First Nation for approximately 45 km. The confined channel assessment area is approximately 56 km from the proposed shipping route". This was incorrect and inconsistent with the Kitsoo's evidence that its territory extended into the confined channel assessment area.

- The information provided in the Crown Consultation Report was insufficient. By presenting the Kitsoo's concerns in a summary and high-level fashion, the decision maker had insufficient information to assess the Kitsoo's outstanding concerns respecting the Project.

[258] As counsel's information was conveyed to Canada only on the date the decision to approve the Project was made, the record before us does not demonstrate that these errors were corrected or brought to the attention of the Governor in Council.

[259] On June 9, 2014, a similar letter was sent to the Heiltsuk. Again, its counsel responded by letter dated June 17, 2014. Errors and omissions identified by counsel included:

- an incorrect representation of the Heiltsuk's position on mitigation.
- an incorrect statement that the "proposed shipping lane would be between 30 and 70 km north of the northern and western boundaries of the traditional territories". The Heiltsuk's evidence was that the proposed southern approach shipping lane intersected with a significant portion of the Heiltsuk's traditional territory.
- an incorrect representation of the Heiltsuk's position on equity participation.

la partie nord-ouest de la Première Nation de Kitsoo Xai'xais sur une longueur d'environ 45 km. La zone d'évaluation des chenaux en eaux confinées est située à environ 56 km de la voie d'expédition envisagée ». Cela était inexact et incompatible avec la preuve de la Nation de Kitsoo selon laquelle son territoire s'étendait jusque dans la zone d'évaluation des chenaux en eaux confinées.

- Les renseignements fournis dans le rapport de consultation de la Couronne étaient insuffisants. En formulant les préoccupations de la Nation de Kitsoo dans un exposé concis et général, le décideur ne disposait pas de suffisamment de renseignements pour pouvoir évaluer les préoccupations de la Nation de Kitsoo concernant le projet.

[258] Comme les renseignements de l'avocat ont été transmis au Canada seulement le jour où la décision d'approuver le projet a été prise, le dossier dont nous sommes saisis ne démontre pas que ces erreurs ont été corrigées ou portées à l'attention du gouverneur en conseil.

[259] Le 9 juin 2014, une lettre similaire a été envoyée à la Nation des Heiltsuk. Une fois de plus, son avocat a répondu par lettre, celle-ci datée du 17 juin 2014. L'avocat a notamment relevé les erreurs et les omissions suivantes :

- Formulation erronée du point de vue de la Nation des Heiltsuk sur l'atténuation.
- Mention erronée selon laquelle la [TRADUCTION] « voie d'expédition envisagée serait située entre 30 et 70 km au nord des limites nord et ouest des territoires traditionnels ». La preuve de la Nation des Heiltsuk indiquait que la partie sud de la voie d'expédition envisagée pénétrait dans une partie importante du territoire traditionnel des Heiltsuk.
- Formulation erronée du point de vue de la Nation des Heiltsuk sur la participation.

- a failure to identify the central issue raised by the Heiltsuk regarding the lack of baseline work and the lack of spill modelling in the Open Water Area.

[260] In the letter of June 17, 2014, counsel argued insufficient information was provided to the decision maker that would allow assessment of the Heiltsuk's outstanding concerns. As was the case with the letter sent by counsel for the Kitasoo, this letter was only received the day the decision to approve the Project was made.

[261] The final example comes from the June 9, 2014 letter with appended extracts of the Crown Consultation Report received by the Nadleh and the Nak'azdli. In a letter dated June 16, 2014, the Yinka Dene Alliance Coordinator highlighted issues and inaccuracies in this letter:

- The letter inaccurately stated that, at the Phase IV consultation meeting, federal officials discussed Canada's priorities regarding oil spill prevention and response and discussed the opportunity for future involvement in oil spill planning and response when such dialogue did not occur.
- The Crown failed to respond to the key concerns and impacts raised by the Nadleh and the Nak'azdli regarding the risks of an oil spill in their territory.

[262] As with the Kitasoo and the Heiltsuk, the Nadleh and the Nak'azdli also responded to Canada asserting that the Governor in Council did not have sufficient information to make a decision. The record does not demonstrate that the Governor in Council had this information before making its decision. While Canada did respond acknowledging the errors in the Phase IV

- Défaute de cerner la question principale soulevée par la Nation des Heiltsuk concernant l'absence de travaux de référence et l'absence de modélisation des déversements dans les zones d'eau libre.

[260] Dans la lettre du 17 juin 2014, l'avocat a fait valoir que les renseignements qui avaient été fournis au décideur n'étaient pas suffisants pour lui permettre d'apprécier les préoccupations non résolues de la Nation des Heiltsuk. Les renseignements tels qu'ils figuraient dans la lettre envoyée par l'avocat pour le compte de la Nation de Kitasoo ont été reçus seulement le jour où la décision d'approuver le projet a été prise.

[261] Comme dernier exemple, mentionnons la lettre du 9 juin 2014 comportant des extraits joints en annexe du rapport de consultation de la Couronne qui a été reçue par la Bande des Nadleh et la Bande des Nak'azdli. Dans une lettre datée du 16 juin 2014, le coordonnateur de l'Alliance Yinka Dene a soulevé les questions en litige et les inexactitudes suivantes :

- La lettre mentionnait à tort que, à la rencontre tenue dans le cadre de la phase IV du processus de consultation, des fonctionnaires fédéraux avaient discuté des priorités du Canada concernant la prévention et les interventions en matière de déversements de pétrole et avaient discuté de la possibilité d'une participation éventuelle en matière de prévention et d'intervention en cas de déversement de pétrole, alors que de telles discussions n'avaient pas eu lieu.
- La Couronne n'a pas répondu aux principales préoccupations et à la question des répercussions soulevées par la Bande des Nadleh et la Bande des Nak'azdli relativement aux risques d'un déversement de pétrole sur leur territoire.

[262] Tout comme la Nation de Kitasoo et la Nation des Heiltsuk, la Bande des Nadleh et la Bande des Nak'azdli ont également répondu au Canada en prétendant que le gouverneur en conseil ne disposait pas de suffisamment de renseignements pour pouvoir prendre une décision. Le dossier ne démontre pas que le gouverneur en conseil détenait ces renseignements avant de

discussions, it did not indicate any steps taken to correct the errors or state what effect, if any, this had on the Governor in Council's decision: July 14 letter, major book of documents, at page 469.

[263] Also of significant concern is the lack of meaningful dialogue that took place in Phase IV.

[264] During the consultation meetings, Aboriginal groups were repeatedly told that Canada's representatives were:

- working on the assumption that the Governor in Council needed to make the decision by June 17, 2014;
- tasked with information gathering, so that their goal was to get the best information to the decision makers;
- not authorized to make decisions;
- required to complete the Crown Consultation Report by April 16, 2014.

[265] When the role of Canada's representatives is seen in this light, it is of no surprise that a number of concerns raised by Aboriginal groups—in our view, concerns very central to their legitimate interests—were left unconsidered and undiscussed. This fell well short of the conduct necessary to meet the duty to consult. There are several examples.

[266] At the consultation meeting on April 22, 2014, the Kitasoo made detailed submissions about why the Project's impacts on their Aboriginal rights could not be assessed without what they referred to as the "missing information". The Kitasoo representatives explained that they required information about spill modelling and assessment, the behaviour (or fate) of bitumen in the

prendre sa décision. Bien que le Canada ait effectivement répliqué en reconnaissant les erreurs qui s'étaient produites au cours des discussions tenues dans le cadre de la phase IV, il n'a fait mention d'aucune mesure qui aurait été prise afin de corriger ces erreurs et il n'a pas dit quel effet, le cas échéant, cela avait eu sur la décision du gouverneur en conseil (lettre du 14 juillet, recueil principal de documents, à la page 469).

[263] Il est également très inquiétant de constater que la phase IV du processus de consultation n'a comporté aucun véritable dialogue.

[264] Au cours des séances de consultation, les groupes autochtones se sont fait dire à plusieurs reprises que les représentants du Canada :

- travaillaient en tenant pour acquis que le gouverneur en conseil devait prendre une décision au plus tard le 17 juin 2014;
- étaient chargés de recueillir des renseignements, de sorte que leur objectif était de fournir les meilleurs renseignements possible aux décideurs;
- n'étaient pas autorisés à prendre des décisions;
- devaient produire le rapport de consultation de la Couronne au plus tard le 16 avril 2014.

[265] 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. On peut donner plusieurs exemples.

[266] Lors de la séance de consultation du 22 avril 2014, la Nation de Kitasoo a formulé des arguments détaillés au sujet des raisons pour lesquelles les incidences du projet sur leurs droits ancestraux ne pouvaient pas être évaluées sans que l'on détienne ce qu'elle a appelé les [TRADUCTION] « renseignements manquants ». Les représentants de la Nation de Kitasoo ont expliqué

water, a baseline marine inventory and what the spill recovery would look like. Thereafter, Chief Clark Robinson asked Canada's representatives "who will engage in consultation, will you?" Canada's response was delivered by two of its representatives: Joseph Whiteside, a senior policy analyst with Natural Resources, and Brett Maracle, the Crown Consultation Coordinator. Their response shows little in terms of facilitating consultation; indeed, it shows just how short of the mark the Phase IV consultation was:

Joseph Whiteside: Building on what I just said – we're not decision makers, our job is to collect information to make sure that within the individual expertise of Environment Canada, Transport Canada, my department Natural Resources and others, we fully understand what you're trying to tell us, and so the decision making is at a different level. Particularly on the matter of funding. They haven't given us funding approval authority yet – maybe they will. But, our job is to take the best recommendations forward that we can. We may have some questions as the afternoon unfolds, to detail more of what was in your slide presentation – I assume we have a copy of the slide presentation. That will help our analysis as well.

So, part of our responsibility today is not to make decisions, or to tell you we have decisions that we can make. It is to tell you we will do the best job we can in taking your recommendations forward so that they are properly understood within our respective departments.

Brett Maracle: And considered.

Joseph Whiteside: and considered.

Chief Clark Robinson: Will [you] make a recommendation on consultation?

qu'ils avaient besoin de renseignements concernant la modélisation et l'évaluation des déversements, le comportement (ou ce qu'il advient) du bitume dans l'eau, qu'ils avaient besoin d'un inventaire marin de base et de savoir à quoi ressemblerait la récupération après un déversement. Ensuite, le chef Clark Robinson a posé la question suivante aux représentants du Canada : [TRADUCTION] « Qui va tenir des consultations, est-ce que ce sera vous? » La réponse du Canada a été donnée par deux de ses représentants, Joseph Whiteside, analyste principal des politiques à Ressources naturelles, et Brett Maracle, le coordonnateur des consultations de la Couronne. Elle fait mention de peu de choses pour faciliter les consultations; en effet, elle démontre seulement à quel point la phase IV du processus de consultation a raté la cible :

[TRADUCTION]

Joseph Whiteside : pour faire suite à ce que je viens de dire – nous ne sommes pas des décideurs, notre travail consiste à recueillir des renseignements afin de s'assurer que, dans le cadre de nos domaines d'expertise particuliers, Environnement Canada, Transport Canada, mon ministère, à savoir Ressources naturelles, et d'autres ministères, nous comprenions parfaitement ce que vous tentez de nous dire, et, donc, la prise de décision se situe à un autre niveau. Particulièrement en ce qui concerne la question du financement. Nous n'avons pas encore reçu de pouvoir d'autorisation de financement – peut-être que nous en recevrons un. Mais, notre travail consiste à retenir les meilleures recommandations et à les soumettre. Nous aurons peut-être des questions à vous poser au cours de l'après-midi afin d'obtenir plus de détails en ce qui a trait aux renseignements figurant dans votre diaporama – je présume que nous avons une copie du diaporama. Cela facilitera également notre analyse.

Donc, notre tâche aujourd'hui ne consiste pas à prendre des décisions ou à vous dire que nous pouvons prendre certaines décisions. Notre tâche consiste à vous dire que nous ferons de notre mieux pour soumettre vos recommandations de telle sorte qu'elles soient bien comprises dans nos ministères respectifs.

Brett Maracle : et examinées.

Joseph Whiteside : et examinées.

Le chef Clark Robinson : allez-[vous] faire une recommandation en ce qui concerne les consultations?

Joseph Whiteside: Well one of the things we can look at is, based on what your community and others have said – is that they are seeking, I think [it's] fair from the hereditary chiefs said this morning, you're looking for an additional level of consultation beyond what has already been engaged in prior to panel, through the panel, which Canada continues to say we rely on, to the extent possible to meet the duty to consult, and then using this phase IV to build on the work of the Panel to make sure we fully understood what Aboriginal communities are saying.

To identify where you believes [there] are gaps, and I think [it's] fair to describe a lot of the presentation is talking about gaps in the analytical framework that you believe critically need to be filled, and then to see what more can be done. It may well be possible to take – to put forward a recommendation, and I can't say what's in the Cabinet submission because I don't make that decision. As to whether [Cabinet] feels there is ongoing consultation work that needs to be engaged [in regardless] of the whether the decision is pro or con on the particular project, that may well be an issue Ministers may wish to bring forward further information about consultation, I can't say the door is closed, and I can't say what the door on consultation may be, that part of the analysis, we as a team may have to do some work on to assist to assist our seniors.

Chief Clark Robinson: We don't agree that there has been any consultation. [Emphasis added.] [sic throughout]

[267] In our view, the Kitsoo never received Canada's explanation why the missing information was not required and why Canada rejected the assertion that the Kitsoo had not been adequately consulted.

[268] The Heiltsuk made similar submissions to the Kitsoo at their Phase IV consultation meeting with Canada in terms of requiring additional information to assess the impacts on their Aboriginal rights. Particularly concerning for the Heiltsuk was that there

Joseph Whiteside : eh bien, l'une des choses que l'on peut examiner, compte tenu de ce que votre collectivité et d'autres ont dit, est qu'ils veulent, je crois qu'il est juste de dire, compte tenu de ce que les chefs héréditaires ont dit ce matin, vous voulez qu'il y ait un autre niveau de consultation après ce qui a déjà été fait avant la Commission, par la Commission, sur laquelle, selon ce que le Canada continue d'affirmer, nous nous fions, dans la mesure du possible, pour satisfaire à l'obligation de consultation, puis de se servir de cette phase IV pour donner suite au travail de la Commission afin de nous assurer que nous avons parfaitement compris ce que disent les collectivités autochtones.

Pour cerner où vous estimez [qu'il] y a des lacunes, et je crois [qu'il est] juste de dire que l'exposé parle des lacunes que comporte le cadre analytique et qui, selon vous, doivent être absolument comblées, puis de voir ce qui peut être fait de plus. Il est peut-être même possible de prendre – de soumettre une recommandation, et je ne peux pas dire ce qui est dans la proposition du Cabinet parce je ne prends pas cette décision. En ce qui concerne la question de savoir si [le Cabinet] estime que des consultations doivent être tenues [peu importe] si la décision est favorable ou défavorable au projet en cause, il peut s'agir d'une question à l'égard de laquelle les ministres peuvent souhaiter soumettre plus de renseignements concernant les consultations, je ne peux pas dire que la porte est fermée, et je ne peux pas dire ce que sont les possibilités concernant les consultations, cette partie de l'analyse, nous, en tant que membres d'une équipe, aurons peut-être à faire un certain travail pour aider nos supérieurs.

