

19-A-35, 19-A-36, 19-A-37,  
19-A-38, 19-A-39, 19-A-40,  
19-A-41, 19-A-42, 19-A-44,  
19-A-45, 19-A-46, 19-A-47  
2019 FCA 224

19-A-35, 19-A-36, 19-A-37,  
19-A-38, 19-A-39, 19-A-40,  
19-A-41, 19-A-42, 19-A-44,  
19-A-45, 19-A-46, 19-A-47  
2019 CAF 224

**Raincoast Conservation Foundation, Living Oceans Society, Chief Ron Ignace and Chief Rosanne Casimir, on their own behalf and on behalf of all other members of the Stk'emlupsemc Te Secwepemc of the Secwepemc Nation, Squamish Nation, Coldwater Indian Band, Federation of British Columbia Naturalists carrying on business as BC Nature, Tsleil-Waututh Nation, Stz'uminus First Nation, Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten, Yakweakwoose, City of Vancouver, Shxw'ówhámél First Nation, Olivier Adkin-Kaya, Nina Tran, Lena Andres, Rebecca Wolf Gage and Upper Nicola Band** (*Applicants*)

**Raincoast Conservation Foundation, Living Oceans Society, Chef Ron Ignace et Chef Rosanne Casimir, pour leur propre compte et au nom de tous les membres de Stk'emlupsemc Te Secwepemc de la Nation Secwepemc, Nation Squamish, Bande indienne Coldwater, Federation of British Columbia Naturalists faisant affaire sous la raison sociale BC Nature, Tsleil-Waututh Nation, Stz'uminus First Nation, Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Première Nation Squiala, Tzeachten, Yakweakwoose, Ville de Vancouver, Shxw'ówhámél First Nation, Olivier Adkin-Kaya, Nina Tran, Lena Andres, Rebecca Wolf Gage et Bande Upper Nicola** (*demandeurs*)

v.

c.

**The Attorney General of Canada, Trans Mountain Pipeline ULC and Trans Mountain Corporation** (*Respondents*)

**Le procureur général du Canada, Trans Mountain Pipeline ULC et Trans Mountain Corporation** (*défendeurs*)

and

et

**Attorney General of Alberta** (*Intervener*)

**Le procureur général de l'Alberta** (*intervenant*)

**INDEXED AS: RAINCOAST CONSERVATION FOUNDATION v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : RAINCOAST CONSERVATION FOUNDATION c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court of Appeal, Stratas J.A.—Ottawa, September 4, 2019.

Cour d'appel fédérale, juge Stratas, J.C.A.—Ottawa, 4 septembre 2019.

*Energy — Twelve consolidated motions for leave to commence judicial review of Order in Council (P.C. 2019-0820) dated June 18, 2019, whereby Governor in Council approving Trans Mountain Pipeline expansion project for second time — Applicants alleging in particular that Governor in Council's decision approving project substantively unreasonable; that Crown failed to adequately consult with indigenous peoples, First Nations — While express text of National Energy Board Act not indicating when to grant leave after Governor in Council deciding matter, Court must decide whether leave warranted in accordance with Act, s. 55(1) — Under various legislative schemes, party must show "fairly arguable case" that warrants*

*Énergie — Il s'agissait de douze requêtes regroupées en autorisation de déposer des demandes de contrôle judiciaire d'un décret (C.P. 2019-0820) daté du 18 juin 2019, par lequel le gouverneur en conseil a approuvé le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain pour la seconde fois — Les demandeurs ont allégué plus particulièrement que la décision du gouverneur en conseil d'approuver le projet était fondamentalement déraisonnable et que la Couronne a manqué à son obligation de consulter adéquatement les peuples autochtones et les Premières Nations — Le libellé de la Loi sur l'Office national de l'Énergie ne dit pas expressément quand il y a lieu d'accorder l'autorisation, mais une fois que le gouverneur en conseil a pris*

full review of administrative decision — Federal Court of Appeal previously striking down Governor in Council's first approval of project in *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)* — While Court not requiring that all work, consultation be redone, Court requiring targeted work, further meaningful consultation to be performed to address specific flaws found in first approval of project — Main issue whether motions for leave satisfying leave requirements because establishing "fairly arguable" case — Specifically, whether Governor in Council's decision approving project substantively unreasonable; whether Crown failing to adequately consult with indigenous peoples, First Nations — Central issues applicants raising grouped into four categories: alleged conflict of interest and bias; environmental issues and substantive reasonableness; issues relating to consultation with Indigenous peoples and First Nations; remaining miscellaneous issues — Submission that decision of Governor in Council vitiated by bias, conflict of interest not passing "fairly arguable case" test; no evidence supporting submission — Arguments on environmental issues also could not meet threshold of "fairly arguable" case — In *Tsleil-Waututh Nation*, many arguments about environmental effects of project either made or could have been made but were not — Most of environmental points applicants now raising not fairly arguable because falling into one of these categories; barred by doctrines against relitigation — Applicants also failing to show that such arguments could practically change outcome since Governor in Council would still conclude project, on balance, in public interest — As to issues on adequacy of consultation with Indigenous people/First Nations, two sets of arguments not passing "fairly arguable" standard: (1) those involving applicants' dissatisfaction, disagreement with outcome of consultation process, asserted right to exercise veto over project; (2) those on adequacy of consultation previously raised, decided in *Tsleil-Waututh Nation* or that could have been raised but were not — Doctrines against relitigation now applying to bar these points — However, some issues advanced concerning adequacy of consultation in fact meeting "fairly arguable" standard for leave; in particular, argument that Canada's duty to consult in Phase III of consultation process, as Court had previously ordered when project first approved, carried out inadequately given poor quality, hurried nature of further consultation — Finally, to extent remaining miscellaneous issues existed and not fitting into four categories of issues set, none of them meeting "fairly arguable" standard — Six motions allowed.

sa décision, la Cour doit décider si l'autorisation est justifiée en application de l'art. 55(1) de la Loi — Divers régimes légaux indiquent qu'une partie doit invoquer des arguments « raisonnablement défendables » qui justifient le contrôle intégral de la décision administrative — La Cour d'appel fédérale a infirmé la décision initiale du gouverneur en conseil portant approbation du projet dans l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)* — Elle n'a pas exigé que tous les travaux et les consultations soient repris à neuf, mais elle a exigé la reprise de certains travaux et la tenue de véritables consultations supplémentaires pour pallier les lacunes précises relevées dans l'approbation initiale du projet — Il s'agissait principalement de savoir si les requêtes en autorisation satisfaisaient aux critères d'une autorisation parce qu'elles établissaient l'existence d'une « cause raisonnablement défendable » — Plus particulièrement, il s'agissait de savoir si la décision du gouverneur en conseil d'approuver le projet était fondamentalement déraisonnable et si la Couronne a manqué à son obligation de consulter adéquatement les peuples autochtones et les Premières Nations — Les principales questions que soulevaient les requêtes des demandeurs ont été regroupées sous quatre rubriques : conflits d'intérêts et partialité; préoccupations environnementales et décision fondamentalement déraisonnable; consultation des peuples autochtones et des Premières Nations; autres questions diverses — L'argument selon lequel la décision du gouverneur en conseil était viciée en raison de la partialité et de l'existence de conflits d'intérêts n'était pas « raisonnablement défendable »; aucune preuve n'est venue appuyer cet argument — Les arguments sur les préoccupations environnementales ne satisfaisaient pas non plus au critère des arguments « raisonnablement défendables » — Dans l'affaire *Tsleil-Waututh Nation*, nombre d'arguments sur l'incidence environnementale du projet ont été présentés ou auraient pu l'être, mais ils ne l'ont pas été — La plupart des préoccupations environnementales que soulevaient les demandeurs en l'espèce n'étaient pas raisonnablement défendables, car elles appartenaient à l'une ou l'autre de ces catégories et elles étaient irrecevables par application des doctrines empêchant la remise en cause — En outre, les demandeurs n'ont pas réussi à démontrer que ces arguments mèneraient pratiquement à une issue différente, puisque le gouverneur en conseil arriverait quand même à la conclusion que le projet était, tout compte fait, dans l'intérêt public — En ce qui concerne les questions se rapportant aux consultations inadéquates des peuples autochtones et des Premières Nations, deux arguments sur la qualité des consultations n'étaient pas « raisonnablement défendables » : 1) ceux qui portaient sur l'insatisfaction des demandeurs à l'égard de l'issue des consultations et leur opposition à cette issue, et le droit invoqué d'opposer un veto au projet; 2) ceux portant sur la qualité des consultations, qui avaient été soulevés et tranchés dans l'affaire *Tsleil-Waututh Nation* ou qui auraient pu être soulevés et qui ne l'ont pas été — Les doctrines empêchant la remise en cause sont venues parler à ces arguments — Cependant, certaines questions soulevées sur la qualité des consultations ont satisfait à la norme de la

These were 12 consolidated motions for leave to commence applications for judicial review of an Order in Council (P.C. 2019-0820) dated June 18, 2019, whereby the Governor in Council approved the Trans Mountain Pipeline expansion project for the second time. Before consolidation, 12 sets of parties wanted to challenge the approval by starting applications for judicial review. In their motions, the applicants alleged in particular that the Governor in Council's decision approving the project was substantively unreasonable and that the Crown failed to adequately consult with indigenous peoples and First Nations.