Le chef Clark Robinson : nous ne sommes pas d'accord pour affirmer qu'il y a eu des consultations.

[Non soulignés dans l'original.] [Traduit tel que reproduit dans la version anglaise.]

[267] Selon nous, la Nation de Kitsoo n'a jamais reçu d'explications de la part du Canada quant à savoir pourquoi les renseignements manquants n'étaient pas nécessaires et pourquoi le Canada avait rejeté l'argument selon lequel la Nation de Kitsoo n'avait pas été adéquatement consultée.

[268] La Nation des Heiltsuk a formulé des arguments semblables à ceux de la Nation de Kitsoo lors des séances de consultation qu'elle a eues avec le Canada, dans le cadre de la phase IV du processus de consultation, concernant la question d'exiger des renseignements

was insufficient information regarding the risk of an oil spill to herring-spawn-on-kelp—a resource over which the Heiltsuk have an Aboriginal right to fish on a commercial basis: see the Heiltsuk’s closing submissions to the Joint Review Panel, extract book, Tab 19.

[269] During the consultation meeting, elected leader and Chief Councillor Cecil Reid described the importance of the herring industry to the Heiltsuk and the “horrific” consequences that an oil spill would have on their livelihood. He then asked Canada’s representative “why did you come without the authority to discuss our concerns and react to them in a positive way so that we have some comfort that this thing is being taken seriously? ... How can you make a decision until all the information is in?”

[270] Joseph Whiteside, a senior policy analyst with Natural Resources, responded along the same lines as he did at the Kitasoo meeting:

Our responsibility is to collect the information we have and be as responsive to the questions and issues we’ve heard in the last day and a half, and to be as responsive back to, within the time that we have, to provide some information and try and build some understanding. Our main responsibility is to take your views back and integrate them into the report that we have to prepare, so that our senior managers and all up to the Ministers are fully aware of the perspective of the Heiltsuk Nation brings forward on the proposal that will be before the Cabinet by mid-June.

[271] When Chief Councillor Marilyn Slett asked Canada’s representatives if Canada would be available for further consultations with the Heiltsuk on this matter, Canada’s Crown Consultation Coordinator, Brett Maracle, replied, “I can’t say, because that would be basically the

additionnels afin d’évaluer les incidences sur ses droits ancestraux. La Nation des Heiltsuk était particulièrement préoccupée par le fait qu’il n’y avait pas suffisamment de renseignements concernant le risque d’un déversement de pétrole sur les œufs de hareng sur varech – une ressource sur laquelle la Nation des Heiltsuk détient un droit ancestral de pêche commerciale : voir les observations finales formulées par la Nation des Heiltsuk à la Commission d’examen conjoint, recueil des extraits, onglet 19.

[269] Au cours de la séance de consultation, le dirigeant élu et conseiller en chef Cecil Reid a décrit l’importance de l’industrie du hareng pour la Nation des Heiltsuk ainsi que les [TRADUCTION] « horribles » conséquences qu’aurait un déversement de pétrole sur ses moyens de subsistance. Il a ensuite demandé ce qui suit au représentant du Canada : [TRADUCTION] « [...] pourquoi vous êtes-vous présentés sans être autorisés à discuter de nos préoccupations et d’y répondre de façon concrète de telle sorte que nous puissions avoir confiance que cela soit pris au sérieux? [...] Comment pouvez prendre une décision tant que vous ne disposez pas de tous les renseignements? »

[270] Joseph Whiteside, analyste principal des politiques à Ressources naturelles, a répondu dans le même sens qu’à la rencontre avec la Nation de Kitasoo :

[TRADUCTION]

Notre tâche consiste à recueillir les renseignements dont nous disposons et d’être sensible aux questions et aux préoccupations que nous avons entendues depuis une journée et demie, et de veiller, dans le délai dont nous disposons, à fournir certains renseignements et de tenter de se comprendre quelque peu. Notre tâche principale consiste à pendre note de vos opinions et de les intégrer dans le rapport que nous devons rédiger, de telle sorte que nos gestionnaires supérieurs et tous les autres cadres, allant jusqu’aux ministres, soient parfaitement au courant du point de vue que la Nation des Heiltsuk apporte quant à la proposition qui sera soumise au Cabinet d’ici la mi-juin.

[271] Lorsque la conseillère en chef Marilyn Slett a demandé aux représentants du Canada si le Canada serait prêt à participer à d’autres consultations sur ce sujet avec la Nation des Heiltsuk, le coordonnateur des consultations de la Couronne, Brett Maracle a répondu

[M]inister's agreeing to [a] delay of the process". The Heiltsuk never received an explanation why the missing information concerning a resource necessary for their sustenance was not required.

[272] Deputy Chief Counselor Taylor Cross of the Haisla also provided evidence of the following unaddressed concerns:

7. Despite a representative from Transport Canada attending the March and April Meetings, we did not have time to discuss Canada's Tanker Safety Expert Panel Report or our concerns with that report. We therefore requested that the Crown reply to our concerns regarding that report in writing. To the best of my knowledge, Transport Canada has not yet replied to our concerns in writing or otherwise.

[273] The Haisla fared no better when they raised concerns about errors in the Report of the Joint Review Panel. For example, during the consultation meetings, Canada's representative agreed that hundreds of culturally modified trees exist at the proposed terminal site, notwithstanding that the Report of the Joint Review Panel stated that there were none. He agreed that many culturally modified trees would be destroyed by the Project and that this would have an impact on the Haisla. Canada then offered no suggestion as to how the impacts to the Haisla's culturally modified trees could be avoided or accommodated.

[274] Deputy Chief Councillor of the Haisla, Taylor Cross, also gave evidence that Canada's representatives, including Jim Clarke, repeatedly stated that they had to accept the findings of the Joint Review Panel as set out in its Report. This was not so. Phase IV in part was an opportunity to address errors and omissions in the Report on subjects of vital concern to Aboriginal

ce qui suit : [TRADUCTION] « Je ne sais pas parce que ce serait comme si le ministre consentait à retarder le processus ». La Nation des Heiltsuk n'a jamais reçu d'explication quant à la raison pour laquelle les renseignements manquants concernant une ressource essentielle à leur subsistance n'étaient pas nécessaires.

[272] Le conseiller en chef adjoint Taylor Cross de la Nation des Haisla, dans son affidavit, a également fait mention des préoccupations suivantes qui n'avaient pas été examinées :

[TRADUCTION]

7. Malgré le fait qu'un représentant de Transports Canada ait assisté aux rencontres de mars et d'avril, nous n'avons pas eu le temps de discuter du rapport du Comité d'experts sur la sécurité des navires-citernes du Canada ou de nos préoccupations concernant ce rapport. Nous avons donc demandé que la Couronne réponde par écrit à nos préoccupations concernant ce rapport. Autant que je sache, Transports Canada n'a pas encore répondu, par écrit ou autrement, à nos préoccupations.

[273] La Nation des Haisla ne s'en est pas mieux tirée lorsqu'elle a soulevé des préoccupations au sujet d'erreurs figurant dans le rapport de la Commission d'examen conjoint. Par exemple, au cours des séances de consultation, le représentant du Canada a convenu qu'il y avait des centaines d'arbres culturellement modifiés sur le site du terminal envisagé, alors que le rapport de la Commission d'examen conjoint mentionnait qu'il n'y en avait aucun. Il a convenu que plusieurs arbres culturellement modifiés seraient détruits par le projet et que cela aurait une incidence sur la Nation des Haisla. Le Canada n'a ensuite formulé aucune suggestion quant à un quelconque moyen d'éviter les répercussions sur les arbres culturellement modifiés de la Nation Haisla ou quant aux mesures d'accommodement qui pourraient être prises.

[274] Le conseiller en chef adjoint, Taylor Cross, a aussi démontré que les représentants du Canada, incluant Jim Clarke, ont déclaré à plusieurs reprises qu'ils devaient accepter les conclusions de la Commission d'examen conjoint telles que formulées dans son rapport. Mais ce n'était pas le cas. La phase IV, en partie, donnait l'occasion de corriger les erreurs et les omissions figurant dans

peoples. The consequence of Canada's position was to severely limit its ability to consult meaningfully on accommodation measures.

[275] The Gitxaala encountered the same problems with Canada during Phase IV. It also took the position that approval of the Project was premature and that further studies on matters arising from the Report of the Joint Review Panel were required. The notes of the April 3, 2014 consultation meeting show that Canada was asked “[c]an we get any response, any reasons why the additional work that we’re asking for can’t be undertaken? Can we talk about what can or can’t be undertaken? We invite any discussion.”

[276] Jim Clarke, for Canada, replied that “I don’t want to raise your expectations. Typically we just use the Joint Review Panel as information for the decision. It is not typical to delay the legislative timeframe for decision. It doesn’t mean it can’t happen it’s just not routinely done”.

[277] During this April 2014 consultation meeting, Canada acknowledged to the Gitxaala that an oil spill could have a catastrophic effect on the Gitxaala’s interests. The Gitxaala’s representatives went on to observe that the Gitxaala had filed many expert reports in the Joint Review Panel process. The Gitxaala’s representatives asked what Canada’s views were on a specific report dealing with navigation issues, and how Canada intended to take such report into account. Transport Canada’s representative answered, “If we can get more answers we’ll try”. Answers on this critical issue were never forthcoming.

[278] One final example occurred during the March 3, 2014, consultation meeting with the Haisla. The Haisla’s

le rapport sur des sujets d’importance vitale pour les peuples autochtones. La conséquence de la position du Canada a été de limiter de manière importante sa capacité de mener de véritables consultations sur les mesures d’accommodement.

[275] La Nation Gitxaala a rencontré les mêmes problèmes avec le Canada durant la phase IV. Elle a également fait valoir que l’approbation du projet était prématurée et qu’il fallait faire d’autres études relativement aux éléments du rapport de la Commission d’examen conjoint. Les notes de la rencontre du 3 avril 2014 révèlent que le Canada s’est fait demander ce qui suit : [TRADUCTION] « Pouvons-nous obtenir une réponse, peut-on savoir pourquoi le travail additionnel que nous demandons ne peut pas être fait? Pouvons-nous discuter de ce qui peut et de ce qui ne peut pas être entrepris? Nous voulons engager des discussions. »

[276] Jim Clarke, pour le Canada, a répondu ce qui suit : [TRADUCTION] « Je ne veux pas susciter d’attentes de votre part. Généralement, nous utilisons la Commission d’examen conjoint seulement comme source de renseignements en vue de la décision. On ne retarde normalement pas l’échéancier prévu par la loi pour une décision. Cela ne signifie pas que cela ne peut pas arriver, c’est tout simplement qu’on ne le fait pas normalement ».

[277] Durant la consultation d’avril 2014, le Canada a reconnu à la Nation Gitxaala qu’un déversement de pétrole pourrait avoir un effet catastrophique pour les intérêts de cette nation. Les représentants de la Nation Gitxaala ont souligné qu’ils avaient déposés plusieurs rapports d’experts dans le processus de la Commission d’examen conjoint. Les représentants de la Nations Gitxaala ont demandé quelle était la position du Canada sur un rapport spécifique portant sur des questions de navigation et comment le Canada avait l’intention de prendre ce rapport en considération. Le représentant de Transports Canada a répondu [TRADUCTION] « Si nous pouvons avoir plus de réponses, nous essaierons ». Les réponses sur cette question critique n’ont jamais été fournies.

[278] Un dernier exemple s’est produit durant la réunion de consultation du 3 mars 2014 avec la Nation

representatives expressed concern at the extent to which paid lobbyists were talking to government officials and affecting the consideration of their concerns and asked for disclosure of lobbying efforts. Mr. Maracle responded that it was “hard for us to get [information] from Ministers, [and it would be] better if you [used] an [access to information request]”. If information was available through an access request, it is difficult to see why it would not be provided through the consultation process—particularly in light of the timelines Canada had imposed.

[279] Based on our view of the totality of the evidence, we are satisfied that Canada failed in Phase IV to engage, dialogue and grapple with the concerns expressed to it in good faith by all of the applicant/appellant First Nations. Missing was any indication of an intention to amend or supplement the conditions imposed by the Joint Review Panel, to correct any errors or omissions in its Report, or to provide meaningful feedback in response to the material concerns raised. Missing was a real and sustained effort to pursue meaningful two-way dialogue. Missing was someone from Canada’s side empowered to do more than take notes, someone able to respond meaningfully at some point.

[280] Canada places great reliance on two letters sent to each affected First Nation on June 9, 2014 and July 14, 2014, the former roughly a week before the Governor in Council approved the Project, the other after. In our view, for the following reasons, these letters were insufficient to discharge Canada’s obligation to enter into a meaningful dialogue.

[281] Aside from the errors found in the June 9, 2014 letter sent to the Kitasoo, the Heiltsuk, the Nadleh and the Nak’azdli, the content of the letters can at best be characterized as summarizing at a high level of generality the nature of some of the concerns expressed by the affected First Nation. Thus, the letter explained that

Haisla. Les représentants de la Nation Haisla ont exprimé leurs préoccupations quant au fait que des lobbyistes rémunérés s’entretenaient avec des fonctionnaires du gouvernement et dans quelle mesure cela affectait la considération de leurs préoccupations. Ils ont demandé la divulgation des efforts de lobbyisme. M. Maracle a répondu qu’il était [TRADUCTION] « difficile pour nous d’obtenir [des informations] des ministres. [et il serait] préférable si vous [procédiez] par une [demande d’accès à l’information] ». Si une information est disponible par le biais d’une demande d’accès, il est difficile de concevoir pourquoi elle ne serait pas communiquée pendant le processus de consultation — particulièrement, à la lumière des délais imposés par le Canada.

[279] Compte tenu de notre opinion quant à l’ensemble de la preuve, nous sommes convaincus que le Canada, en ce qui concerne la phase IV, n’a pas engagé de dialogue et ne s’est pas penché sur les préoccupations qui lui avaient été exprimées de bonne foi par l’ensemble des demandeurs/appelants Premières Nations. Il manquait une indication d’une intention de modifier ou de compléter les conditions imposées par la Commission d’examen conjoint, de corriger les erreurs ou les omissions dans son rapport ou de formuler des commentaires sérieux en réponse aux préoccupations importantes soulevées. Il n’y a pas eu d’effort réel et soutenu pour engager un véritable dialogue bilatéral. Aucun représentant du Canada n’était habilité à prendre plus que des notes, à répondre de façon satisfaisante éventuellement.

[280] Le Canada accorde beaucoup d’importance à deux lettres qui ont été envoyées, le 9 juin et le 14 juillet 2014, à chacune des Premières Nations concernées, la première environ une semaine avant que le gouverneur en conseil approuve le projet et l’autre après. Selon nous, pour les motifs qui suivent, ces lettres n’étaient pas suffisantes pour que l’obligation du Canada d’engager un véritable dialogue soit satisfaite.