The express text of the *National Energy Board Act* does not indicate when to grant leave. Under the Act, during the process of project approvals, recourse to the judicial system is forbidden. After the Governor in Council has decided the matter, recourse is potentially available but is not automatic nor as of right. The Court must decide whether leave is warranted in accordance with subsection 55(1) of the Act. Leave requirements to this Court can be found under various legislative schemes, some of which suggest that a party seeking leave must show a "fairly arguable case" that warrants a full review of the administrative decision. This "fairly arguable" standard was described in *Lukacs v. Swoop Inc.* (F.C.A.). When applying the "fairly arguable" standard under section 55 of the Act, three ideas must be kept in mind, including the fulfillment of the gatekeeping function; the role of deference; and practicality matters. In applying this standard, the Federal Court of Appeal struck down the Governor in Council's first approval of the project in *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*. In so doing, the Court did not require all the work and consultation leading up to the Governor in Council's approval to be redone but only required targeted work and further meaningful consultation to be performed to address specific flaws that led to the quashing of the first approval.

*cause « raisonnablement défendable » à laquelle l'autorisation est subordonnée; plus particulièrement, l'argument selon lequel l'obligation du Canada de consulter à la phase III du processus de consultation, ainsi que la Cour l'avait ordonné lorsque le projet a été approuvé la première fois, avait été exécutée de façon inadéquate en raison de la piètre qualité de ces consultations et de la hâte avec laquelle elles ont été tenues — Enfin, dans la mesure où il existait des questions diverses et où celles-ci n'entraient pas dans le champ des quatre rubriques énumérées précédemment, aucune d'entre elles n'était « raisonnablement défendable » — Six requêtes ont été accueillies.*

Il s'agissait de 12 requêtes regroupées en autorisation de déposer des demandes de contrôle judiciaire d'un décret (C.P. 2019-0820) daté du 18 juin 2019, par lequel le gouverneur en conseil a approuvé le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain pour la seconde fois. Avant ce regroupement, 12 groupes de parties souhaitaient contester la décision portant approbation au moyen de demandes de contrôle judiciaire. Dans leurs requêtes, les demandeurs ont allégué plus particulièrement que la décision du gouverneur en conseil d'approuver le projet était fondamentalement déraisonnable et que la Couronne avait manqué à son obligation de consulter adéquatement les peuples autochtones et les Premières Nations.

Le libellé de la *Loi sur l'Office national de l'Énergie* ne dit pas expressément quand il y a lieu d'accorder l'autorisation. Aux termes de la Loi, il est interdit d'ester en justice pendant le déroulement du processus d'approbation des projets. Une fois que le gouverneur en conseil a pris sa décision, il est éventuellement possible d'intenter un recours, mais ce recours n'est pas présenté d'office ni de plein droit. La Cour doit décider si l'autorisation est justifiée en application du paragraphe 55(1) de la Loi. Les dispositions qui obligent une partie à obtenir l'autorisation de se pourvoir devant la Cour sont prévues dans différents régimes légaux, dont certains indiquent qu'une partie sollicitant l'autorisation doit invoquer des arguments « raisonnablement défendables » qui justifient le contrôle intégral de la décision administrative. La norme de la « cause raisonnablement défendable » a été décrite dans l'arrêt *Lukács c. Swoop Inc.* (C.A.F.). Lorsqu'il s'agit d'appliquer la norme de la « cause raisonnablement défendable » à une affaire intéressant l'article 55 de la Loi, il importe de garder à l'esprit trois notions, à savoir la fonction de gardien judiciaire, le rôle de la déférence et l'importance de l'aspect pratique. Dans l'application de cette norme, la Cour d'appel fédérale a infirmé la décision initiale du gouverneur en conseil portant approbation du projet dans l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*. Elle n'a pas exigé que tous les travaux et les consultations ayant mené à l'approbation par le gouverneur en conseil soient repris à neuf. Elle a exigé seulement la reprise de certains travaux et la tenue de véritables consultations supplémentaires pour pallier les lacunes précises qui avaient mené à l'annulation de l'approbation initiale.

The main issue was whether the motions for leave to start applications for judicial review satisfied the leave requirements because they established a “fairly arguable” case. Specifically, it had to be determined whether the Governor in Council’s decision approving the project was substantively unreasonable and whether the Crown failed to adequately consult with indigenous peoples and First Nations.

*Held*, six of the twelve motions should be allowed.

The central issues raised in the applicants’ motions were grouped into four categories: alleged conflict of interest and bias, environmental issues and substantive reasonableness, issues relating to the consultation with Indigenous peoples and First Nations, and remaining miscellaneous issues.

Various applicants submitted that the decision of the Governor in Council was vitiated by bias and a conflict of interest because after the first approval decision, the Government of Canada, through a corporate vehicle, acquired the respondent Trans Mountain and now owns the project. However, this submission did not pass the “fairly arguable case” test. It suffered from a fatal flaw being that the Governor in Council, the decision maker in this case, is not the Government of Canada and does not own the project. More fundamentally, section 54 of the Act requires the Governor in Council to decide whether to approve a project regardless of who owns it. The Act does not disqualify the Governor in Council from discharging this responsibility based on ownership of the project. The Act prevails over any common law notions of bias and conflict of interest. In the evidentiary record before the Court, there was no evidence to support this submission.

The applicants’ arguments on the environmental issues also could not meet the threshold of a “fairly arguable case”. In *Tsleil-Waututh Nation*, many arguments about the environmental effects of the project either were made or could have been made but were not. Most of the environmental points the applicants now raised were not fairly arguable because they fell into one of these categories and were barred by the doctrines against relitigation. Moreover, in attempting to meet the standard of “fairly arguable”, the applicants had to show that their arguments could practically change the outcome and on this they failed. The Governor in Council found that compelling public interest considerations clearly outweighed the adverse environmental effects. The decisive and emphatic nature of the Governor in Council’s reasons set out in the Order in Council led inexorably to the conclusion that if the matters raised by the applicants at issue were placed in a further new report given to the Governor in Council, the Governor

Il s’agissait principalement de savoir si les requêtes en autorisation de présenter des demandes de contrôle judiciaire satisfaisaient aux critères d’une autorisation parce qu’elles établissaient l’existence d’une « cause raisonnablement défendable ». Plus particulièrement, il s’agissait de savoir si la décision du gouverneur en conseil d’approuver le projet était fondamentalement déraisonnable et si la Couronne a manqué à son obligation de consulter adéquatement les peuples autochtones et les Premières Nations.

*Jugement* : Six des douze requêtes doivent être accueillies.

Les principales questions que soulevaient les requêtes des demandeurs ont été regroupées sous quatre rubriques : conflits d’intérêts et partialité; préoccupations environnementales et décision fondamentalement déraisonnable; consultation des peuples autochtones et des Premières Nations; autres questions diverses.