[281] Mis à part les erreurs figurant dans la lettre du 9 juin 2014 qui a été envoyée à la Nation de Kitasoo, la Nation des Heiltsuk, la Bande des Nadleh et la Bande des Nak’azdli, le contenu des lettres peut au mieux être qualifié de résumé très général de la nature de certaines des préoccupations exprimées par la Première Nation

during Phase IV, officials “noted [their] perspective on the extent which [your] concerns could be mitigated by various measures” without setting out what the Nations suggested mitigation measures were. To the limited extent the June 9, 2014 letter responded to a concern, it did so only in a generic fashion. In substance, no explanation was provided about what, if any, consideration had been given to the suggested mitigation measures.

[282] To illustrate, to the extent a First Nation had raised a concern about the consequence of an oil spill, Canada responded that it “place[d] a high priority on preventative measures to avoid the occurrence of spills in the first place, and on enhancing response and recovery measures in the unlikely event of a spill”. The letter went on to inform that “the Government of Canada has recently announced new measures to further enhance Canada’s world-class pipeline safety and tanker safety systems”.

[283] The July 14, 2014 letters were lengthier and were intended “to respond to the many important issues you have raised, and to describe some of the next steps related to the Project”. Given that the decision to approve the Project had already been made, and that consultation is to be complete prior to making the decision at issue, it is difficult to see these letters as fulfilling Canada’s obligation to consult.

[284] Moreover, again we characterize the content of the July letters as generic in nature, explaining that the Joint Review Panel had subjected the Project proposal “to a rigorous science-based review by an independent Panel”. To the extent the letter addressed concerns expressed by the First Nation, those concerns were summarized at a general level and then responded to by reference to conditions imposed by the Joint Review Panel, by reliance upon the current marine safety regime, the possibility “there may be further interest in conducting geological and geotechnical sampling to gather

concernée. Par conséquent, la lettre expliquait que, durant la phase IV, des fonctionnaires [TRADUCTION] « [avaient] pris note de [leurs] points de vue dans la mesure dans laquelle [vos] préoccupations pourraient être atténuées par diverses mesures » sans énoncer les mesures d’atténuation proposées par les Nations. Dans la faible mesure où la lettre du 9 juin 2014 répondait aux préoccupations, elle ne le faisait qu’en termes généraux. Essentiellement, aucune explication n’a été fournie quant à l’attention qui, le cas échéant, avait été accordée aux mesures d’atténuation proposées.

[282] Par exemple, lorsqu’une Première Nation a soulevé des préoccupations concernant les conséquences d’un déversement de pétrole, le Canada a répondu qu’il [TRADUCTION] « accord[ait] une grande priorité aux mesures préventives afin, en premier lieu, d’éviter qu’il y ait des déversements, et à l’amélioration des mesures d’intervention et de rétablissement dans le cas peu probable où il y aurait déversement ». La lettre mentionnait ensuite que [TRADUCTION] « le gouvernement du Canada [avait] récemment annoncé de nouvelles mesures visant à améliorer davantage les systèmes de sécurité de calibre mondial du Canada relativement aux oléoducs et aux navires-citernes ».

[283] Les lettres du 14 juillet 2014 étaient plus longues et visaient [TRADUCTION] « à répondre aux nombreuses questions importantes que vous avez soulevées et à décrire un certain nombre des prochaines étapes liées au projet ». Étant donné que la décision d’approuver le projet avait déjà été prise et que les consultations devaient être terminées avant que la décision en cause puisse être prise, il est difficile d’estimer que ces lettres ont satisfait à l’obligation de consultation du Canada.

[284] De plus, nous qualifions une fois de plus le contenu des lettres de juillet comme étant de nature générale; les lettres mentionnent que la Commission d’examen conjoint a soumis la proposition de projet [TRADUCTION] « à un examen scientifique rigoureux effectué par un groupe d’experts indépendants ». Dans la mesure où la lettre traitait des préoccupations exprimées par la Première Nation, celles-ci ont été résumées d’une manière générale et on leur a répondu en renvoyant aux conditions imposées par la Commission d’examen conjoint, en invoquant le régime de sécurité

additional information to better evaluate” hazards posed by geo-hazards, additional research and development on the fate of diluted bitumen and ongoing research.

[285] It is fair to say the letters centered on accommodation measures.

[286] However, the letters did not engage with the stated concerns that the Phase IV consultation process was rushed and lacked any meaningful dialogue. Nor did the letters engage with the repeatedly expressed concern that insufficient evidence was available to allow for an informed dialogue about the potential impacts of the Project on Aboriginal and treaty rights.

[287] Following the authorities of the Supreme Court of Canada on the duty to consult, we conclude that during the Phase IV process, the parties were entitled to much more in the nature of information, consideration and explanation from Canada regarding the specific and legitimate concerns they put to Canada.

[288] The dialogue necessary to fulfil the duty to consult was also frustrated by Canada’s failure to disclose necessary information it had about the affected First Nations’ strength of claims to rights and title. We stress information, as opposed to the legal assessments we discussed above at paragraphs 218–225. Canada’s attitude to the sharing of information about this is troubling. Strength of claims was an important matter that had to be considered in order for the consultation in Phase IV to be meaningful. We wish to explain why.

[289] The consultation process in Phase IV was not to be a forum for the final determination and resolution of Aboriginal claims to rights and title. We agree, based on the Supreme Court’s reasoning in *Haida Nation*, that this

maritime actuel, en invoquant la possibilité [TRADUCTION] « que l’on souhaite faire d’autres échantillonnages géologiques et géotechniques afin de recueillir des renseignements supplémentaires et de pouvoir mieux évaluer » les dangers posés par les géorisques, ainsi qu’en invoquant les recherches et les développements supplémentaires sur ce qu’il advient du bitume dilué et des recherches en cours.

[285] Il est juste d’affirmer que les lettres étaient axées sur les mesures d’accommodement.

[286] Toutefois, les lettres ne traitaient pas des préoccupations selon lesquelles la phase IV du processus de consultation s’était déroulée à la hâte et n’avait comporté aucun véritable dialogue. Les lettres ne traitaient pas non plus de la préoccupation exprimée à plusieurs reprises selon laquelle on ne disposait pas de suffisamment d’éléments de preuve pour qu’il y ait un dialogue éclairé sur les incidences que pourrait avoir le projet sur les droits ancestraux et les droits issus de traités.

[287] Suivant la jurisprudence de la Cour suprême du Canada concernant l’obligation de consulter, nous concluons que, durant le processus de la phase IV, les parties avaient droit de s’attendre à beaucoup plus de renseignements, de considérations et d’explications du Canada relativement aux préoccupations légitimes et spécifiques qu’elles ont adressées au Canada.

[288] Le dialogue nécessaire afin de satisfaire le devoir de consulter a également été bafoué par le défaut du Canada de communiquer l’information nécessaire qu’il détenait sur la solidité des revendications de droits ou titres ancestraux des Premières Nations. Nous insistons sur l’information contrairement aux évaluations juridiques discutées ci-haut aux paragraphes 218 à 225. L’attitude du Canada quant au partage d’informations est troublante. La solidité des revendications était une question importante qui devait être considérée afin que la consultation dans la phase IV soit significative. Nous désirons expliquer pourquoi.

[289] Le processus de consultation de la phase IV n’était pas censé être un forum pour la détermination et décision finale des revendications de droits ou titres ancestraux autochtones. Nous sommes d’accord, basé

was appropriate: the duty to consult is not a duty to determine unresolved claims. But disclosure by Canada of information concerning the affected First Nations' strength of claims to rights and title was needed for another reason.

[290] In law, the extent and strength of the claims of affected First Nations affect Canada's level of obligation to consult and, if necessary, accommodate. It also defines the subjects over which dialogue must take place: a broad and strong claim to rights and title over an asserted territory means that broad subjects within that territory must be discussed and, perhaps, must be accommodated. Looking specifically at the case before us, Canada accepted that the obligation to consult was deep. But dialogue had to take place regarding what that meant. What subjects were on the table? How deep did the dialogue and, if necessary, accommodation have to go?

[291] The case law is clear that Canada, acting under the duty to consult, must dialogue concerning the impacts that the proposed project will have on affected First Nations and to communicate its findings to the First Nations: *Mikisew Cree First Nation*, at paragraph 55. But contrary to that case law, Canada repeatedly told the affected First Nations that it would not share a matter fundamental to identifying the relevant impacts—information concerning the strength of the affected First Nations' claims to Aboriginal rights and title.

[292] For discussions during Phase IV to be fruitful and the dialogue to be meaningful, this had to happen. And, as we noted above, in a letter dated April 18, 2012, the then Minister of the Environment committed to do just that—to provide a description of its strength of claim and depth of consultation assessment.

[293] But Canada never provided the Haisla with that description. The evidence of Chief Ross of the Haisla

sur le raisonnement de la Cour suprême dans *Nation haïda*, que ceci est approprié : le devoir de consulter n'est pas un devoir de déterminer des revendications non résolues. Toutefois, la communication par le Canada d'informations relatives à la solidité des revendications de droits ou titres ancestraux des Premières Nations était nécessaire pour une autre raison.

[290] En droit, la portée et la solidité des revendications de droits ou titres ancestraux des Premières Nations concernées affectent le niveau d'obligation du Canada de consulter et, si nécessaire, d'accommoder. Cela définit aussi les sujets sur lesquels le dialogue doit porter : une revendication solide et large de droits ou titres ancestraux sur un territoire signifie que des sujets larges pour ces territoires doivent être discutés et, peut-être, accommodés. Plus spécialement dans le cas devant nous, le Canada a accepté que l'obligation de consulter soit importante. Mais un dialogue devait être entrepris sur la signification de cette obligation. Quels sujets étaient sur la table? Jusqu'où le dialogue et, si nécessaire, les accommodements devaient aller?

[291] La jurisprudence est claire que le Canada, conformément à son devoir de consulter, devait dialoguer relativement aux impacts que le projet proposé aurait sur les Premières Nations concernées et communiquer ses conclusions aux Premières Nations : *Première Nation crie Mikisew*, au paragraphe 55. Mais contrairement à la jurisprudence, le Canada a, de façon répétée, indiqué aux Premières Nations concernées qu'il ne partagerait pas une information fondamentale afin d'identifier les impacts pertinents — des informations relatives à la solidité des revendications autochtones de droits ou titres ancestraux des Premières Nations concernées.

[292] Pour que la discussion pendant la phase IV soit fructueuse et le dialogue significatif, cela devait se produire. Et, tel que nous l'avons noté, dans une lettre datée du 18 avril 2012, le ministre de l'environnement de l'époque s'était engagé à faire exactement ceci — de donner une description de la solidité d'une revendication et de la portée du processus de consultation.

[293] Mais le Canada n'a jamais communiqué à la Nation Haisla cette description. La preuve du chef

shows that during Phase IV Canada resiled from that commitment and avoided defining exactly what was in play during the consultations:

99. There was no genuine discussion of the Haisla Nation's strength of claim at the March and April Meetings. At the March Meeting, the Haisla Nation raised the importance of openly discussing Aboriginal rights and title – a topic [the Joint Review Panel] had avoided entirely – and asked the Crown representatives to share the Crown's views of the strength of claim. In his letter dated April 18, 2012 the Minister of Environment had committed to sharing the Crown's results of its analysis of our strength of claim prior to the commencement of Phase IV of its Consultation Framework. We stressed that we needed to know of any disagreements regarding strength of claim in order for consultation to be meaningful, and so that we were not speaking at cross purposes.

100. The Environment Canada representatives, Mr. Brett Maracle and Analise Saely, stated that, based on a preliminary assessment, they were of the view that the Haisla Nation had a strong Aboriginal title claim to the terminal site, a strong Aboriginal title claim to portions of the pipeline right-of-way within Haisla Territory, as well as a strong claim to Aboriginal rights to fish and harvest marine resources in parts of the Kitamaat River, Kitamaat River or Estuary, and in the Douglas Channel. We asked that the Crown provide detail as to what portions of the pipeline route they conceded Haisla Nation has a strong Aboriginal title claim to and what areas of water the Crown has conceded Haisla Nation has a strong claim of Aboriginal rights in. The Crown representatives told us they would seek permission to disclose the Crown's actual strength of claim analysis, including further analysis of strength of claim along the pipeline route. A copy of a March 11, 2014 letter to the Crown documenting at page 4 some of what the Crown admitted in terms of the Haisla Nation's strength of claim is found at pages 920 to 929 of Exhibit H to this my Affidavit. This letter, however, contains an error. At page 4, the letter incorrectly states that the Crown explicitly agreed that the Haisla Nation has a high strength of claim to its entire Traditional Territory. In fact, the Crown representatives only explicitly admitted that the Haisla Nation has a strong claim to title at the terminal site and portions of the

Ross de la Nation Haisla démontre que durant la phase IV, le Canada est revenu sur cet engagement et a évité de définir exactement ce qui était en jeu durant les consultations :

[TRADUCTION]

99. Il n'y a eu aucune véritable discussion sur la solidité de la revendication de la Nation des Haisla aux rencontres de mars et d'avril. À la rencontre de mars, la Nation des Haisla a souligné l'importance de discuter ouvertement des droits et des titres ancestraux – un sujet que la Commission d'examen conjoint n'a aucunement abordé – et elle a demandé aux représentants de la Couronne de lui faire part des opinions de la Couronne sur la solidité de sa revendication. Dans sa lettre datée du 18 avril 2012, le ministre de l'Environnement s'était engagé à communiquer les résultats de l'analyse faite par la Couronne quant à la solidité de notre revendication avant le début de la phase IV de son cadre de consultation. Nous avons souligné que nous avons besoin de savoir s'il existait des divergences d'opinions concernant la solidité de la revendication pour que la consultation soit utile et pour que nous ne nous tenions pas des discours complètement opposés.

100. Les représentants d'Environnement Canada, M. Brett Maracle et Analise Saely, ont déclaré que, selon une appréciation préliminaire, ils estimaient que la revendication de la Nation des Haisla visant un titre ancestral à l'égard du site du terminal était solide, que la revendication visant un titre ancestral à l'égard de parties de l'emprise du pipeline sur le territoire Haisla était solide, et que la revendication visant des droits ancestraux de pêche et de récolte des ressources marines dans des parties de la rivière Kitamaat, dans l'estuaire de la rivière Kitamaat ainsi que dans le chenal marin de Douglas était solide. Nous avons demandé que la Couronne donne des précisions quant à savoir quelles parties du tracé du pipeline qu'elle avait concédées à la Nation des Haisla étaient visées par un titre ancestral solide et quelles zones d'eau que la Couronne avait concédées à la Nation des Haisla étaient visées par un titre ancestral solide. Les représentants de la Couronne nous ont dit qu'ils demanderaient l'autorisation de divulguer l'analyse faite par la Couronne quant à la solidité des revendications, y compris une autre analyse portant sur la solidité de la revendication visant le tracé du pipeline. Une copie de la lettre du 11 mars 2014 envoyée à la Couronne dans laquelle, à la page 4, il était fait état de ce que la Couronne avait reconnu concernant la solidité de la revendication de la Nation des Haisla figure aux pages 920 à 929 de la pièce H jointe à mon affidavit. Cette lettre, toutefois, contient une erreur. À la

pipeline route, as well as a strong claim to fishing and harvesting rights in the aforementioned waters.