Divers demandeurs ont prétendu que la décision du gouverneur en conseil était viciée en raison de la partialité et de l’existence de conflits d’intérêts parce que, après l’approbation initiale, le gouvernement du Canada, par le truchement d’une société, a acheté la défenderesse Trans Mountain, de sorte que le projet lui appartient maintenant. Toutefois, cet argument n’était pas « raisonnablement défendable ». Il était entaché d’un vice fatal, à savoir que le gouverneur en conseil, l’organe décisionnel en l’espèce, n’est pas le gouvernement du Canada et il n’est pas propriétaire du projet. Il existait une raison encore plus fondamentale : l’article 54 de la Loi oblige le gouverneur en conseil à décider d’approuver ou non un projet, sans égard à l’identité du propriétaire. La Loi ne déshabilite pas le gouverneur en conseil à s’acquitter de cette responsabilité selon l’identité du propriétaire du projet. La Loi l’emporte sur les principes de common law relatifs à la partialité et aux conflits d’intérêts. Dans le dossier dont la Cour était saisie, les arguments portant sur la partialité et les conflits d’intérêts n’étaient pas étayés par la preuve.

Les arguments des demandeurs sur les préoccupations environnementales ne satisfaisaient pas non plus au critère des arguments « raisonnablement défendables ». Dans l’affaire *Tsleil-Waututh Nation*, nombre d’arguments sur l’incidence environnementale du projet ont été présentés ou auraient pu l’être, mais ils ne l’ont pas été. La plupart des préoccupations environnementales que soulevaient les demandeurs en l’espèce n’étaient pas raisonnablement défendables, car elles appartenaient à l’une ou l’autre de ces catégories et elles étaient irrecevables par application des doctrines empêchant la remise en cause. En outre, pour que leurs arguments soient « raisonnablement défendables », les demandeurs devaient démontrer qu’ils mèneraient pratiquement à une issue différente, et ils ont échoué à cet égard. Le gouverneur en conseil était d’avis que les importantes considérations d’intérêt public l’emportaient haut la main sur le risque de préjudice écologique. Les motifs dont était assorti le décret du gouverneur en conseil, décisifs et

in Council would still conclude the project was, on balance, in the public interest and would still approve it.

Regarding the issues relating to the adequacy of the consultation with Indigenous peoples and First Nations, two sets of arguments on this issue did not pass the “fairly arguable” standard. These arguments involved the applicants’ dissatisfaction and disagreement with the outcome of the consultation process and an asserted right to exercise a veto over the project as well as those points concerning, in particular, the adequacy of consultation that were previously raised and decided in *Tsleil-Waututh Nation* or that could have been raised but were not. The doctrines against relitigation now applied to bar these points. Nevertheless, some issues advanced concerning the adequacy of consultation did meet the “fairly arguable” standard for leave. In particular, the Court in *Tsleil-Waututh Nation* found that Canada had not discharged its duty to consult in Phase III of the consultation process. As a result, the Court quashed the approval of the project and required more work to be done in Phase III of the consultation process. In the following months, further consultation took place to that end. Many of the Indigenous and First Nation applicants now alleged that the poor quality and hurried nature of this further consultation rendered it inadequate. Whether the further consultation process was adequate was unclear and a future panel of the Court would have to decide on its adequacy.

Finally, regarding the remaining miscellaneous issues, to the extent that they existed and did not fit into the four categories previously stated, none of them met the “fairly arguable” standard.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].  
*Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19, s. 52.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 110.  
*National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, ss. 52(11), 53(8), 54, 55.  
 Order in Council P.C. 2018-1177.  
 Order in Council P.C. 2019-378.

catégoriques, menaient inexorablement à la conclusion que, si les questions soulevées par les demandeurs figuraient dans un autre rapport qui serait présenté au gouverneur en conseil, ce dernier arriverait quand même à la conclusion que le projet était, tout compte fait, dans l’intérêt public et l’approuverait.

En ce qui concerne les questions se rapportant aux consultations inadéquates des peuples autochtones et des Premières Nations, deux arguments sur la qualité des consultations n’étaient pas « raisonnablement défendables ». Certains demandeurs ont soulevé leur insatisfaction à l’égard de l’issue des consultations et leur opposition à cette issue et ont invoqué le droit d’opposer un veto au projet, et nombre de questions portant, plus particulièrement, sur la qualité des consultations, qui avaient été soulevées et tranchées dans l’affaire *Tsleil-Waututh Nation*, ou qui auraient pu être soulevées, mais ne l’ont pas été. Les doctrines empêchant la remise en cause sont venues parer à ces arguments. Quoi qu’il en soit, certaines questions soulevées sur la qualité des consultations ont satisfait à la norme de la cause « raisonnablement défendable » à laquelle l’autorisation est subordonnée. Plus particulièrement, la Cour dans l’arrêt *Tsleil-Waututh Nation* était d’avis que le Canada ne s’était pas acquitté de son obligation de consulter à la phase III du processus de consultation. Par conséquent, la Cour a infirmé la décision portant approbation du projet et a exigé des travaux supplémentaires dans le cadre de la phase III du processus de consultation. Au cours des mois qui ont suivi, d’autres consultations ont eu lieu à cette fin. Nombre des demandeurs autochtones et des Premières Nations ont prétendu que la piètre qualité des consultations supplémentaires et la hâte avec laquelle elles ont été tenues rendaient celles-ci inadéquates. La question de savoir si les consultations supplémentaires étaient adéquates n’appelait pas une réponse claire, et une formation de juges de la Cour devrait être appelée à se prononcer sur cette question.

Enfin, en ce qui concerne les questions diverses, dans la mesure où de telles questions existaient et où elles n’entraient pas dans le champ des quatre rubriques énumérées précédemment, aucune d’entre elles n’était « raisonnablement défendable ».

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *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].  
 Décret C.P. 2018-1177.  
 Décret C.P. 2019-378.  
 Décret C.P. 2019-0820.  
*Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, ch. 19, art. 52.  
*Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29.

Order in Council P.C. 2019-0820.  
*Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29.

*Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7,  
art. 52(11), 53(8), 54, 55.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 110.

## CASES CITED

## FOLLOWED:

*Gitxaala Nation v. Canada*, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418, leave to appeal to S.C.C. refused, [2017] 1 S.C.R. xvi; *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 153, [2019] 2 F.C.R. 3, [2018] 3 C.N.L.R. 205, leave to appeal to S.C.C. refused, 38379 (2 May 2019).

## APPLIED:

*Lukács v. Swoop Inc.*, 2019 FCA 145.

## CONSIDERED:

*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511.

## REFERRED TO:

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710; *Robbins v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 24; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Canada (Food Inspection Agency)*, 2017 FCA 45, 411 D.L.R. (4th) 175; *League for Human Rights of B'Nai Brith Canada v. Canada*, 2010 FCA 307, [2012] 2 F.C.R. 312; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, (1996), 137 D.L.R. (4th) 648; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, (1996), 133 D.L.R. (4th) 658; *Bigstone Cree Nation v. Nova Gas Transmission Ltd.*, 2018 FCA 89, 16 C.E.L.R. (4th) 1; *Squamish First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2019 FCA 216, 436 D.L.R. (4th) 596; *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781; *Merchant Law Group v. Canada Revenue Agency*, 2010 FCA 184, 321 D.L.R. (4th) 301; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557; *Prophet River First Nation v. British Columbia (Environment)*, 2015 BCSC 1682, [2016] 1 C.N.L.R. 207, aff'd 2017 BCCA 58, 94 B.C.L.R. (5th) 232; *West Moberly First Nations v. British Columbia (Energy and Mines)*, 2014 BCSC 924, 76 Admin. L.R. (5th) 223; *Canada v. Kabul Farms Inc.*, 2016 FCA 143, 13 Admin. L.R. (6th) 11.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS SUIVIES :

*Nation Gitxaala c. Canada*, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2017] 1 R.C.S. xvi; *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 153, [2019] 2 R.C.F. 3, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 38379 (2 mai 2019).

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Lukács c. Swoop Inc.*, 2019 CAF 145.

## DÉCISION EXAMINÉE :

*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511.

## DÉCISIONS CITÉES :

*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; *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299; *Robbins c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 24; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Canada (Agence d'inspection des aliments)*, 2017 CAF 45; *Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada c. Canada*, 2010 FCA 307, [2012] 2 R.C.F. 312; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *Bigstone Cree Nation c. Nova Gas Transmission Ltd.*, 2018 CAF 89; *Première Nation Squamish c. Canada (Pêches et Océans)*, 2019 CAF 216; *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 38; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781; *Merchant Law Group c. Canada Agence du revenu*, 2010 CAF 184; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557; *Prophet River First Nation v. British Columbia (Environment)*, 2015 BCSC 1682, [2016] 1 C.N.L.R. 207, conf. par 2017 BCCA 58, 94 B.C.L.R. (5th) 232; *West Moberly First Nations v. British Columbia (Energy and Mines)*, 2014 BCSC 924, 76 Admin. L.R. (5th) 223; *Canada c. Kabul Farms Inc.*, 2016 CAF 143.

## AUTHORS CITED

*Canada Gazette*, Part I, Vol. 153, No. 25, 22 June 2019.

TWELVE CONSOLIDATED MOTIONS for leave to commence applications for judicial review of an Order in Council (P.C. 2019-0820) dated June 18, 2019, whereby the Governor in Council approved the Trans Mountain Pipeline expansion project for the second time. Six motions allowed.

## WRITTEN REPRESENTATIONS

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

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

*F. Matthew Kirchner* and *Michelle Bradley* for applicant Squamish Nation.

*F. Matthew Kirchner* and *Emma K. Hume* for applicant Coldwater Indian Band.

*Chris Tollefson* and *Anthony Ho* for applicant Federation of British Columbia Naturalists carrying on business as BC Nature.

*Scott A. Smith*, *Paul Seaman* and *Keith Brown* for applicant Tsleil-Waututh Nation.

*Melinda J. Skeels* and *Natalia Sudeyko* for applicant Stz'uminus First Nation.

*Joelle Walker* and *Erin Reimer* for applicants Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten and Yakweawkwoose.

*K. Michael Stephens*, *Rebecca J. Robb* and *Matthew M.S. Palmer* for applicant City of Vancouver.

*Joelle Walker* and *Ryley Mennie* for applicant Shxw'ōwhámel First Nation.

*Patrick Canning* and *Erin Gray* for applicants Olivier Adkin-Kaya, Nina Tran, Lena Andres, and Rebecca Wolf Gage.

*Crystal Reeves* for applicant Upper Nicola Band.

*Jan Brongers* for respondent Attorney General of Canada.

## DOCTRINE CITÉE

*Gazette du Canada*, Partie I, vol. 153, n° 25, 22 juin 2019.

DOUZE REQUÊTE REGROUPÉES en autorisation de déposer des demandes de contrôle judiciaire d'un décret (C.P. 2019-0820) daté du 18 juin 2019, par lequel le gouverneur en conseil a approuvé le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain pour la seconde fois. Six requêtes accueillies.

## OBSERVATIONS ÉCRITES

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

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

*F. Matthew Kirchner* et *Michelle Bradley*, pour la demanderesse, Nation Squamish.

*F. Matthew Kirchner* et *Emma K. Hume*, pour la demanderesse, Bande indienne Coldwater.

*Chris Tollefson* et *Anthony Ho*, pour la demanderesse, Federation of British Columbia Naturalists faisant affaire sous la raison sociale BC Nature.

*Scott A. Smith*, *Paul Seaman* et *Keith Brown*, pour la demanderesse, Tsleil-Waututh Nation.

*Melinda J. Skeels* et *Natalia Sudeyko*, pour la demanderesse, Stz'uminus First Nation.

*Joelle Walker* et *Erin Reimer*, pour les demandeurs, Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Première Nation Squiala, Tzeachten et Yakweawkwoose.

*K. Michael Stephens*, *Rebecca J. Robb* et *Matthew M.S. Palmer*, pour la demanderesse, Ville de Vancouver.

*Joelle Walker* et *Ryley Mennie*, pour la demanderesse, Shxw'ōwhámel First Nation.

*Patrick Canning* et *Erin Gray*, pour les demandeurs, *Olivier Adkin-Kaya*, *Nina Tran*, *Lena Andres* et *Rebecca Wolf Gage*.

*Crystal Reeves*, pour la demanderesse, Bande Upper Nicola.

*Jan Brongers*, pour le défendeur, le procureur général du Canada.

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

*Doreen Mueller, Stephanie Latimer, Jodie Hierlmeier and Jade Vo* for intervener Attorney General of Alberta.

#### SOLICITORS OF RECORD

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

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

*Ratcliff & Company LLP*, North Vancouver, for applicants Squamish Nation, Stz'uminus First Nation, Coldwater Indian Band, and Stz'uminus First Nation.

*Pacific Centre for Environmental Law and Litigation Law Corporation*, Victoria, for applicant Federation of British Columbia Naturalists carrying on business as BC Nature.

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

*Miller Titerle Law Corporation*, Vancouver, for applicants Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:Y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten and Yakweakwioose.

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

*Miller Titerle Law Corporation*, Vancouver, for applicant Shxw'ōwhámél First Nation.

*British Columbia Arbutus Law Group LLP*, Victoria, for applicants Olivier Adkin-Kaya, Nina Tran, Lena Andres, and Rebecca Wolf Gage.

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

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*Osler, Hoskin & Harcourt LLP*, Calgary, for respondent Trans Mountain Pipeline ULC and Trans Mountain Corporation.

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

*Maureen Killoran, c.r., Olivia C. Dixon et Sean Sutherland*, pour les défenderesses, Trans Mountain Pipeline ULC et Trans Mountain Corporation.

*Doreen Mueller, Stephanie Latimer, Jodie Hierlmeier et Jade Vo*, pour l'intervenant, le procureur général de l'Alberta.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

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

*Miller Thomson LLP*, Vancouver, pour les demandeurs, chef Ron Ignace et chef Rosanne Casimir, pour leur propre compte et au nom de tous les autres membres de Stk'emlupsemc Te Secwepemc de la Nation Secwepemc.

*Ratcliff & Company LLP*, North Vancouver, pour les demanderesse, Nation Squamish, Stz'uminus First Nation, Bande indienne Coldwater et Stz'uminus First Nation.

*Pacific Centre for Environmental Law and Litigation Law Corporation*, Victoria, pour la demanderesse, Federation of British Columbia Naturalists faisant affaire sous la raison sociale BC Nature.

*Gowling WLG (Canada) S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Vancouver, pour la demanderesse, Tsleil-Waututh Nation.

*Miller Titerle Law Corporation*, Vancouver, pour les demandeurs, Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:Y Village, Soowahlie, Première Nation Squiala, Tzeachten et Yakweakwioose.

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

*Miller Titerle Law Corporation*, Vancouver, pour la demanderesse, Shxw'ōwhámél First Nation.

*British Columbia Arbutus Law Group LLP*, Victoria, pour les demandeurs, Olivier Adkin-Kaya, Nina Tran, Lena Andres et Rebecca Wolf Gage.

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

*La sous-procureure générale du Canada* pour le défendeur.

*Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l.*, Calgary, pour les défenderesses, Trans Mountain Pipeline ULC et Trans Mountain Corporation.

*Alberta Justice and Solicitor General*, Edmonton, pour l'intervenant, le procureur général de l'Alberta.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

[1] STRATAS J.A. : By Order in Council P.C. 2019-0820 dated June 18, 2019, the Governor in Council approved the Trans Mountain Pipeline expansion project for the second time: (2019) *C. Gaz.* I, Vol. 153, No. 25 [June 22, 2019]. Twelve sets of parties would like to challenge the approval by starting applications for judicial review. But before they can do that, they have to get leave from this Court: *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7 [repealed S.C. 2019, c. 28, s. 44], section 55.

[2] As a result, 12 motions for leave to start applications for judicial review have been brought. A single judge of this Court decides whether leave should be granted: *National Energy Board Act*, paragraph 55(2)(c).

[3] By order of this Court, the motions have been consolidated. These reasons shall be placed in the lead file, file 19-A-35, and a copy shall be placed in each of the other files.

[4] For the following reasons, six of the motions for leave will be allowed and six will be dismissed. Assuming six applications for judicial review are started, they will be made ready for hearing in the shortest possible time.

#### A. The giving of reasons in this case

[5] The settled practice of this Court is not to give reasons when releasing its decisions on leave motions.