101. Shortly after the March Meeting, the Crown sent a letter to the Haisla Nation with a generic and deliberately vague statement about our Nation's strength of claim that was divorced from the Project area. The letter states as follows at page 2:

As discussed during our meetings on March 4 and 5, Canada's preliminary strength of claim assessment is based on the information the Haisla Nation have provided to the Panel and in correspondence with government officials. Without making any determination of the Haisla Nation's Aboriginal rights or title claims, our preliminary assessment of that information, for the sole purpose of the consultation process for this proposed project, is that it supports the Haisla Nation as a having strong prime [sic] facie claim to both aboriginal rights and title within lands claimed as part of the Haisla traditional territory.

A copy of the Crown's letter dated March 24, 2014 with this statement is found at pages 931 to 1,052 of Exhibit H to this my Affidavit.

102. This carefully crafted statement came as a surprise to me, given that the Crown representatives had previously conceded the Crown's view that the Haisla Nation has a high strength of claim to Aboriginal title to the terminal site itself and to portions of the pipeline right-of-way. Our request for clarity and for disclosure of the Crown's strength of claim analysis had resulted in a statement which effectively told us nothing about the Crown's view of the strength of our claim in relation to the Project.

103. At the April Meeting, the issue of strength of claim was again raised, as was the deliberately vague strength of claim language in the March 24 letter. We expressed

page 4, la lettre mentionne erronément que la Couronne a explicitement convenu que la revendication de la Nation des Haisla visant l'ensemble de son territoire traditionnel était très solide. En fait, les représentants de la Couronne ont uniquement reconnu explicitement que la revendication de la Nation des Haisla visant le titre à l'égard du site du terminal et de parties du tracé du pipeline était solide, et que la revendication visant les droits de pêche et de culture dans les eaux susmentionnées était solide.

101. Peu de temps après la rencontre de mars, la Couronne a envoyé une lettre à la Nation des Haisla, dans laquelle figurait une déclaration générale et délibérément vague à propos de la solidité de la revendication de notre nation qui n'avait rien à voir avec la zone du projet. La lettre mentionne ce qui suit à la page 2 :

[TRADUCTION]

Comme nous en avons discuté lors de nos rencontres des 4 et 5 mars, l'appréciation préliminaire faite par le Canada de la solidité de la revendication est fondée sur les renseignements que la Nation des Haisla a fournis au Comité et a fournis dans la correspondance avec les fonctionnaires du gouvernement. Nous ne voulons pas nous prononcer quant aux revendications de la Nation des Haisla visant des droits ou des titres ancestraux, mais nous pouvons affirmer, selon notre appréciation préliminaire de ces renseignements, laquelle appréciation a été faite exclusivement dans le cadre du processus de consultation concernant le projet envisagé, que, à première vue, la revendication de la Nation des Haisla visant des droits et des titres ancestraux à l'égard des terres revendiquées comme partie du territoire traditionnel Haisla est solide.

Une copie de la lettre de la Couronne datée du 24 mars 2014 comportant cette déclaration figure aux pages 931 à 1 052 de la pièce H jointe à mon affidavit.

102. Cette déclaration soigneusement formulée m'a étonné, étant donné que les représentants de la Couronne avaient déjà accepté le point de vue de la Couronne selon lequel la revendication de la Nation des Haisla visant un titre ancestral à l'égard du site du terminal et de parties du tracé du pipeline était solide. Notre demande de précisions et de divulgation de l'analyse faite par la Couronne quant à la solidité de la revendication s'est soldée par une déclaration qui, en fait, ne nous disait rien sur le point de vue de la Couronne au sujet de la solidité de notre revendication relative au projet.

103. À la rencontre d'avril, la question de la solidité de la revendication a encore une fois été soulevée, tout comme la question de la formule délibérément vague portant sur

concern that such language was entirely unhelpful for the consultation process. Mr. Maracle and Mr. Jim Clarke, of the Major Projects Management Office, told us that they were limited in what they were authorized to disclose. Specifically, Mr. Maracle stated that he had sought to disclose more and had drafted a letter that did in fact disclose more regarding our strength of claim, but that his supervisors had directed him to disclose nothing beyond what was set out in the March 24 letter. Mr. Clarke told us that the Minister of Natural Resources himself had directed that the consultation team disclose nothing more than what was in the letter quoted above. Mr. Clarke stated that he had done his best to seek the disclosure of the Crown's strength of claim analysis. He explicitly confirmed that the Minister of Natural Resources rejected this plea for disclosure and ordered that no further disclosure be made. We asked Mr. Clarke if he could explain the rationale behind the Crown's refusal to share its analysis of the Haisla Nation strength of claim. He stated that he could not. We stated that the effect of Canada's failure to share its strength of claim analysis was that Minister Kent's promise would be broken. The Crown representatives had no explanation. A copy of our letter of May 7, 2014 expressing frustration with the Crown's approach to Phase IV consultation is found at pages 1,054 to 1,066 of Exhibit H to this my Affidavit. [Emphasis added.]

[294] The experience of the Gitxaala was not dissimilar. By letter dated March 28, 2014, they were informed that Canada accepted the Gitxaala had a strong *prima facie* claim "to an Aboriginal right to fish and harvest shellfish and other marine resources for food, social and ceremonial purposes in the area claimed as part of the Gitxaala Nation traditional territory".

[295] Thereafter, the notes of the Phase IV consultation meeting held on April 3, 2014 show that the Gitxaala asked, not for an adjudication of their rights, but for Canada's assessment of the strength of their claim as they had asserted governance and title rights,

la solidité de la revendication qui figurait dans la lettre du 24 mars. Nous avons dit craindre que cette formule ne soit d'aucune utilité concernant le processus de consultation. M. Maracle et M. Jim Clarke, du Bureau de gestion des grands projets, nous ont dit qu'ils faisaient l'objet de restrictions quant aux renseignements qu'ils étaient autorisés à divulguer. Plus précisément, M. Maracle a déclaré qu'il souhaitait divulguer davantage de renseignements et qu'il avait rédigé une lettre qui, en fait, en disait davantage concernant la solidité de notre revendication, mais que ses superviseurs lui avaient donné comme directive de ne divulguer rien d'autre que ce qui figurait dans la lettre du 24 mars. M. Clarke nous a dit que le ministre des Ressources naturelles lui-même avait donné comme directive que l'équipe de consultation ne divulgue rien de plus que ce qui figurait dans la lettre dont des extraits sont reproduits plus haut. M. Clarke a déclaré qu'il avait fait de son mieux pour obtenir la divulgation de l'analyse faite par la Couronne quant à la solidité de la revendication. Il a explicitement confirmé que le ministre des Ressources naturelles avait rejeté cette demande de divulgation et avait ordonné qu'aucune autre divulgation ne soit faite. Nous avons demandé à M. Clarke s'il pouvait expliquer les motifs sous-tendant le refus de la Couronne de faire part de son analyse concernant la solidité de la revendication de la Nation des Haisla. Il a déclaré qu'il n'était pas en mesure de le faire. Nous avons déclaré que le refus du Canada de faire part de son analyse sur la solidité de la revendication avait pour effet que la promesse du ministre Kent ne serait pas tenue. Les représentants de la Couronne n'ont fourni aucune explication. Une copie de notre lettre du 7 mai 2014 exprimant notre mécontentement en ce qui concerne l'approche de la Couronne envers la phase IV du processus de consultation figure aux pages 1 054 à 1 066 de la pièce H jointe à mon affidavit. [Non souligné dans l'original.]

[294] L'expérience vécue par la Nation Gitxaala était semblable. Dans une lettre datée du 28 mars 2014, elle a été informée que le Canada reconnaissait que, à première vue, sa revendication visant [TRADUCTION] « un droit ancestral de pêche et de récolte de mollusques et d'autres ressources marines à des fins alimentaires, sociales et culturelles dans la région revendiquée comme partie du territoire traditionnel de la Nation Gitxaala » était solide.

[295] Ensuite, selon les notes de la séance de consultation tenue dans le cadre de la phase IV qui a eu lieu le 3 avril 2014, la Nation Gitxaala a demandé, non pas une décision sur leurs droits, mais la divulgation de l'appréciation faite par le Canada quant à la solidité de leur

i.e. far more than just harvesting rights. Brett Maracle responded that Canada had already gone through many ministerial levels to get approval for the statement about the strength of claim that was provided in Canada's correspondence. Jim Clarke also advised they had pushed very hard to get this disclosure.

[296] When asked if Canada agreed that the Gitxaala was owed a deep level of consultation, Mr. Maracle advised that he didn't have approval to say so. When further pressed, he repeated that Canada had tried to give as much information as it could about the rights of the Gitxaala, and what Canada's representatives were able to share they did share.

[297] Chief Moody then observed that somewhere a determination had been made that their rights were focused on subsistence harvesting. In answer to the question of whether the discussion would be limited to this determination of their rights he was told, "No, but that's all we are allowed to share".

[298] Again, at the April 22, 2014 consultation meeting with the Kitsoo, Mr. Maracle repeated that Canada was not at that time sharing the strength of claim assessments. Aynslie Saely of Environment Canada then added that they were still getting information which would allow them to complete the depth of consultation assessment. When asked if Canada would share its ultimate conclusion and the information it relied on for assessing the strength of claim, Ms. Saely responded that such conclusion would be a Cabinet confidence, and as such it was not information that could be shared.

[299] Three days later, the transcript of the April 25, 2014 consultation meeting with the Heiltsuk records Ms. Saely of Environment Canada advising that Canada had a strength of claim assessment but it was not something that could be shared. The stated rationale was that,

revendication, car elle avait revendiqué des droits de gouvernance et des titres ancestraux, c'est-à-dire beaucoup plus que des droits de récolte. Brett Maracle a répondu que le Canada avait déjà franchi plusieurs échelons ministériels afin d'obtenir l'approbation de la déclaration concernant la solidité de la revendication qui figurait dans la correspondance du Canada. Jim Clarke a également dit qu'ils avaient exercé de fortes pressions afin d'obtenir cette divulgation.

[296] Lorsqu'on lui a demandé si le Canada convenait que la Nation Gitxaala avait droit à des consultations approfondies, M. Maracle a répondu qu'il n'était pas autorisé à le dire. Lorsqu'on lui a demandé une fois de plus, il a répété que le Canada avait tenté de donner le plus de renseignements possible concernant les droits de la Nation Gitxaala et que les représentants du Canada avaient divulgué tous les renseignements qu'ils étaient autorisés à divulguer.

[297] Le chef Moody a ensuite affirmé que, quelque part, il avait été conclu que leurs droits portaient sur la récolte de subsistance. En réponse à la question de savoir si la discussion serait limitée à cette conclusion quant à leurs droits, on lui a répondu : [TRADUCTION] « Non, mais c'est tout ce que nous sommes autorisés à divulguer. »

[298] Une fois de plus, lors de la séance de consultation du 22 avril 2014 avec la Nation de Kitsoo, M. Maracle a dit que le Canada ne divulguerait pas les renseignements figurant dans son appréciation de la solidité de leur revendication. Aynslie Saely, d'Environnement Canada, a ensuite dit qu'ils étaient toujours en train de recevoir des renseignements qui leur permettraient de terminer l'évaluation des consultations approfondies. Lorsqu'on lui a demandé si le Canada ferait part de sa conclusion définitive et des renseignements sur lesquels il s'est fié pour apprécier la solidité de la revendication, M^{me} Saely a répondu que cette conclusion serait visée par la confidentialité des documents du Cabinet et que, par conséquent, elle ne pourrait pas être communiquée.

[299] Trois jours plus tard, la transcription de la séance de consultation du 25 avril 2014 avec la Nation des Heiltsuk mentionne que M^{me} Saely d'environnement Canada a dit que le Canada disposait d'une appréciation de la solidité de la revendication, mais que ce n'était

as it had been prepared by the Department of Justice, it was protected by solicitor client privilege. When counsel for the Heiltsuk observed that while legal advice could not be disclosed, the result of the assessment could be disclosed, Ms. Saely responded that “[i]n terms of the directions that we received—that it is part of Cabinet confidence”.

[300] We do not accept that privileges in this case barred Canada from disclosing factual information relevant to the consultation process.

[301] At the consultation meeting with the Gitxaala held on April 2, 3 and 4, 2014, in response to questions about the impacts of oil spills upon governance and other concerns, Canada’s representatives advised that “Phase IV consultations are an opportunity to carefully consider the concerns of Gitxaala Nation regarding the potential adverse impacts of the propose[d] Project”. The question was then asked if that was the only answer the Gitxaala was going to get. Mr. Maracle responded “[t]his is the answer that’s being provided, and some of this will form part of our impact assessment, which we cannot share”.

[302] On cross-examination, Jim Clarke confirmed “Canada has not provided a detailed impact assessment to the Gitxaala, nor would Canada consider that to be a normal part of an environmental assessment process”. Perhaps such information is not part of an environmental assessment process—but the Supreme Court has held it to be a necessary part of meaningful consultation.

[303] Again, we refer to the affidavit of Chief Ross on this point:

pas quelque chose qui pouvait être communiqué. La raison invoquée était que, étant donné que l’appréciation avait été faite par le ministère de la Justice, elle était protégée par le secret professionnel de l’avocat. Lorsque l’avocat de la Nation des Heiltsuk a dit que les opinions juridiques ne pouvaient pas être divulguées, mais que le résultat de l’appréciation pouvait être divulgué, M^{me} Saely a répondu que [TRADUCTION] « selon les directives que nous [avons] reçues, elle [était] visée par la confidentialité des documents du Cabinet ».

[300] Nous n’acceptons pas que les privilèges dans cette affaire aient empêchés le Canada de divulguer des informations factuelles pertinentes au processus de consultation.

[301] À la séance de consultation avec la Nation Gitxaala qui a eu lieu les 2, 3 et 4 avril 2014, en réponse aux questions concernant les incidences de déversements de pétrole sur la gouvernance et d’autres questions, les représentants du Canada ont affirmé ce qui suit : [TRADUCTION] « Les consultations tenues dans le cadre de la phase IV du processus de consultation nous permettent d’examiner attentivement les préoccupations de la Nation Gitxaala concernant les incidences défavorables que pourrait avoir le projet envisagé ». On a alors demandé si c’était la seule réponse que la Nation Gitxaala allait obtenir. M. Maracle a répondu ce qui suit : [TRADUCTION] « C’est la réponse qui est donnée, et une certaine partie de celle-ci figurera dans notre appréciation des incidences, laquelle nous ne pouvons pas divulguer. »

[302] En contre-interrogatoire, Jim Clarke a confirmé ce qui suit : [TRADUCTION] « Le Canada n’a transmis à la Nation Gitxaala aucune appréciation détaillée sur les incidences et le Canada estime que la divulgation de tels renseignements ne fait normalement pas partie d’un processus d’évaluation environnementale. » Peut-être que la divulgation de ces renseignements ne fait pas partie d’un processus d’évaluation environnementale, mais la Cour suprême du Canada a conclu qu’il s’agissait d’un élément essentiel d’une véritable consultation.