[6] The Chief Justice of this Court has recognized that in the unique circumstances of this case, this practice might have to be relaxed. He has issued a direction explaining this. The direction reads as follows:

The Court's standing practice is not to issue reasons in disposing of leave applications. However this is an exceptional case as the respondents, who have a direct interest in the project, took no position for or against the leave applications in all cases but one, thereby leaving the matter to the discretion of the Court. Taking no position on a motion is a

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendue par*

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Par voie de décret (C.P. 2019-0820 daté du 18 juin 2019), le gouverneur en conseil a approuvé le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain pour la seconde fois ((2019), *Gaz. C. I.*, vol. 153, n° 25 [22 juin 2019]). Douze groupes de parties souhaitent contester la décision portant approbation du projet au moyen d'un contrôle judiciaire. Or, ces parties doivent au préalable en demander l'autorisation à notre Cour (*Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7 [abrogé par L.C. 2019, ch. 28, art. 44], article 55 (Loi)).

[2] Par conséquent, elles ont présenté 12 requêtes en autorisation de déposer des demandes de contrôle judiciaire. La décision d'accorder ou non une telle autorisation relève d'un juge de la Cour siégeant seul (Loi, alinéa 55(2)c)).

[3] Les requêtes ont été réunies par suite d'une ordonnance rendue par la Cour. L'original des présents motifs sera déposé au dossier principal, soit 19-A-35, et une copie sera versée aux autres dossiers.

[4] Pour les motifs qui suivent, j'accueille six des requêtes en autorisation et je rejette les six autres. Si six demandes de contrôle judiciaire sont effectivement déposées, l'instruction des instances en vue de la tenue de l'audience sera accélérée le plus possible.

#### A. La publication de motifs en l'espèce

[5] La pratique établie au sein de la Cour consiste à ne pas assortir de motifs ses décisions portant sur des requêtes en autorisation.

[6] Le juge en chef de la Cour a reconnu que, dans les circonstances particulières de la présente espèce, il se peut que cette pratique doive être assouplie. Il a émis une directive à ce sujet, dont je reproduis ici le texte :

[TRADUCTION] La pratique normale de la Cour est de ne pas assortir de motifs ses décisions portant sur les demandes d'autorisation. Or, il s'agit en l'espèce d'une situation exceptionnelle, car les défendeurs, qui ont un intérêt direct en lien avec le projet, n'ont pas pris position, ni pour ni contre les demandes d'autorisation dans tous les dossiers,

common practice when dealing with procedural matters; it is not when issues of general importance are in play.

Being left without a contrary view, the Court on its own motion notified two interested parties pursuant to Rule 110 of the *Federal Courts Rules*, the Attorneys General of British Columbia and Alberta. Alberta responded by moving to intervene and, following submissions, was granted intervenor status. Alberta asks that the 12 applications be dismissed.

Should the judge seized with the motions for leave decide against the applicants, the issuance of reasons explaining why may be necessary, as an exception to the Court's practice. This is because the applicants, having been told by Canada, which holds the constitutional obligation to discharge the duty to consult, that it takes no position, would be entitled to know why the Court has decided against the applicants.

The matter is left to the discretion of the presiding judge.

[7] In response to this, I have exercised my discretion to issue reasons in support of the orders dismissing the leave motions.

B. The involvement of the Attorney General of Alberta in the leave motions

[8] The respondents took no position on 11 of the 12 leave motions because they considered the threshold for leave to be quite low. As described by the Chief Justice in his direction, the Court issued a notice under rule 110 [of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106]. In response, the Attorney General of Alberta brought a motion to intervene to oppose the leave motions. After considering the parties' submissions on the motion to intervene, the Court decided to add the Attorney General of Alberta as an intervenor.

C. The criteria for granting leave

[9] The express text of the *National Energy Board Act* does not tell us when to grant leave. However, we can

à l'exception d'un seul. Ils laissent ainsi la Cour trancher à sa discrétion. C'est une pratique courante pour les parties de ne pas prendre position relativement à une requête en matière de procédure, mais ce ne l'est pas lorsque des questions d'importance générale sont soulevées.

Sans le bénéfice d'arguments contraires, la Cour, de son propre chef, a porté l'instance à l'attention de deux personnes susceptibles d'être intéressées, soit les procureurs généraux de la Colombie-Britannique et de l'Alberta, en vertu de l'article 110 des *Règles des Cours fédérales*. L'Alberta a déposé une requête en intervention, qui a été accueillie après examen des prétentions. L'Alberta demande le rejet des douze demandes.

Si le juge saisi des requêtes en autorisation déboute les demandeurs, il pourrait se révéler nécessaire de publier des motifs expliquant sa décision, contrairement à la pratique de la Cour. En effet, les demandeurs, informés par le Canada – qui est tenu par la Constitution de s'acquitter de son obligation de consulter – qu'il ne prend pas position, mériteraient de savoir pourquoi la Cour n'a pas tranché en leur faveur.

La question est laissée à la discrétion du juge des requêtes.

[7] Par suite de cette directive, j'ai décidé d'assortir de motifs les ordonnances portant rejet des requêtes en autorisation.

B. La participation du procureur général de l'Alberta dans l'instruction des requêtes en autorisation

[8] Les défendeurs n'ont pas pris position à l'égard de 11 des 12 requêtes en autorisation, car le critère applicable en la matière n'est à leur avis pas très exigeant. Comme l'indique le juge en chef dans la directive qu'il a émise, la Cour a signifié un avis en vertu de la règle 110 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106]. Par suite de cet avis, le procureur général de l'Alberta a présenté une requête en intervention dans le but de faire valoir son opposition aux requêtes en autorisation. Après examen des prétentions des parties relatives à la requête en intervention, la Cour a décidé d'accorder au procureur général de l'Alberta l'autorisation d'intervenir.

C. Les critères applicables en matière d'autorisation

[9] Le libellé de la Loi ne nous dit pas expressément quand il y a lieu d'accorder l'autorisation. Toutefois, il est

deduce this from related sections of the Act and Parliament's purpose in requiring that leave be sought: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193 and *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559.

[10] The portion of the *National Energy Board Act* concerning project approvals is a complete code. It provides for the National Energy Board studying and assessing the project, the Board providing a report to the Governor in Council, and the Governor in Council considering the report and deciding one way or the other: *Gitxaala Nation v. Canada*, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418, at paragraphs 119–127, leave to appeal to S.C.C. refused, 37201 (9 February 2017) [[2017] 1 S.C.R. xvi]; *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 153, [2019] 2 F.C.R. 3, [2018] 3 C.N.L.R. 205, at paragraphs 173–203, leave to appeal to S.C.C. refused, 38379 (2 May 2019) (the case in which this Court set aside the Governor in Council's first approval of the project). To prevent delay to a project that may benefit the public considerably, the Act imposes deadlines during the approval process.

[11] As this process unfolds, recourse to the judicial system is forbidden; only at the end of the process, after the Governor in Council has decided the matter, is recourse potentially available: *National Energy Board Act*, subsections 52(11), 53(8) and 55(1); *Gitxaala Nation*, at paragraphs 119–127; *Tsleil-Waututh Nation*, at paragraphs 170–202. But this is neither automatic nor as of right; the Court must decide whether it is warranted: see *National Energy Board Act*, subsection 55(1), which requires a party first to seek leave from the Court. Leave must be sought quickly so that projects approved by the Governor in Council will not be unnecessarily held up: *National Energy Board Act*, paragraph 55(2)(a). Leave must be decided upon “without delay and in a summary way”: *National Energy Board Act*, paragraph 55(2)(c). And a single judge with written materials decides—not the more time-consuming panel of three considering both written materials and oral submissions at a hearing: *National Energy Board Act*, paragraph 55(2)(c).

possible de le déduire des dispositions connexes de cette loi et de l'intention du législateur, qui dispose que le contrôle judiciaire est subordonné au dépôt d'une demande d'autorisation (*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).

[10] La partie de la Loi qui porte sur l'approbation des projets constitue un code complet. Ce code prévoit l'examen et l'évaluation par l'Office national de l'énergie (Office), la présentation d'un rapport par ce dernier au gouverneur en conseil ainsi que l'examen du rapport par le gouverneur en conseil, qui décide alors d'approuver ou non le projet (*Nation Gitxaala c. Canada*, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418, aux paragraphes 119 à 127, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 37201 (9 février 2017) [[2017] 1 R.C.S. xvi]); *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 153, [2019] 2 R.C.F. 3, aux paragraphes 173 à 203, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 38379 (2 mai 2019) (l'arrêt par lequel notre Cour a annulé la décision initiale du gouverneur en conseil d'approuver le projet). Pour éviter qu'un projet susceptible de présenter un important intérêt public traîne en longueur, la Loi prescrit les délais du processus d'approbation.

[11] Pendant le déroulement de ce processus, il est interdit d'ester en justice. À la fin du processus seulement, une fois que le gouverneur en conseil a pris sa décision, est-il éventuellement possible d'intenter un recours (Loi, paragraphes 52(11), 53(8) et 55(1); *Nation Gitxaala*, aux paragraphes 119 à 127; *Tsleil-Waututh Nation*, aux paragraphes 170 à 202). Or, ce recours n'est pas présenté d'office ni de plein droit; la Cour doit décider s'il est justifié (voir la Loi, au paragraphe 55(1), qui oblige la partie à demander pour ce faire l'autorisation de la Cour). Cette autorisation doit être demandée sans tarder, de sorte que les projets approuvés par le gouverneur en conseil ne soient pas inutilement retardés (Loi, alinéa 55(2)a)). Il est statué sur cette demande « à bref délai et selon la procédure sommaire » (Loi, alinéa 55(2)c)). Un juge siégeant seul tranche la demande sur dossier; la procédure plus longue exigeant une formation de trois juges, qui statuent à la lumière du dossier et de prétentions orales présentées à l'audience, n'est pas prévue (Loi, alinéa 55(2)c)).

[12] Parliament's purpose is plain: a project is not to be hamstrung by multiple, unnecessary, long forays through the judicial system. Any recourse to the judicial system must be necessary and as short as possible.

[13] Thus, the leave requirement is not just a cursory checkpoint on the road to judicial review. It is more like a thorough customs inspection at the border.

[14] Leave requirements to this Court can be found under various legislative schemes. Under a couple of these, it has been suggested that a party seeking leave must show a "fairly arguable case" that warrants "a full review of the administrative decision, [with all] the [available] procedural rights, investigative techniques and, if applicable and necessary, [all the] evidence-gathering techniques [that are] available": see, e.g., *Lukács v. Swoop Inc.*, 2019 FCA 145, at paragraph 19 and cases cited.

[15] The standard of a "fairly arguable case" described in *Lukács* is a good place to begin. But given this legislative scheme and Parliament's purpose, more definitional guidance on the "fairly arguable" standard is needed.

[16] When applying the "fairly arguable" standard under section 55 of the *National Energy Board Act*, three ideas must be kept front of mind:

- (a) *Fulfilment of the gatekeeping function.* The "fairly arguable" standard must be applied in a way that fulfils the important gatekeeping function of the leave requirement in this legislative regime. Thus, the arguments an applicant wishes to advance in a judicial review and the evidence it offers in support must be scrutinized meaningfully and rigorously to ensure they meet the "fairly arguable" standard. Leave must be denied to those without evidence who offer

[12] L'intention du législateur est on ne peut plus claire : un projet ne doit pas être freiné par de multiples recours judiciaires inutiles et interminables. Il faut que tout appel aux tribunaux soit nécessaire et le plus bref possible.

[13] Ainsi, dans la voie qui mène au contrôle judiciaire, l'obligation d'obtenir l'autorisation ne tient pas de la vérification sommaire effectuée en bordure de la route; elle ressortit davantage à une inspection en règle effectuée à la frontière.

[14] Les dispositions qui obligent une partie à obtenir l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour sont prévues dans différents régimes légaux. Par exemple, on peut dire qu'une partie sollicitant l'autorisation de se pourvoir devrait invoquer des arguments « raisonnablement défendables » qui justifient « le contrôle intégral de la décision administrative, qui respecte tous les droits procéduraux [applicables] et fait appel aux techniques d'enquête et, le cas échéant, [à toutes les] techniques de collecte de la preuve pertinentes » (voir, p. ex. *Lukács c. Swoop Inc.*, 2019 CAF 145, au paragraphe 19 et la jurisprudence qui y est mentionnée).

[15] La norme de la « cause raisonnablement défendable » qui est décrite dans l'arrêt *Lukács* constitue un bon point de départ. Cependant, vu le régime légal applicable et l'intention du législateur, il est nécessaire de préciser ce qu'il faut entendre par une « cause raisonnablement défendable ».

[16] Lorsqu'il s'agit d'appliquer la norme de la « cause raisonnablement défendable » à une affaire intéressant l'article 55 de la Loi, il importe de garder à l'esprit les trois notions suivantes :

- a) *La fonction de gardien judiciaire.* La norme de la cause « raisonnablement défendable » doit être appliquée de manière à ce que soit acquittée la fonction importante que représente au sein du régime légal l'obligation d'obtenir l'autorisation. Par conséquent, il faut passer au crible les prétentions qu'un demandeur souhaite faire valoir dans le cadre d'un contrôle judiciaire et la preuve qui les étaye pour décider si elles satisfont à cette norme. Il faut refuser

arguments that must have evidence and to those whose arguments face fatal legal bars.

- (b) *The role of deference.* Sometimes, in law, the Court must give decision makers a margin of appreciation, leeway or deference when reviewing their decisions. These can drastically affect what is “fairly arguable”: they can take an argument that is tenable in theory and make it hopeless in reality.
- (c) *Practicality matters.* Granting leave to an argument that, if accepted with others, will not overturn the decision under review is a waste of time and resources and frustrates Parliament’s purpose. This is common sense but it is also the law: reviewing courts will not overturn and send back a decision for redetermination if it is clear the same decision will be made: see, e.g., *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710; *Robbins v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 24; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Canada (Food Inspection Agency)*, 2017 FCA 45, 411 D.L.R. (4th) 175. Arguments pointing out minor flaws in the decision are less likely to pass this hurdle than arguments striking at the root of the decision.

#### D. Analysis

##### (1) Introduction

[17] The most central issues in the leave motions before this Court are the alleged substantive unreasonableness of the Governor in Council’s decision to approve the project and the Crown’s failure to adequately consult with Indigenous peoples and First Nations. Given the meaning of the “fairly arguable case” standard, we must explore the extent to which margin of appreciation, deference or leeway

l’autorisation aux parties qui font valoir des arguments sans les étayer et à celles dont les arguments sont irrecevables en droit.

- b) *Le rôle de la déférence.* Parfois, la Cour est tenue en droit de donner une marge d’appréciation ou une certaine latitude aux décideurs ou de faire preuve à leur égard de déférence lorsqu’elle contrôle leurs décisions. Ces principes jouent considérablement sur ce qui constitue un argument « raisonnablement défendable » : ils peuvent rendre insoutenable en réalité un argument qui semblait soutenable en théorie.
- c) *L’importance de l’aspect pratique.* Accorder à une partie l’autorisation de demander le contrôle judiciaire sur la foi d’un argument qui, s’il est admis avec d’autres, ne permettra pas d’infirmar la décision faisant l’objet du contrôle constitue une perte de temps et de ressources et méconnaît l’intention du législateur. Si cela tombe sous le sens, c’est également conforme au droit. Les cours saisies du contrôle judiciaire ne doivent pas infirmer une décision et la renvoyer au décideur pour qu’il tranche à nouveau s’il est évident que l’affaire se soldera par la même décision (voir, p. ex., *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299; *Robbins c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 24; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Canada (Agence d’inspection des aliments)*, 2017 CAF 45). Les arguments qui soulèvent des lacunes mineures dans une décision sont moins susceptibles de satisfaire à cet élément que ceux qui attaquent le fondement même d’une décision.