[303] Une fois de plus, en ce qui concerne cette question, nous renvoyons à l’affidavit du chef Ross :

106. At the March Meeting, we asked the Crown representatives to provide us with a list of the infringements of the Haisla Nation's Aboriginal rights and title that the Crown had identified as flowing from the Project. Mr. Maracle stated that this was a work in progress but that he would try to get that information to us as soon as possible. However, at the April Meeting, Mr. Maracle stated that his supervisors had prohibited any discussion of the Crown's assessment of infringements. In fact, Mr. Maracle told us that Canada had a document that sets out the Haisla Nation strength of claim, the severity of impacts from the Project, and the depth of consultation required, but that the Crown representatives had been forbidden from sharing that. We asked Mr. Maracle if he knew what the rationale was for his supervisors directing him to not provide this information. Mr. Maracle stated that he did not know. [Emphasis added.]

[304] This evidence is again consistent with the notes of the consultation meeting held on April 8 and 9, 2014, except that at the meeting Mr. Maracle stated that the direction precluding disclosure came from the ministerial level.

[305] We are satisfied that neither the Gitxaala nor the Haisla were singled out. Rather, the highest level of government directed that information vital to the assessment of the required depth of consultation (Canada's understanding of the strength of the right claimed and the potential impact of that right) not be shared with any First Nation.

[306] We note that Canada does not argue that it was not obliged to consult with respect to title and governance matters. Rather, it argues that it reasonably accommodated potential impacts on assertions of Aboriginal title and governance claims to the point of Project development.

[307] This is similar to the strategy that Canada employed with respect to disclosing its strength of claim assessments at the Phase IV consultation meetings. It

[TRANSLATION]

106. À la rencontre de mars, nous avons demandé aux représentants de la Couronne de nous donner une liste des atteintes aux droits et titres ancestraux de la Nation des Haisla qui, selon la Couronne, découlaient du projet. M. Maracle a déclaré qu'il s'agissait de travaux en cours, mais qu'il tenterait de nous fournir ces renseignements le plus tôt possible. Toutefois, à la rencontre d'avril, M. Maracle a déclaré que ses superviseurs avaient interdit que l'on discute de l'appréciation faite par la Couronne quant aux atteintes. En fait, M. Maracle nous a dit que le Canada détenait un document qui faisait part de la solidité de la revendication de la Nation des Haisla, de la gravité des incidences du projet et de la consultation approfondie exigée, mais que les représentants de la Couronne n'avaient pas été autorisés à transmettre ces renseignements. Nous avons demandé à M. Maracle s'il savait pour quels motifs ses superviseurs lui avaient ordonné de ne pas fournir ces renseignements. M. Maracle a déclaré qu'il ne le savait pas. [Soulignement ajouté.]

[304] Ce témoignage concorde avec les notes de la séance de consultation qui a eu lieu les 8 et 9 avril 2014, sauf qu'à cette séance M. Maracle a déclaré que la directive interdisant la divulgation émanait du ministre.

[305] Nous sommes convaincus que ni la Nation Gitxaala ni la Nation des Haisla n'ont été particulièrement visées. Le gouvernement, au plus haut échelon, a ordonné que des renseignements primordiaux concernant l'appréciation de la consultation approfondie exigée (l'interprétation du Canada de la solidité de la revendication visant les droits revendiqués et l'incidence potentielle de ce droit) ne soient transmis à aucune Première Nation.

[306] Nous constatons que le Canada ne fait pas valoir qu'il n'était pas obligé de les consulter sur les questions liées au titre ancestral et aux droits de gouvernance. Il soutient plutôt qu'il a pris des mesures d'accommodement raisonnables à l'égard des répercussions possibles mentionnées dans les allégations figurant dans les revendications du titre ancestral et des droits de gouvernance jusqu'au stade de l'élaboration du projet.

[307] Cette démarche est similaire à la stratégie adoptée par le Canada pour communiquer ses appréciations de la solidité des revendications lors des rencontres

was Canada's view that a dialogue regarding the content and extent of a particular right claim was unnecessary and it attempted to focus the meetings on mitigation and minimization of impacts. For example, at the April 3 meeting, the Gitxaala asked Canada "When Canada says it's taking the rights at face value, what does that mean? That it accepts Gitxaala has these rights?" Brett Maracle for Canada responded "No, it means considering whether there are measures that could address these impacts".

[308] In our view, it was not consistent with the duty to consult and the obligation of fair dealing for Canada to simply assert the Project's impact would be mitigated without first discussing the nature and extent of the rights that were to be impacted. In order for the applicant/appellant First Nations to assess and consult upon the impacts of the Project on their rights there must first be a respectful dialogue about the asserted rights. Once the duty to consult is acknowledged, a failure to consult cannot be justified by moving directly to accommodation. To do so is inconsistent with the principle of fair dealing and reconciliation.

[309] While we agree with Canada that the consultation process was not a proper forum for the negotiation of title and governance matters, similar to other asserted rights, affected First Nations were entitled to a meaningful dialogue about the strength of their claim. They were entitled to know Canada's information and views concerning the content and strength of their claims so they would know and would be able to discuss with Canada what was in play in the consultations, the subjects on which Canada might have to accommodate, and the extent to which Canada might have to accommodate. Canada's failure to be candid on this point, particularly in light of the initial commitments made in the letter of the Minister of the Environment dated April 18, 2012 (discussed at paragraphs 220 and 292, above), was legally unacceptable. Canada's failure frustrated the sort of genuine dialogue the duty to consult is meant to foster.

de consultation à la phase IV. Selon le Canada, un dialogue sur le contenu et la portée de la revendication d'un droit précis n'était pas nécessaire, et il a tenté d'axer les rencontres sur l'atténuation et la minimisation des répercussions. Par exemple, à la rencontre du 3 avril, la Nation Gitxaala a demandé au Canada : [TRADUCTION] « Lorsque le Canada affirme qu'il considère les droits à première vue, que veut-il dire? Qu'il reconnaît que la Nation Gitxaala possède ces droits? » Brett Maracle, pour le Canada, a répondu : [TRADUCTION] « Non, cela veut dire qu'il examine si des mesures pourraient réduire ces répercussions ».

[308] À notre avis, il n'était pas compatible avec l'obligation de consultation et l'obligation de négociation honorable que le Canada se contente d'affirmer que les répercussions du projet seraient atténuées sans d'abord discuter de la nature et de la portée des droits qui seraient touchés. Pour que les demandeurs/appellants Premières Nations puissent se consulter et évaluer les répercussions du projet sur leurs droits, un dialogue respectueux sur les droits revendiqués doit d'abord avoir eu lieu. Une fois que l'obligation de consulter est reconnue, une omission de consulter ne peut être justifiée en passant directement à l'étape des accommodements. Le fait de procéder ainsi est incompatible avec le principe de négociation honorable et de réconciliation.

[309] Nous convenons avec le Canada que le processus de consultation ne constituait pas un forum adéquat pour la négociation sur des questions de titre et de gouvernance, similaires à d'autres droits revendiqués, les Premières Nations concernées avaient droit à un dialogue significatif sur la solidité de leur revendication. Elles avaient droit de connaître les informations et positions du Canada concernant le contenu et la solidité de leur revendication afin de pouvoir et d'être en mesure de discuter avec le Canada des éléments en jeu dans les consultations, des sujets sur lesquels le Canada pouvait devoir accommoder et à quel point le Canada pouvait accommoder. Le défaut du Canada d'être honnête sur ce point, particulièrement à la lumière des commentaires initiaux faits par le ministre de l'environnement datée du 18 avril 2012 (discutés aux paragraphes 220 et 292 ci-haut) était légalement inacceptables. Le défaut du Canada a contrecarré le besoin de dialogue véritable que le devoir de consulter est censé favoriser.

[310] We now consider the adequacy of Canada's reasons.

[311] In the present case, Canada was obliged at law to give reasons for its decision directing the National Energy Board to issue the Certificates. The source of this obligation was two-fold. As we develop in more detail below, in the present circumstances where a requirement of deep consultation existed, the Crown was obliged to give reasons. Additionally, subsection 54(2) of the *National Energy Board Act* requires that where the Governor in Council orders the National Energy Board to issue a certificate, the order "must set out the reasons for making the order."

[312] Canada argues that the requirement to give reasons was met for the following reasons:

- Neither the *National Energy Board Act* nor the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* require the Governor in Council to expressly address the adequacy of consultation in the order, nor to provide reasons in relation thereto.
- To the extent that the fulfilment of the duty to consult required reasons to be provided with respect to Canada's assessment of Aboriginal concerns and the impact those concerns had, the June and July letters addressed the information and issues arising in the consultation process to the point of the Governor in Council's decision.
- "Added to the other aspects of the record and the lengthy consultation process in this case that unfolded over several years, the June and July letters amply accomplish this purpose."
- Read together with the findings and recommendations found in the Report of the Joint Review Panel, the Order in Council allows the parties and the Court to understand the decision and to

[310] Nous passons maintenant à l'examen du caractère suffisant des motifs du Canada.

[311] Dans la présente affaire, le Canada était tenu en droit de motiver sa décision d'enjoindre à l'Office national de l'énergie de délivrer les certificats. La source de cette obligation comportait deux volets. Comme nous l'expliquons en détail plus loin, dans les présentes circonstances, lorsqu'une obligation de consultation approfondie existait, la Couronne était tenue de fournir des motifs. En outre, le paragraphe 54(2) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* exige que le gouverneur en conseil donne à l'Office l'instruction de délivrer un certificat; le gouverneur en conseil « énonce, dans le décret, les motifs de celui-ci ».

[312] Le Canada allègue que l'obligation de fournir des motifs a été respectée pour les raisons suivantes :

- Ni la *Loi sur l'Office national de l'énergie* ni la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* n'exigent que le gouverneur en conseil traite expressément du caractère adéquat des consultations dans le décret ou fournisse les motifs s'y rapportant;
- Dans la mesure où le respect de l'obligation de consulter exigeait que des motifs soient fournis relativement à l'appréciation du Canada concernant les préoccupations exprimées par les Autochtones et les répercussions de celles-ci, les lettres de juin et de juillet traitaient des renseignements ainsi que des questions soulevées dans le cadre du processus de consultation jusqu'au stade de la décision du gouverneur en conseil;
- [TRADUCTION] « Ajoutées aux autres aspects du dossier et au long processus de consultation en l'espèce qui s'est étendu sur plusieurs années, les lettres de juin et de juillet satisfont amplement à cet objectif »;
- Lu conjointement avec les conclusions et les recommandations contenues dans le rapport de la Commission d'examen conjoint, le décret permet aux parties et à la Cour de comprendre la décision

determine whether it falls within the range of acceptable outcomes.

[313] We accept the submission of the Attorney General that the Order in Council allows us to understand that the Governor in Council made its decision on the basis that it accepted the Joint Review Panel's finding that the Project will be required by present and future public convenience and necessity, and that the Project will diversify Canada's energy export markets and will contribute to Canada's long-term economic prosperity. This was sufficient to comply with the statutory requirement to give reasons in so far as the issues covered by the Joint Review Panel were concerned. But as far as the independent duty to consult is concerned, it fell well short of the mark.

[314] Canada elected in these proceedings not to challenge, but to take at face value, assertions of Aboriginal rights and title. In some instances it has expressly acknowledged the existence of a strong *prima facie* case for a claim. For example, it has acknowledged the Heiltsuk's right to a commercial herring-spawn-on-kelp fishery as recognized by the Supreme Court in *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723. Given this, the importance of the claimed rights to Aboriginal groups, and the significance of the potential infringement of those rights, this is a case where deep consultation required written explanations of the sort described below to show that the Aboriginal groups' concerns were considered and to reveal the impact those concerns had on the Governor in Council's decision: *Haida Nation*, at paragraph 44.

[315] We accept the submissions of counsel for the Kitsoo and the Heiltsuk that where, as in this case, the Crown must balance multiple interests, a safeguard requiring the Crown to set out the impacts of Aboriginal concerns on decision making becomes more important. In the absence of this safeguard, other issues may

et d'établir si elle appartient aux issues possibles acceptables.

[313] Nous souscrivons à l'observation du procureur général selon laquelle le décret nous permet de comprendre que le gouverneur en conseil a pris sa décision en se fondant sur le fait qu'il avait accepté la conclusion du rapport de la Commission d'examen conjoint portant que le projet sera requis, étant donné le caractère d'utilité publique, tant pour le présent que pour le futur, et que le projet permettra de diversifier les marchés d'exportation d'énergie du Canada et contribuera à la prospérité économique à long terme du pays. Cela était suffisant pour satisfaire à l'exigence prévue dans la loi de fournir des motifs, dans la mesure où les questions étaient visées par le processus de la Commission d'examen conjoint. Cependant, en ce qui concerne l'obligation indépendante de consulter, les motifs étaient nettement insuffisants.

[314] Le Canada a choisi dans cette instance de ne pas contester, mais de déterminer à première vue, les revendications du titre ancestral et des droits autochtones. Dans certains cas, il a expressément reconnu l'existence d'une preuve solide à première vue à l'égard d'une revendication. Par exemple, il a reconnu que la Nation des Heiltsuk avait un droit de pêche commerciale des œufs de hareng sur varech, comme l'avait fait la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723. Compte tenu de ce qui précède, de l'importance pour les groupes autochtones des droits revendiqués et de l'ampleur des atteintes possibles à ces droits, il s'agit d'une situation où les consultations approfondies exigeaient des explications écrites, semblables à celles décrites plus bas, montrant que les préoccupations des groupes autochtones avaient été prises en compte et précisant quelle avait été l'incidence de ces préoccupations sur la décision du gouverneur en conseil : *Nation haïda*, au paragraphe 44.

[315] Nous souscrivons aux arguments des avocats de la Nation de Kitsoo et de la Nation des Heiltsuk selon lesquelles, lorsque, comme en l'espèce, la Couronne doit s'assurer d'équilibrer de multiples intérêts, une garantie obligeant la Couronne à faire état des incidences liées aux préoccupations des Autochtones sur la prise de

overshadow or displace the issue of the impacts on Aboriginal rights.

[316] Nor is the requirement to give reasons met by the Report of the Joint Review Panel or the June and July letters.

[317] In its Report, the Joint Review Panel did not determine anything about Aboriginal rights or title and gave no explanation on how those non-assessed rights affected, if at all, its decision that the Project would not significantly adversely affect the interests of Aboriginal groups that use lands, waters or resources in the Project area. Thus, the Report of the Joint Review Panel—under this legislative scheme, nothing more than a guidance document—can shed no light on Canada’s assessment of how the Project would impact upon asserted rights and title.

[318] Similarly, as the Attorney General correctly conceded, the June and July letters are only capable of addressing issues up to the point of the Governor in Council’s decision. Additionally, we addressed above the deficiencies of these letters as part of the consultation process. The letters’ contents are not sufficient to show that the Governor in Council had proper regard for the asserted rights and how that appreciation of those rights factored into its decision to approve the Project.

[319] The balance of the record that could shed light on this, i.e., the staff recommendations flowing from the Phase IV consultation process, the ministerial recommendation to the Governor in Council and the information before the Governor in Council when it made his decision, are all the subject of Canada’s claim to Cabinet confidence under section 39 of the *Canada Evidence Act* and thus do not form part of the record. Canada was not willing to provide even a general summary of the sorts of recommendations and information provided to the Governor in Council.

décisions gagne en importance. En l’absence de cette garantie, d’autres questions peuvent éclipser ou supplanter celle des incidences sur les droits autochtones.