#### D. Analyse

##### 1) Introduction

[17] Les principales questions que soulèvent les requêtes en autorisation dont la Cour est saisie sont celles de savoir, d’une part, si la décision du gouverneur en conseil d’approuver le projet était fondamentalement déraisonnable et, d’autre part, si la Couronne a manqué à son obligation de consulter adéquatement les peuples autochtones et les Premières Nations. Vu ce qu’il faut entendre par la norme

factor into the analysis of these issues. We must also investigate whether any fatal legal bars and objections stand in the way of the applications.

- (a) The deference to be afforded to the Governor in Council’s decision to approve the project

[18] In reviewing the reasonableness of the Governor in Council’s approval decision, the Court must give the Governor in Council the “widest margin of appreciation” over the matter: *Gitxaala Nation*, at paragraph 155; *Tsleil-Waututh Nation*, at paragraph 206. The level of deference is high.

[19] The Governor in Council’s approval decision is a “discretionary [one] ... 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”: *Gitxaala Nation*, at paragraphs 140–144 and 154; see also *Tsleil-Waututh Nation*, at paragraphs 206–223. Only the Governor in Council—not this Court—is equipped to evaluate such considerations with precision: *Gitxaala Nation*, at paragraphs 142–143, citing *League for Human Rights of B’Nai Brith Canada v. Canada*, 2010 FCA 307, [2012] 2 F.C.R. 312, at paragraphs 76–77. Thus, only arguments that can possibly get past a high level of deference can qualify as “fairly arguable”.

- (b) The leeway that must be given on the adequacy of consultation with First Nations and Indigenous peoples

[20] Adequate consultation consists of “reasonable efforts to inform and consult”, not all possible efforts: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at paragraph 62. There must be “meaningful two-way dialogue” and “serious consideration” about both “the specific and real concerns” of Indigenous peoples and possible measures to accommodate those concerns: *Haida Nation*, at paragraph 62; *R. v.*

de la « cause raisonnablement défendable », il importe de déterminer à quel point la marge d’appréciation, la latitude et la déférence jouent dans l’analyse de ces questions. Il faut également voir si les demandes sont irrecevables ou autrement empêchées.

- a) La déférence que commande la décision du gouverneur en conseil d’approuver le projet

[18] Dans son analyse visant à déterminer si la décision du gouverneur en conseil était raisonnable, la Cour doit accorder à ce dernier « la marge d’appréciation la plus large possible » (*Nation Gitxaala*, au paragraphe 155; *Tsleil-Waututh Nation*, au paragraphe 206). La déférence est élevée.

[19] La décision du gouverneur en conseil est « discrétionnaire [et est] fondée sur des considérations de politique et d’intérêt public très larges apprécié[e]s en fonction de critères polycentriques, subjectifs ou vagues et [est] influencée par ses opinions sur les considérations d’ordre économique, culturel et environnemental et par l’intérêt public général » (*Nation Gitxaala*, aux paragraphes 140 à 144 et 154; voir également *Tsleil-Waututh Nation*, aux paragraphes 206 à 223). Seul le gouverneur en conseil est outillé pour évaluer de telles considérations avec précision. Notre Cour ne l’est pas (*Nation Gitxaala*, aux paragraphes 142 et 143, renvoyant à l’arrêt *Ligue des droits de la personne de B’Nai Brith Canada c. Canada*, 2010 CAF 307, [2012] 2 R.C.F. 312, aux paragraphes 76 et 77). Par conséquent, seuls les arguments qui sont susceptibles de survivre à une déférence élevée peuvent être qualifiés de « raisonnablement défendables ».

- b) La latitude à accorder quand il s’agit de décider si les consultations des Premières Nations et des peuples autochtones étaient adéquates

[20] Les consultations sont adéquates si « les efforts raisonnables ont été déployés pour informer et consulter »; point n’est besoin de faire tous les efforts possibles (*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, au paragraphe 62). Il faut un « véritable dialogue » et une « prise en compte sérieuse » des « préoccupations réelles et précises » des peuples autochtones et des mesures possibles pour y répondre (*Nation*

*Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, (1996), 137 D.L.R. (4th) 648, at paragraph 170; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, (1996), 133 D.L.R. (4th) 658, at paragraph 110; *Tsleil-Waututh Nation*, at paragraphs 562–563.

[21] Compliance with the duty to consult is not measured by a standard of perfection: *Gitxaala Nation*, at paragraphs 182–184; *Tsleil-Waututh Nation*, at paragraphs 226, 508–509 and 762. Some leeway must be afforded because of the inevitability of “omissions, misunderstanding, accidents and mistakes” and “difficult judgment calls” in “numerous, complex and dynamic” issues involving many parties: *Gitxaala Nation*, at paragraph 182.

[22] The duty to consult does not require the consent or non-opposition of First Nations and Indigenous peoples before projects like this can proceed: *Gitxaala Nation*, at paragraphs 179–180; *Bigstone Cree Nation v. Nova Gas Transmission Ltd.*, 2018 FCA 89, 16 C.E.L.R. (4th) 1, at paragraph 49; *Squamish First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2019 FCA 216, 436 D.L.R. (4th) 596, at paragraph 37. Dissatisfaction, disappointment or disagreement with the outcome reached after consultation is not enough to trigger a breach of the duty: *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386, at paragraph 83; *Bigstone*, at paragraph 70. Under the duty to consult, First Nations and Indigenous peoples do not have a right to veto a project.

[23] Thus, arguments that consultation was inadequate can only meet the “fairly arguable” standard if the alleged inadequacies go beyond the leeway given to the decision maker. The arguments must be focused on the process, quality and conduct of consultation.

(c) Fatal legal bars and objections

[24] An established body of law bars relitigation—namely the doctrines of *res judicata*, issue estoppel and abuse of process: *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460 (issue estoppel); *Toronto*

*haïda*, au paragraphe 62; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, au paragraphe 170; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, au paragraphe 110; *Tsleil-Waututh Nation*, aux paragraphes 562 et 563).

[21] Lorsqu’il s’agit de s’acquitter de l’obligation de consulter, la perfection n’est pas requise (*Nation Gitxaala*, aux paragraphes 182 à 184; *Tsleil-Waututh Nation*, aux paragraphes 226, 508 à 509 et 762). Une certaine latitude doit être accordée au décideur, en raison « des omissions, des malentendus, des accidents et des erreurs » inévitables et des « questions de jugement difficiles » faisant intervenir des éléments « nombreux, complexes, dynamiques » intéressant de nombreuses parties (*Nation Gitxaala*, au paragraphe 182).

[22] L’obligation de consulter ne requiert pas le consentement — ou l’absence d’opposition — des Premières Nations et des peuples autochtones à des projets comme celui dont il est question en l’espèce comme condition à leur réalisation (*Nation Gitxaala*, aux paragraphes 179 et 180; *Bigstone Cree Nation c. Nova Gas Transmission Ltd.*, 2018 CAF 89, au paragraphe 49; *Première Nation Squamish c. Canada (Pêches et Océans)*, 2019 CAF 216, au paragraphe 37). L’insatisfaction ou la déception à l’égard de l’issue des consultations ou l’opposition à cette dernière ne permettent pas d’alléguer le manquement à l’obligation (*Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386, au paragraphe 83; *Bigstone*, au paragraphe 70). L’obligation de consulter ne donne pas aux Premières Nations et peuples autochtones un droit de veto à l’égard d’un projet.

[23] Par conséquent, les arguments quant aux consultations inadéquates ne sont « raisonnablement défendables » que si les prétendues lacunes excèdent la latitude à laquelle le décideur a droit. Ils doivent porter sur le processus, la qualité et la tenue des consultations.

c) Irrecevabilité et autres empêchements

[24] Des notions de droit établies font obstacle à la remise en cause, soit les doctrines de *res judicata*, de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée et de l’abus de procédure (*Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001

(*City*) v. *C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77 (abuse of process). With some wrinkles, these doctrines bar arguments from being advanced in a later, second proceeding when they were raised and decided in a first proceeding or could have been raised in that first proceeding.

[25] This bar is potentially live in these motions. In *Tsleil-Waututh Nation*, this Court struck down the Governor in Council's first approval of this project. In so doing, this Court did not require all the work and consultation leading up to the Governor in Council's approval to be redone. The Court decided that much of the earlier work satisfied the law. It only required targeted work and further meaningful consultation to be performed to address the specific flaws that led to the quashing of the first approval. The Governor in Council has now approved the project again and the applicants seek leave to start a new round of judicial reviews. Due to the doctrines barring relitigation, the applicants cannot now raise issues that were raised and decided (or that could have been raised) in *Tsleil-Waututh Nation*—and there were many, as the 254 pages and 776 paragraphs in it show.