[316] L’obligation de fournir des motifs n’est pas non plus satisfaite au moyen du rapport de la Commission d’examen conjoint ou des lettres de juin et de juillet.

[317] Dans son rapport, la Commission d’examen conjoint n’a pris aucune décision concernant le titre ancestral ou les droits autochtones et n’a donné aucune explication sur la façon dont ces droits non appréciés avaient influé, le cas échéant, sur sa décision voulant que le projet n’aurait pas d’incidence négative sur les intérêts des groupes autochtones qui font usage des terres, des eaux ou des ressources dans la région visée par le projet. Ainsi, le rapport de la Commission d’examen conjoint, qui constitue seulement un document d’orientation en vertu de ce régime législatif, n’a pas pu apporter d’éclaircissement sur l’évaluation du Canada concernant les incidences du projet sur le titre et les droits revendiqués.

[318] De la même manière, comme le procureur général l’a bien reconnu, les lettres de juin et de juillet ne répondent aux questions que jusqu’au stade de la décision du gouverneur général. En outre, nous avons traité des lacunes de ces lettres lors du processus de consultation. Les contenus des lettres sont insuffisants pour montrer que le gouverneur en conseil a bien examiné les droits revendiqués et pour expliquer comment l’appréciation de ces droits a été prise en compte dans sa décision d’approuver le projet.

[319] Le reste du dossier susceptible d’apporter des éclaircissements sur la question, c.-à-d. les recommandations du personnel découlant de la phase IV du processus de consultation, la recommandation ministérielle au gouverneur en conseil et les renseignements qu’il possédait au moment de prendre sa décision, sont tous assujettis au secret du Cabinet, selon le Canada, en vertu de l’article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, et ne font donc pas partie du dossier. Le Canada n’était même pas prêt à fournir un sommaire général des types de recommandations et renseignements remis au gouverneur en conseil. Le Canada n’était pas prêt à communiquer même un résumé général des types de

[320] Finally and most importantly, on the subject of reasons, we note that the Order in Council contains only a single recital on the duty to consult. It records only that a process of consultation was pursued, nothing more [at page 1645]:

Whereas the Crown has undertaken a process of consultation and accommodation with Aboriginal groups relying on the work of the Panel and additional consultations with Aboriginal groups.

[321] Nowhere in the Order in Council does the Governor in Council express itself on whether Canada had fulfilled the duty to consult. This raises the serious question whether the Governor in Council actually considered that issue and whether it actually concluded that it was satisfied that Canada had fulfilled its duty to consult. All parties acknowledge that the Governor in Council had to consider and be satisfied on the issue of the duty to consult before it made the Order in Council.

[322] Similarly, the Order in Council does not suggest that the Governor in Council received information from the consultations and considered it.

[323] There is nothing in the record before us to assist us on these matters. This is a troubling and unacceptable gap.

[324] Had the Phase IV consultation process been adequate, had the reasons given by Canada's officials during the consultation process been adequate and had the Order in Council referred to and adopted, even generically, that process and the reasons given in it, the reasons requirement might have been met. But that is not what happened. Here too, Canada fell short of the mark.

(5) *Conclusion*

[325] We have applied the Supreme Court's authorities on the duty to consult to the uncontested evidence before us. We conclude that Canada offered only a brief, hurried and inadequate opportunity in Phase IV—a

recommandations et informations communiqués au gouverneur en conseil.

[320] Finalement et chose plus importante, nous constatons que le décret ne contient qu'un seul considérant sur le devoir de consulter. Il confirme uniquement que le processus de consultation a été mené, sans plus [à la page 1645] :

Attendu que la Couronne a entrepris un processus de consultation et d'accommodement auprès des groupes autochtones en se fondant sur les travaux de la Commission et sur des consultations supplémentaires auprès des groupes autochtones;

[321] Le gouverneur en conseil ne mentionne pas dans le décret si le Canada a respecté son devoir de consultation. Ceci soulève une sérieuse question à savoir si le gouverneur en conseil a effectivement analysé cette question et s'il a effectivement conclu qu'il était satisfait que le Canada avait respecté son devoir de consulter. Toutes les parties ont reconnu que le gouverneur en conseil devait considérer et être satisfait sur cette question du devoir de consulter avant de prendre le décret.

[322] De la même façon, le décret ne suggère pas que le gouverneur en conseil a reçu des informations relatives à la consultation et qu'il les a pris en considération.

[323] Il n'y a rien dans la preuve devant nous pour nous aider sur ces questions. Il s'agit d'un écart troublant et inacceptable.

[324] Si la consultation de la phase IV avait été adéquate, si les motifs donnés par les fonctionnaires du Canada durant le processus de consultations avaient été adéquate et si le décret faisait référence et adoptait ce processus ainsi que les motifs donnés pendant sa tenue, même de façon générique, les exigences des motifs auraient pu être rencontrées. Mais ce n'est pas ce qui s'est passé. Ici également, le Canada a échoué.

5) *Conclusion*

[325] Nous avons appliqué la jurisprudence de la Cour suprême sur le devoir de consulter aux faits incontestés de cette affaire. Nous concluons que le Canada n'a offert qu'une occasion brève, précipitée et inadéquate dans le

critical part of Canada's consultation framework—to exchange and discuss information and to dialogue. The inadequacies—more than just a handful and more than mere imperfections—left entire subjects of central interest to the affected First Nations, sometimes subjects affecting their subsistence and well-being, entirely ignored. Many impacts of the Project—some identified in the Report of the Joint Review Panel, some not—were left undisclosed, undiscussed and unconsidered. It would have taken Canada little time and little organizational effort to engage in meaningful dialogue on these and other subjects of prime importance to Aboriginal peoples. But this did not happen.

[326] The Project is large and has been in the works for many years. But the largeness of the Project means that its effects are also large. Here, laudably, many of the potentially-detrimental effects appear to have been eliminated or mitigated as a result of Northern Gateway's design of the Project, the voluntary undertakings it has made, and the 209 conditions imposed on the Project. But by the time of Phase IV consultations, legitimate and serious concerns about the effect of the Project upon the interests of affected First Nations remained. Some of these were considered by the Joint Review Panel but many of these were not, given the Joint Review Panel's terms of reference. The Phase IV consultations after the Report of the Joint Review Panel were meant to provide an opportunity for dialogue about the Report and to fill the gaps.

[327] However, the Phase IV consultations did not sufficiently allow for dialogue, nor did they fill the gaps. In order to comply with the law, Canada's officials needed to be empowered to dialogue on all subjects of genuine interest to affected First Nations, to exchange information freely and candidly, to provide explanations, and to complete their task to the level of reasonable fulfilment. Then recommendations, including any new proposed conditions, needed to be formulated and shared with Northern Gateway for input. And, finally, these recommendations and any necessary information needed to be placed before the Governor in Council for its

cadre de la phase IV — une partie essentielle du processus de consultation du Canada — pour échanger des renseignements et en discuter. Les faiblesses — plus qu'une simple poignée et plus que de simples imperfections — ont laissé des sujets entiers liés à des questions centrales aux Premières Nations concernés, des sujets affectant leur moyens de subsistance et de bien-être parfois totalement ignorés. Plusieurs impacts du projet, quelques uns identifiés dans le rapport de la Commission d'examen conjoint, d'autres non, n'ont pas été divulgués, discutés et considérés. Il aurait suffi de peu de temps et de peu d'efforts d'organisation pour le Canada afin d'entamer un dialogue véritable sur ces sujets de première importance pour les peuples autochtones. Mais cela ne s'est pas produit.

[326] Le projet est important et est en préparation depuis plusieurs années. Mais l'importance de ce projet signifie également que ses conséquences sont également importantes. Ici, louablement, plusieurs des conséquences potentiellement préjudiciables ont été éliminées ou mitigées à la suite de la conception du projet par Northern Gateway, les engagements volontaires qu'elle a faits et les 209 conditions imposées pour le projet. Mais, au moment de la phase IV des consultations, des préoccupations légitimes et sérieuses sur les conséquences du projet sur les intérêts des Premières Nations concernées demeuraient. Certaines de ces préoccupations ont été considérées par la Commission d'examen conjoint mais plusieurs ne le furent pas, considérant le mandat de cette commission. La phase IV de consultations après le rapport de la Commission d'examen conjoint devait donner une opportunité pour un dialogue sur le rapport et afin de combler les lacunes.

[327] Cependant, la phase IV de consultations n'a pas suffisamment permis de discussions ni de combler les lacunes. Afin de se conformer à la loi, les fonctionnaires du Canada devaient être habilités à pouvoir discuter sur tous les sujets d'intérêt véritable pour les Premières Nations concernées, à échanger des informations librement et sincèrement, de donner des explications et de compléter leur tâche à un niveau de satisfaction raisonnable. Les recommandations, incluant toute nouvelle proposition de condition, devait être formulée et partagée avec Northern Gateway pour discussion. Et, finalement, ces recommandations et, toute information nécessaire

consideration. In the end, it has not been demonstrated that any of these steps took place.

[328] In our view, this problem likely would have been solved if the Governor in Council granted a short extension of time to allow these steps to be pursued. But in the face of the requests of affected First Nations for more time, there was silence. As best as we can tell from the record, these requests were never conveyed to the Governor in Council, let alone considered.

[329] Based on this record, we believe that an extension of time in the neighbourhood of four months—just a fraction of the time that has passed since the Project was first proposed—might have sufficed. Consultation to a level of reasonable fulfilment might have further reduced some of the detrimental effects of the Project identified by the Joint Review Panel. And it would have furthered the constitutionally-significant goals the Supreme Court has identified behind the duty to consult—the honourable treatment of Canada’s Aboriginal peoples and Canada’s reconciliation with them.

[330] At the end of Phase IV of the consultation process is the Governor in Council. As we have explained above, at paragraphs 159–168, under this legislative scheme the ultimate responsibility for considering whether the duty to consult has been fulfilled and whether necessary action must be taken in response to it rests with the Governor in Council and no one else. As a matter of law, the Governor in Council had to receive and consider any new information or new recommendations stemming from the concerns expressed by Aboriginal peoples during the consultation and, if necessary or appropriate, react, for example by imposing further conditions on any certificates it was inclined to grant.

[331] Did the Governor in Council fulfil this legal obligation? In its Order in Council, the Governor in Council decided to acknowledge only the existence of consultations by others during the process. It did not say more despite the requirement to provide reasons under section 54 of the *National Energy Board Act* and under

devaient être soumises pour considération au gouverneur en conseil. Il n’a pas été démontré que ces étapes ont eu lieu.

[328] Selon nous, ce problème aurait pu être réglé si le gouverneur en conseil avait octroyé une courte prolongation de délai afin de permettre à ces étapes d’être accomplies. Mais en réponse aux demandes des Premières Nations concernées, ce fut le silence. De ce que l’on peut constater selon le dossier est que ces demandes n’ont jamais été transmises au gouverneur en conseil, voire même prises en considération.

[329] Basé sur le dossier, nous croyons qu’une prolongation de délai d’environ quatre mois — juste une fraction du temps passée depuis que le projet a initialement été proposé, aurait pu suffire. Une consultation à un niveau de satisfaction raisonnable aurait pu réduire davantage certaines des conséquences négatives du projet identifiées par la Commission d’examen conjoint. Ceci aurait également favorisé la promotion des buts d’une importance constitutionnelle que la Cour suprême a identifiée quant au devoir de consulter — le traitement honorable des peuples autochtones et la réconciliation du Canada avec eux.

[330] À la fin de la phase IV du processus de consultation se trouve le gouverneur en conseil. Comme nous l’avons expliqué aux paragraphes 159 à 168 ci-haut, en vertu de ce régime législatif, la responsabilité ultime de déterminer si le devoir de consulter a été respecté et si des actions sont nécessaires en réponse à cette consultation appartient uniquement au gouverneur en conseil. En droit, le gouverneur en conseil devait recevoir et évaluer toute nouvelle information ou nouvelles recommandations résultant des préoccupations exprimées par les peuples autochtones durant la consultation et, si nécessaire ou approprié, réagir, par exemple en imposant des conditions additionnelles pour tout certificat qu’il était prêt à délivrer.

[331] Est-ce que le gouverneur en conseil a respecté cette obligation légale? Dans son décret, le gouverneur en conseil a décidé de reconnaître seulement l’existence de consultations par d’autres durant le processus. Il n’a pas mentionné, malgré l’obligation de donner des motifs conformément à l’article 54 de la *Loi sur l’Office*

the duty to consult. The Governor in Council had to provide reasons to show that it fulfilled its legal obligation. It did not do so.

[332] Overall, bearing in mind that only reasonable fulfilment of the duty to consult is required, we conclude that in Phase IV of the consultation process—including the execution of the Governor in Council’s role at the end of Phase IV—Canada fell short of the mark.

G. Remedy

[333] For the foregoing reasons, the Order in Council must be quashed. The Order in Council directed that the National Energy Board issue the Certificates. Now that the basis for the Certificates is a nullity, the Certificates are also a nullity and must be quashed. The matter is remitted to the Governor in Council for redetermination.

[334] In that redetermination, the Governor in Council is entitled to make a fresh decision—one of the three options identified at paragraph 113 above, including the making of additional conditions discussed at paragraphs 159–168 above—on the basis of the information and recommendations before it based on its current views of the broad policies, public interests and other considerations that bear upon the matter. For example, if the Governor in Council, in looking at the matter afresh, considers that the environmental recommendations are unsatisfactory because the environmental assessment should have been conducted differently, it may exercise its discretion under section 53 to have the National Energy Board redetermine the matter.

[335] But if the Governor in Council decides in that redetermination to have Certificates issue for the Project, it can only make that decision after Canada has fulfilled its duty to consult with Aboriginal peoples, in particular, at a minimum, only after Canada has re-done its Phase IV consultation, a matter that, if well organized and well executed, need not take long.

national de l’énergie et au devoir de consulter. Le Gouverneur en conseil devait donner des motifs afin de démontrer qu’il a respecté ses obligations légales. Il ne l’a pas fait.

[332] Globalement, en gardant à l’esprit que seulement une exécution raisonnable du devoir de consulter est requise, nous concluons que dans la phase IV du processus de consultation — incluant l’exécution par le gouverneur en conseil de son rôle à la fin de la phase IV — le Canada a échoué.

G. La réparation

[333] Pour les motifs exposés ci-dessus, le décret doit être annulé. Le décret enjoignait à l’Office national de l’énergie de délivrer les certificats. Maintenant que le fondement des certificats est entaché de nullité, les certificats sont aussi frappés de nullité et doivent être annulés. L’affaire est renvoyée au gouverneur en conseil pour réexamen.

[334] Lors de ce réexamen, le gouverneur en conseil peut rendre une nouvelle décision — l’une des trois options établies au paragraphe 113 ci-dessus, notamment l’élaboration de conditions additionnelles discutées aux paragraphes 159 à 168 ci-dessus — compte tenu des renseignements et des recommandations dont il a été saisi, en fonction de ses points de vue actuels à l’égard des politiques générales, des intérêts publics et d’autres considérations qui ont une incidence sur le dossier. Par exemple, si, lorsqu’il examine l’affaire à nouveau, le gouverneur en conseil est d’avis que les recommandations environnementales ne sont pas satisfaisantes parce que l’évaluation environnementale aurait dû être effectuée différemment, il peut exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui incombe en vertu de l’article 53 afin que l’Office national de l’énergie réexamine l’affaire.

[335] Cependant, si le gouverneur en conseil décide lors de ce réexamen de délivrer des certificats pour le projet, il ne peut rendre cette décision qu’après que le Canada s’acquitte de son obligation de consulter les peuples autochtones, en particulier, au minimum, seulement une fois que le Canada a exécuté à nouveau la phase IV du processus de consultation, une étape qui, si

[336] As a result of that consultation, Canada may obtain new information that affects the Governor in Council's assessment whether Canada has fulfilled its duty to consult. It may prompt Canada to accommodate Aboriginal concerns by recommending that additional conditions be added to the Project. It may also affect the balancing of considerations under section 54 of the *National Energy Board Act*. Thus, any new information and new recommendations must be placed before the Governor in Council.

[337] It goes without saying that as a matter of procedural fairness, all affected parties must have an opportunity to comment on any new recommendations that the coordinating Minister proposes to make to the Governor in Council.

[338] This leaves the Governor in Council in the same position as it was immediately before it first issued the Order in Council. All the powers that were available to it before are available to it now.

[339] This means that on redetermination, the Governor in Council will have the three options available to it, summarized at paragraph 113 above, as well as the discretionary power, as explained at paragraphs 159–168 above, to impose further conditions on the Certificates in order to accommodate the concerns of Aboriginal peoples.

[340] This also means that upon receipt of any new information or any new recommendations, the Governor in Council is subject to the strict time limits for making its decision under subsection 54(3) of the Act.

[341] Finally, we note that the Governor in Council must provide reasons for its decision in order to fulfil

elle est bien organisée et bien exécutée, ne devrait pas durer longtemps.

[336] À la suite de cette consultation, le Canada pourrait obtenir de nouveaux renseignements ayant une incidence sur l'évaluation par le gouvernement en conseil de la question de savoir si le Canada s'est acquitté de son obligation de consulter. Cela pourrait mener le Canada à tenir compte des préoccupations des Autochtones en recommandant que des conditions additionnelles soient ajoutées au projet. Cela aurait aussi une incidence sur la pondération des facteurs en vertu de l'article 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*. Ainsi, tout nouveau renseignement ainsi que les nouvelles recommandations doivent être présentés au gouverneur en conseil.

[337] Il va sans dire que, par souci d'équité procédurale, toutes les parties visées doivent avoir l'occasion de formuler des commentaires à l'égard de toutes les nouvelles recommandations que le ministre coordonnateur propose de présenter au gouverneur en conseil.

[338] De ce fait, le gouverneur en conseil se trouve dans la même situation où il se trouvait immédiatement avant d'avoir pris pour la première fois le décret. Il possède aujourd'hui tous les pouvoirs dont il disposait auparavant.

[339] Cela signifie que lors du réexamen, le gouverneur en conseil disposera de trois options, résumées au paragraphe 113 ci-dessus, en plus du pouvoir discrétionnaire tel qu'expliqués aux paragraphes 159 à 168 ci-dessus d'imposer d'autres conditions relativement à tout certificat dont il ordonne la délivrance, reflétant le besoin de s'acquitter de l'obligation de consulter afin d'accommoder les préoccupations des peuples autochtones.

[340] Cela signifie également que, sur réception de nouveaux renseignements ou de toute nouvelle recommandation, le gouverneur en conseil est assujéti à des délais de rigueur pour rendre sa décision conformément au paragraphe 54(3) de la Loi.

[341] Enfin, nous notons que le gouverneur en conseil doit motiver sa décision afin de s'acquitter des

its obligations under subsection 54(2) and the duty to consult.

obligations qui lui incombent conformément au paragraphe 54(2) ainsi que de l'obligation de consulter.

H. Proposed disposition

H. Le dispositif proposé

[342] For the foregoing reasons, we would dismiss the applications for judicial review of the Report of the Joint Review Panel in files A-59-14, A-56-14, A-64-14, A-63-14 and A-67-14.

[342] Pour les motifs qui précèdent, nous rejeterions les demandes de contrôle judiciaire du rapport de la Commission d'examen conjoint dans les dossiers A-59-14, A-56-14, A-64-14, A-63-14 et A-67-14.

[343] We would also allow the applications for judicial review of the Order in Council, P.C. 2014-809 in files A-437-14, A-443-14, A-440-14, A-445-14, A-446-14, A-447-14, A-448-14, A-439-14 and A-442-14 and quash the Order in Council. We would also allow the appeals in files A-514-14, A-520-14, A-522-14 and A-517-14 and quash the National Energy Board's Certificates OC-060 and OC-061.

[343] Nous sommes également d'avis d'accueillir la demande de contrôle judiciaire du décret, C.P. 2014-809 dans les dossiers A-437-14, A-443-14, A-440-14, A-445-14, A-446-14, A-447-14, A-448-14, A-439-14 et A-442-14 et d'invalider le décret. Nous sommes également d'avis d'accueillir les appels dans les dossiers A-514-14, A-520-14, A-522-14, et A-517-14 et d'invalider les certificats OC-060 et OC-061 de l'Office national de l'énergie.

[344] We would further order that:

[344] Nous ordonnerions également que :

- (a) The matter is remitted to the Governor in Council for redetermination;
- (b) At its option, the Governor in Council may receive submissions on the current record and, within the timeframe under subsection 54(3) of the *National Energy Board Act* calculated from the date submissions are complete, may redetermine the matter by causing it to be dismissed under paragraph 54(1)(b) of the *National Energy Board Act*;
- (c) If the Governor in Council does not pursue the option in paragraph (b) or if it pursues that option but does cause the matter to be dismissed at that time, the matter will remain pending before it; in that case, Phase IV consultation shall be redone promptly along with any other necessary consultation with a view to fulfilling the duty to consult with Aboriginal peoples in accordance with these reasons;
- (d) When the Attorney General of Canada is of the view that the duty under paragraph (c) and any

- a) L'affaire soit renvoyée au gouverneur en conseil pour nouvel examen;
- b) Le gouverneur en conseil peut, à son gré, recevoir de nouvelles observations au dossier actuel et, dans le délai prévu au paragraphe 54(3) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, qui est calculé à compter de la date de clôture des observations, examiner de nouveau l'affaire, la rejetant en vertu de l'alinéa 54(1)b) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*;
- c) Si le gouverneur en conseil ne se prévaut pas de l'option énoncée à l'alinéa b), ou s'il s'en prévaut sans voir alors au rejet de l'affaire, ladite affaire restera en instance; dans ce cas, la phase IV des consultations devra être recommencée promptement et être accompagnée de toute autre consultation nécessaire pour respecter l'obligation de consulter les peuples autochtones, conformément aux motifs rendus simultanément;
- d) Lorsque le procureur général du Canada est d'avis que l'obligation mentionnée à l'alinéa c) et

procedural fairness obligations are fulfilled, she shall cause this matter to be placed as soon as practicable before the Governor in Council for redetermination, along with any new recommendations and any new relevant information; and

- (e) The Governor in Council shall then redetermine this matter in accordance with these reasons within the timeframe set out in subsection 54(3) of the *National Energy Board Act*, running from the time it has received any new recommendations and any new relevant information.

[345] If the parties are unable to agree on costs, we invite them to provide us with submissions of no more than five pages.

[346] We thank the parties for the great assistance they have provided to the Court throughout.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[347] RYER J.A. (dissenting): I have read the thorough reasons of the majority (the majority reasons) and am in agreement with much of them. In particular, I agree that the Order in Council is unimpeachable from an administrative law perspective. However, with respect, I do not agree that it should be set aside on the basis that the Crown's execution of the Phase IV consultations was inadequate to meet its duty to consult. In my view, in the context of the overall Project-approval process, the execution of the Phase IV consultations was adequate, and I would dismiss the applications and appeals with costs.

[348] In preparing these reasons, I have adopted all of the defined terms contained in the majority reasons, except where otherwise stipulated.

les obligations en matière d'équité procédurale sont respectées, il doit faire en sorte que l'affaire, de même que toute nouvelle recommandation et tout nouveau renseignement pertinent, soit soumise le plus tôt possible devant le gouverneur en conseil pour que ce dernier rende une nouvelle décision;

- e) Le gouverneur en conseil doit alors statuer à nouveau sur l'affaire, conformément aux motifs rendus simultanément dans le délai prévu au paragraphe 54(3) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, à compter du moment où l'affaire lui a été soumise pour réexamen, de même que toute nouvelle recommandation et tout nouveau renseignement pertinent.

[345] Si les parties ne peuvent s'entendre sur les dépens, nous les invitons à nous soumettre des observations d'au plus cinq pages.

[346] Nous remercions les parties de l'aide précieuse qu'elles ont fourni à la Cour au fil de l'instance.

Voici les motifs du jugement rendus en français par

[347] LE JUGE RYER, J.C.A. (dissident) : J'ai lu les motifs exhaustifs des juges majoritaires (les motifs des juges majoritaires) et j'y souscris en grande partie. En particulier, je conviens que le décret est inattaquable d'un point de vue du droit administratif. Cependant, avec égards, je ne souscris pas à la conclusion selon laquelle le décret devrait être annulé du fait que la Couronne ne s'est pas acquittée de son obligation de consultation, parce qu'elle n'a pas conduit de manière adéquate la phase IV de la consultation. Selon moi, dans le contexte du processus global d'approbation du projet, l'exécution de la phase IV de la consultation était adéquate, et je rejetterais l'appel avec dépens.

[348] Dans la rédaction des présents motifs, j'ai repris tous les termes définis contenus dans les motifs des juges majoritaires, sauf lorsqu'il en est mentionné autrement.

[349] As a starting point, it is my view that the only Aboriginal rights that are engaged by the Project are each First Nation's asserted rights in relation to the use and benefits of the lands and waterways that the Project will cross. Additionally, the Project may engage the Heiltsuk Nation's established right to use a portion of the offshore waters to conduct commercial herring-spawn-on-kelp fishery operations. In these reasons, I refer to each of these engaged asserted or established Aboriginal rights as a "usage right".

[350] I reject any assertion that the construction and operation of the Project could affect the asserted governance rights or asserted Aboriginal title. These are purely legal rights that could not be damaged or extinguished by the activities undertaken in the course of the Project. An action that has the effect of sterilizing land near the Project right of way would, no doubt, damage a First Nation's ability to use and enjoy the flora and fauna that would otherwise have been situated on the sterilized land. However, the sterilizing action would have no impact upon the First Nation's ability to establish, at some future time, a right to Aboriginal title to, and governance rights in respect of, such land.

[351] A detailed description of the history, size and scope of the Project is contained in the majority reasons and does not bear repeating. Suffice it to say that the Project is a massive undertaking, with an estimated cost of over \$7.9 billion. It also has the support of a majority of the affected First Nations, 26 of which accepted the Project proponent's offer to acquire an equity interest in the Project. In assessing the adequacy of the execution of the Phase IV consultations, it is important to consider these consultations in the context of the Project's duration, size and scope.

[349] À titre de point de départ, je suis d'avis que les seuls droits ancestraux que le projet met en jeu sont ceux revendiqués par chacune des Premières Nations relativement à l'usage des territoires et cours d'eau que le projet traversera et au droit d'en tirer un avantage. En outre, le projet peut mettre en jeu le droit établi de la Nation des Heiltsuk d'utiliser une partie des eaux extracôtières pour des activités commerciales de pêche d'œufs de hareng sur varech. Dans les présents motifs, je désigne chacun de ces droits ancestraux revendiqués ou établis qui sont en jeu comme étant un « droit d'usage ».

[350] Je rejette toute affirmation selon laquelle la construction et l'exploitation du projet pourraient avoir une incidence sur les droits à l'autonomie gouvernementale ou sur les titres ancestraux revendiqués. Ces droits sont de nature purement juridique; ils ne pourraient pas être atteints ou éteints par des activités entreprises dans le contexte du projet. Une mesure qui a pour effet de stériliser les terres situées à proximité du tracé du projet occasionnerait, sans aucun doute, un préjudice à la capacité de la Première Nation de tirer profit de la flore et de la faune qui se seraient sinon autrement trouvés sur le territoire stérilisé. Cependant, les mesures de stérilisation n'auraient aucune incidence sur la capacité de la Première Nation d'établir, à une date ultérieure, son droit au titre autochtone à l'égard des territoires, ou tout droit à l'autonomie gouvernementale qui pourrait se rapporter aux territoires à l'égard desquels une Première Nation dispose d'un intérêt.

[351] Les motifs des juges majoritaires contiennent une description détaillée de l'historique, de l'ampleur et de la portée du projet, et il est inutile de la répéter. Il suffit de mentionner que le projet est une entreprise colossale, dont le coût estimatif est supérieur à 7,9 milliards de dollars. Le projet recueille aussi l'appui de la majorité des Premières Nations concernées, et 26 d'entre elles ont accepté l'offre de la proposante du projet d'acquérir une participation dans celui-ci. Il est important, dans l'appréciation du caractère adéquat de l'exécution de la phase IV des consultations, de les replacer dans le contexte de la durée, de l'ampleur et de la portée du projet.

[352] The majority reasons describe a number of alleged imperfections in the Crown's execution of the Phase IV consultations and conclude that such imperfections establish the Crown's failure to meet its duty to consult obligations. However, as acknowledged in the majority reasons, the standard to be met is that of adequacy and not perfection (*Haida Nation*, at paragraphs 60–63).

[353] In essence, the alleged imperfections are as follows:

- (a) the timelines for the Phase IV consultations were too short;
- (b) the Crown Consultation Report contained inaccuracies in its portrayal of the First Nations' concerns, with the result that the Governor in Council had insufficient information to render its decision;
- (c) the dialogue that occurred in the Phase IV consultations was not meaningful; and
- (d) the Crown did not share its strength of claim information.

[354] With respect, even assuming that these imperfections have been established, it is my view that taken together, in the context of such a large and complex project that has taken over 18 years to reach the present stage, they are insufficient to render the Phase IV consultations inadequate.

[355] I wish to briefly address each of the four alleged imperfections. First, the timelines for the Phase IV consultations were statutorily imposed. The majority reasons criticize the Crown for failing to request an extension from the Governor in Council, but the Crown had no obligation to make such a request. Moreover, there has been no challenge, by way of judicial review, of the Crown's alleged failure to request an extension of the statutory timelines. The majority reasons offer the view that a short relaxation of the timelines—in the neighbourhood of four months—would have been

[352] Les motifs des juges majoritaires décrivent un certain nombre d'imperfections alléguées dans l'exécution, par la Couronne, de la phase IV des consultations et les juges y concluent que ces imperfections établissent le défaut de la Couronne de s'acquitter de son obligation de consultation. Cependant, comme il a été reconnu dans les motifs des juges majoritaires, la norme à laquelle la Couronne devait satisfaire est celle du caractère adéquat, et non celle de la perfection (*Nation haida*, aux paragraphes 60 à 63).

[353] Les imperfections alléguées sont essentiellement les suivantes :

- a) les échéanciers de la phase IV des consultations étaient trop courts;
- b) le rapport de consultation de la Couronne contenait des inexactitudes dans sa description des préoccupations des Premières Nations, de sorte que le gouverneur en Conseil ne disposait pas de renseignements suffisants pour rendre sa décision;
- c) le dialogue qui a eu lieu lors de la phase IV des consultations n'était pas significatif;
- d) la Couronne n'a pas communiqué ses renseignements au sujet de la solidité de la revendication.

[354] Avec égards, même si l'on tient pour acquis que ces imperfections ont été établies, je suis d'avis que, dans le contexte d'un projet aussi large et complexe qui a pris plus de 18 ans avant de se rendre au stade actuel, les imperfections dans leur ensemble ne suffisent pas à rendre inadéquate la phase IV des consultations.

[355] Je souhaite traiter brièvement de chacune des quatre imperfections alléguées. Tout d'abord, les échéanciers relativement à la phase IV des consultations étaient imposés par la loi. Les motifs des juges majoritaires critiquent la Couronne parce qu'elle a omis de demander une prorogation au gouverneur en conseil, mais la Couronne n'avait pas l'obligation de présenter une telle demande. De plus, aucune demande de contrôle judiciaire n'a été présentée pour contester le défaut allégué de la Couronne de demander une prorogation des délais prévus par la loi. Les motifs des juges majoritaires

sufficient to permit sufficient dialogue to take place and to fill any informational gaps. With respect, this view is speculative.

[356] Secondly, because of the claim of Cabinet confidence, under section 39 of the *Canada Evidence Act*, this Court is unaware of the entirety of the materials that were before the Governor in Council when it made its decision. Accordingly, with respect, it is not possible for this Court to make any assessment of the adequacy of the materials that were before the Governor in Council when it made its decision. In any event, it is apparent that the Crown's summaries in the Crown Consultation Report, which contained the alleged inaccuracies, were not the only documents that were before the Governor in Council. Any such inaccuracies would have been apparent from a review of the Report, and the letters from First Nations which were appended to the Crown Consultation Report, both of which are presumed to have been reviewed by the Governor in Council. Thus, in my view, any inaccuracies in the Crown Consultation Report are insufficient to render the Crown's Phase IV consultations inadequate.

[357] Thirdly, the majority reasons appear to conclude that the Crown failed to engage in a meaningful dialogue because some First Nations stated that they required further information regarding the Project's impacts, and the letters sent by the Crown following the Phase IV consultations addressed accommodation but not the First Nations' concerns regarding consultation. With respect, in my view, the requested information, by and large, related to matters that were considered by the Joint Review Panel or, in some instances, matters that were never placed before the Joint Review Panel, but should have been. The assertion of such imperfections in the Phase IV consultations represented an attack on the Report in a forum neither designed nor equipped to adjudicate its merits. Indeed, those First Nations have challenged the adequacy of the Report in this appeal, but to no avail. In addition, it is my view that a focus on accommodation in the letters is consistent with the

présentent le point de vue qu'une courte prolongation de délai — d'environ quatre mois — aurait été suffisante afin de permettre qu'un dialogue adéquat puisse prendre place et afin de limiter les lacunes au niveau des informations. Avec respect, ce point de vue est spéculatif.

[356] Deuxièmement, en raison de la demande de confidentialité des délibérations du Cabinet fondée sur l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, la Cour n'a pas connaissance de la totalité des documents dont disposait le gouverneur en conseil lorsque ce dernier a pris sa décision. Par conséquent, avec égards, la Cour est dans l'impossibilité d'effectuer une appréciation du caractère adéquat des documents dont disposait le gouverneur en conseil lorsque ce dernier a pris sa décision. Quoi qu'il en soit, il semble que les résumés de la Couronne contenus dans le Rapport de consultation de la Couronne, résumés qui contenaient les inexactitudes alléguées, n'étaient pas les seuls documents dont disposait le gouverneur en conseil. De telles inexactitudes auraient été évidentes suivant un examen du rapport ainsi que des lettres des Premières Nations qui étaient jointes au Rapport de consultation de la Couronne, qui sont tous deux présumés avoir été examinés par le gouverneur en conseil. Par conséquent, je suis d'avis que toute inexactitude dans le Rapport de consultation de la Couronne ne suffit pas à rendre inadéquate la phase IV des consultations tenues par la Couronne.

[357] Troisièmement, les motifs des juges majoritaires semblent conclure que la Couronne ne s'est pas engagée dans un dialogue significatif, parce que certaines Premières Nations avaient énoncé qu'elles avaient besoin de renseignements supplémentaires au sujet des incidences du projet, et les lettres envoyées par la Couronne à la suite de la phase IV des consultations répondaient à la question des mesures d'accommodement, mais non aux préoccupations des Premières Nations au sujet de la consultation. Avec égards, je suis d'avis que les renseignements demandés se rapportaient en général à des questions qui avaient été examinées par la Commission d'examen conjoint ou, dans certains cas, à des questions qui n'avaient jamais été soumises à la Commission d'examen conjoint, mais qui auraient dû l'être. Le fait de soulever ces imperfections de la phase IV des consultations constituait une contestation du rapport devant une instance qui n'était ni conçue

Phase IV mandate to consider the efficacy of the “mitigation measures” put forth by the Joint Review Panel (Aboriginal Consultation Framework, at page 8). Moreover, one may question the practical utility of engaging in ongoing discussions with respect to a concern that has been accommodated.

[358] Finally, it is my view that the Crown made no error in failing to disclose its strength of claim assessments. It seems incongruous to stipulate that the consultation process was “not a proper forum for the negotiation of title and governance matters” (majority reasons, at paragraph 309) and then to conclude that the Crown’s “attitude to the sharing of information” regarding its assessment of the strength of the First Nations’ claims in respect of such asserted rights was “troubling” (majority reasons, at paragraph 288). This is especially so in light of the conclusion that the Crown, as a matter of law, had no obligation to share its assessment of the strength of each First Nation’s claim in respect of asserted rights (majority reasons, at paragraph 224). In my view, there is little, if anything, to distinguish between the Crown’s “legal” assessment of a First Nation’s claim and “information” the Crown has about the strength of such a claim. As the majority reasons stipulate, the Crown’s legal assessment of the strength of a First Nation’s claim is inherently subject to solicitor-client privilege. In my view, that privilege extends to the Crown’s information upon which its legal assessment is based. To the extent that issues as to governance rights and Aboriginal title are live as between the Crown and any of the applicant/appellant First Nations, such issues ought to be pursued elsewhere as they are not, in my view, properly engaged by the Project-approval process. I agree that the Crown had no obligation to share its strength of claim assessments and, as a result, it is my view that this alleged failure does not establish the inadequacy of the Crown’s Phase IV consultations.

[359] In my view, the Crown’s participation in the Phase IV consultations was sufficient to fulfill the

ni outillée pour trancher cette question sur le fond. Effectivement, ces Premières Nations ont contesté le caractère adéquat du rapport dans le présent appel, sans succès. En outre, je suis d’avis que mettre l’accent sur les mesures d’accommodement dans les lettres est conforme à l’objet de la phase IV, soit de se pencher sur l’efficacité des « mesures d’atténuation » mises de l’avant par la Commission d’examen conjoint (cadre de consultations des Autochtones, à la page 8). De plus, on peut remettre en question l’utilité pratique de s’engager dans un dialogue continu à l’égard d’une préoccupation ayant fait l’objet de mesures d’accommodement.

[358] Ultimement, je suis d’avis que la Couronne n’a pas commis d’erreur en omettant de communiquer les résultats de ses analyses de la solidité de la revendication. Il m’apparaît incongru de stipuler que le processus de consultations « ne constituait pas un forum adéquat pour la négociation sur des questions de titre et de gouvernance » (motifs des juges majoritaires, au paragraphe 309) et de conclure ensuite que « [l]’attitude [de la Couronne] envers la communication de renseignements » concernant le résultat de son analyse de la solidité des revendications des Premières Nations à l’égard de tels droits revendiqués était « déconcertante » (motifs des juges majoritaires, au paragraphe 288). Cela est d’autant plus vrai à la lumière de la conclusion selon laquelle la Couronne n’était pas tenue en droit de communiquer le résultat de son analyse portant sur la solidité de la revendication de chaque Première Nation en ce qui a trait aux droits revendiqués (motifs des juges majoritaires, au paragraphe 224). Dans la mesure où les questions ayant trait aux droits à l’autonomie gouvernementale et au titre ancestral sont en litige entre la Couronne et l’une ou l’autre des Premières Nations demanderesse/appelantes, ces questions devraient être soulevées dans une autre instance, puisqu’elles ne sont pas, à mon avis, réellement mises en jeu par le processus d’approbation du projet. Je conviens que la Couronne n’avait pas l’obligation de communiquer le résultat de ses analyses portant sur la solidité de la revendication et que, par conséquent, je suis d’avis que ce défaut allégué n’établit pas le caractère inadéquat de la phase IV des consultations de la Couronne.

[359] Selon moi, la participation de la Couronne à la phase IV des consultations était suffisante pour préserver

honour of the Crown, particularly in a process that dealt with a project of this duration, size and scope. In conclusion, it is my view that the alleged imperfections in the execution of the Phase IV consultations, which are stipulated in the majority reasons, are insufficient to demonstrate that the Crown's consultations were inadequate.

[360] The majority reasons also conclude that the Governor in Council's reasons were inadequate. In my view, there is no error in the Governor in Council's reasons that warrants this Court's intervention. In the Project-approval process, the Crown had the obligation to fulfill the duty to consult. As a result, any obligation to explain why the duty to consult was adequately discharged rested with the Crown, not the Governor in Council. The majority reasons (paragraph 331) appear to take issue with the Governor in Council's reference in the Order in Council to "consultations by others". I do not accept this as a valid criticism because, at least implicitly, it places an obligation on the Governor in Council to directly engage in Haida consultations with respect to the Project, rather than to simply determine the adequacy of the consultations that were undertaken by the Crown.

[361] In my view, the Crown's reasons for concluding that it had met its duty to consult are readily apparent:

- an extensive consultation process was created, documented and implemented through the Aboriginal Consultation Framework, the Joint Review Panel Project-approval process and the Phase IV consultations;
- all of the applicant/appellant First Nations were encouraged to participate in the process and received, or were entitled to receive, funding in respect of their participation;
- the Crown acknowledged the potential impacts of the Project on the usage rights; and

l'honneur de la Couronne, surtout dans un processus rattaché à un projet de cette durée, de cette ampleur et de cette portée. Pour conclure, je suis d'avis que les imperfections alléguées dans l'exécution de la phase IV des consultations qui sont énoncées dans les motifs des juges majoritaires sont insuffisantes pour démontrer que les consultations de la Couronne étaient inadéquates.

[360] Les motifs des juges majoritaires concluent aussi que les motifs du gouverneur en conseil étaient inadéquats. Je suis d'avis que les motifs du gouverneur en conseil ne contiennent aucune erreur justifiant l'intervention de la Cour. La Couronne avait l'obligation, dans le cadre du processus d'approbation du projet, de s'acquitter de son obligation de consultation. Il s'ensuit que c'est à cette dernière, et non au gouverneur en conseil, qu'il incombe d'expliquer en quoi elle s'était acquittée de cette obligation. Les motifs des juges majoritaires (au paragraphe 331) semblent trouver discutable la référence du gouverneur en conseil dans le décret à des « consultations par d'autres ». Je ne considère pas cela comme une critique valide puisque, au moins implicitement, cela crée une obligation pour le gouverneur en conseil d'engager directement la Nation Haida dans des consultations quant au projet, plutôt que de simplement déterminé le caractère adéquat des consultations qui ont été menées par la Couronne.

[361] Selon moi, les motifs donnés par la Couronne pour conclure qu'elle s'était acquittée de son obligation de consultation sont tout à fait clairs :

- un vaste processus de consultation a été créé, documenté et mis en œuvre par l'intermédiaire du cadre de consultations des Autochtones, de la commission d'examen conjoint, du processus d'approbation du projet et de la phase IV des consultations;
- toutes les Premières Nations demanderesse/appelantes étaient encouragées à participer au processus et elles ont reçu, ou avaient droit de recevoir, du financement à l'égard de leur participation;
- la Couronne a reconnu les possibles répercussions du projet sur les droits d'usage;

- many of the First Nations' concerns were accommodated through the 209 conditions detailed in the Report.
- les 209 conditions contenues dans le rapport accommodaient nombre des préoccupations des Premières Nations.

[362] The Crown's reasoning was, in my view, adequately demonstrated by the Report, the Phase IV consultation meetings, the Crown Consultation Report and the correspondence from the Crown to the First Nations who engaged in the Phase IV consultations. A more explicit explanation from the Crown was not required. Furthermore, in my view, the Governor in Council had no obligation to repeat the reason-providing exercise.

[363] In my view, it is apparent from the Order in Council that the Governor in Council determined that the Crown's duty to consult had been met, thereby satisfying the condition precedent to the exercise of its power to issue the Order in Council. With respect, I find it difficult to accept that, notwithstanding the brevity of the reference to Crown consultation in the Order in Council, there is any doubt that the Governor in Council considered and determined the critical issue of whether or not the Crown had met its duty to consult obligations. As discussed above, at a minimum, the Governor in Council had the Report and the Crown Consultation Report before it, both of which clearly addressed this issue and both of which the Governor in Council is presumed to have reviewed. For the reasons that I have given, I conclude that the duty to consult was met in the circumstances and the Governor in Council was correct in so acknowledging. As no other defect has been demonstrated, the Order in Council should stand.

[364] For the foregoing reasons, I would dismiss the applications and appeals with costs.

[362] Selon moi, le rapport, les réunions de la phase IV des consultations, le rapport de consultation de la Couronne et les lettres que la Couronne a envoyées aux Premières Nations qui participaient à la phase IV des consultations démontraient de manière adéquate le raisonnement de la Couronne. La Couronne n'avait pas à donner une explication plus précise. En outre, je suis d'avis que le gouverneur en conseil n'avait pas l'obligation de répéter l'exercice de communication de motifs.

[363] Selon moi, il semble, d'après le décret, que le gouverneur en conseil a conclu que la Couronne s'était acquittée de son obligation de consultation et qu'elle avait ainsi satisfait à la condition préalable à l'exercice de son pouvoir de prendre un décret. Avec égards, j'ai de la difficulté à souscrire à la thèse selon laquelle, malgré le caractère bref du renvoi aux consultations de la Couronne dans le décret, il existe quelque doute quant au fait que le gouverneur en conseil a tenu compte de la question importante de savoir si la Couronne s'était acquittée ou non de son obligation de consultation. Comme il a été discuté ci-dessus, le gouverneur en conseil disposait à tout le moins du rapport et du rapport de consultation de la Couronne, deux documents qui répondaient clairement à cette question et que le gouverneur en conseil est présumé avoir examiné. Pour les motifs que j'ai énoncés précédemment, je conclus que la Couronne s'était acquittée de son obligation de consultation dans les circonstances et que le gouverneur en conseil avait raison de reconnaître une telle chose. Puisqu'on n'a démontré l'existence d'aucun autre défaut, le décret devrait être considéré comme étant valide.

[364] Pour les motifs susmentionnés, je rejetterais les demandes et les appels, avec dépens.