[26] As a practical matter, this means that any judicial review of the Governor in Council's latest approval decision must be limited to: (1) measuring the targeted work and further consultation required by *Tsleil-Waututh Nation* against the applicable law and the specific flaws identified in *Tsleil-Waututh Nation*; and (2) assessing any legally relevant events that postdate *Tsleil-Waututh Nation* and affect the project's approval. Due to the doctrines barring relitigation, issues raised in a judicial review application that go beyond these things cannot meet the "fairly arguable" standard.

[27] The Court has discretion to relax the doctrines barring relitigation in appropriate circumstances: see *Danyluk*, at paragraph 33. But the applicants—especially in their responses to the submissions of the Attorney General of

CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460 (préclusion découlant d'une question déjà tranchée); *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77 (abus de procédure)). À quelques exceptions près, ces doctrines interdisent aux parties de faire valoir des arguments dans une instance ultérieure qui avaient déjà été présentés et débattus dans une instance précédente ou auraient pu l'être.

[25] Il se peut que pareil empêchement s'applique aux présentes requêtes. Dans l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation*, la Cour a infirmé la décision initiale du gouverneur en conseil portant approbation du projet. La Cour n'a pas exigé que tous les travaux et les consultations ayant mené à la décision du gouverneur en conseil soient repris à neuf. Selon elle, une grande partie des travaux précédents étaient conformes à la loi. Elle exigeait seulement, pour pallier les lacunes précises qui avaient mené à l'annulation de la décision initiale, la reprise de certains travaux et la tenue de véritables consultations supplémentaires. Le gouverneur en conseil a depuis approuvé à nouveau le projet, et les demandeurs cherchent à obtenir l'autorisation d'intenter une nouvelle série de contrôles judiciaires. Vu les doctrines qui font obstacle à la remise en cause, les demandeurs ne peuvent aujourd'hui soulever des questions qui avaient été soulevées et tranchées (ou auraient pu l'être) dans l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation*. Comme en témoignent les 254 pages et 776 paragraphes que comportent les motifs de cet arrêt, les questions étaient nombreuses.

[26] Ce qui veut dire, en pratique, que tout contrôle judiciaire de la seconde décision du gouverneur en conseil doit se limiter 1) à comparer les travaux indiqués et les consultations supplémentaires exigés par la Cour dans l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation* au droit applicable et aux lacunes précisées dans cet arrêt et 2) à évaluer les faits pertinents sur le plan juridique qui se sont produits depuis le prononcé de cet arrêt et sont susceptibles d'influer sur l'approbation du projet. Vu les doctrines qui empêchent la remise en cause, les questions soulevées dans le cadre d'un contrôle judiciaire qui vont au-delà de ces deux démarches ne sont pas « raisonnablement défendables ».

[27] La Cour est habilitée, à sa discrétion, à assouplir l'application des doctrines empêchant la remise en cause, lorsque la situation s'y prête (*Danyluk*, au paragraphe 33). Or, les demandeurs, tout particulièrement dans leurs

Alberta on relitigation—have not presented any case, let alone an arguable case, that this Court should do so.

[28] In this case, the doctrines barring relitigation are most important. Were the doctrines ignored, a never-ending series of court challenges could ensue. For example, in file 19-A-46, parties who did not participate in *Tsleil-Waututh Nation* have applied for leave to raise Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*] issues that could have been raised in *Tsleil-Waututh Nation* but were not. Without strict enforcement of the doctrines barring relitigation, this sort of thing could happen again and again, keeping the project tangled in litigation, subverting the purpose of this legislative scheme.

[29] Related to the bars against relitigation is the binding effect of prior decided cases. The law set out by this Court in *Tsleil-Waututh Nation* and *Gitxaala Nation*—both heavily based on governing authority from the Supreme Court of Canada—bind this Court and will determine large swathes of these leave applications. Thus, this is not the wider sort of case where the legal principles are unknown and have to be developed. Rather, this is the narrower sort of case where the Court must assess whether known legal principles have been followed. There is more scope for “fairly arguable” issues in the former sort of case than the latter.

(2) Evaluating the issues raised by the applicants in the leave motions

[30] To reiterate, the most central issues in the leave motions are the alleged substantive unreasonableness of the Governor in Council’s decision to approve the project and the Crown’s alleged failure to adequately consult with Indigenous peoples and First Nations. These issues can be subdivided for the purpose of evaluation and combined with other, narrower, issues raised by the applicants. It is useful to group them into four categories: alleged conflict of interest and bias, environmental issues and substantive reasonableness, issues relating to the consultation with

répliques aux observations du procureur général de l’Alberta sur la remise en cause — n’ont guère présenté d’arguments raisonnablement défendables qui justifieraient l’intervention de la Cour en ce sens.

[28] En l’espèce, les doctrines empêchant la remise en cause jouent un rôle primordial. En faire fi résulterait en une série d’interminables de recours judiciaires. Par exemple, dans le dossier 19-A-46, les parties — qui n’ont pas participé à l’affaire *Tsleil-Waututh Nation* — ont demandé l’autorisation d’ester pour plaider des questions relatives à la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*] qui auraient pu être soulevées dans l’instance précédente, mais ne l’ont pas été. À défaut d’une application stricte des doctrines, cette situation est susceptible de se produire à maintes reprises. Le projet risque alors d’être paralysé au sein du système judiciaire, ce qui n’est pas conforme à l’objet du régime légal.

[29] Les doctrines empêchant la remise en cause ont pour parallèle l’effet contraignant de la jurisprudence. Les règles de droit énoncées par notre Cour dans les arrêts *Tsleil-Waututh Nation* et *Nation Gitxaala* — tous deux fondés en grande partie sur la jurisprudence issue de la Cour suprême du Canada — lient notre Cour et permettent de trancher nombre des présentes demandes. Nous sommes saisis, non pas d’une affaire de vaste portée où les principes de droit applicables sont à établir, mais d’une affaire de portée plus restreinte qui appelle la Cour à décider si les principes de droit connus ont été respectés. Le premier type d’instance laisse davantage de champ aux questions « raisonnablement défendables » que le second.

2) Évaluation des questions soulevées dans les requêtes en autorisation

[30] Répétons que les principales questions que soulèvent les requêtes en autorisation sont celles de savoir, d’une part, si la décision du gouverneur en conseil d’approuver le projet était fondamentalement déraisonnable et, d’autre part, si la Couronne a manqué à son obligation de consulter adéquatement les peuples autochtones et les Premières Nations. Ces questions peuvent être divisées aux fins d’analyse et combinées à d’autres questions de portée plus limitée soulevées par les demandeurs. Il est utile de les regrouper sous quatre rubriques : conflits d’intérêts et

Indigenous peoples and First Nations, and remaining, miscellaneous issues.

(a) Alleged conflict of interest and bias

[31] Various applicants submit that the decision of the Governor in Council is vitiated by bias and a conflict of interest. They submit that the bias and conflict of interest arises from the fact that, soon after the first approval decision, the Government of Canada, through a corporate vehicle, acquired the respondent Trans Mountain and now, practically speaking, owns the project.

[32] This submission does not pass the “fairly arguable case” test.

[33] At the outset, it suffers from a fatal flaw. The Governor in Council is not the Government of Canada. The Governor in Council, the decision maker here, does not own the project.

[34] More fundamentally, section 54 of the *National Energy Board Act* requires the Governor in Council to decide whether to approve a project regardless of who owns it. The Act does not disqualify the Governor in Council from discharging this responsibility based on ownership of the project. The Act prevails over any common law notions of bias and conflict of interest: *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781.

[35] This case would be different if the Governor in Council blindly approved the project because the Government of Canada now owns it instead of looking at legally relevant criteria. But to make that sort of point “fairly arguable”, there must be at least a shred of evidence to support it. In the evidentiary record before the Court, there is none. Without evidence, suggestions of bias or conflict of interest are just idle speculations or bald allegations and cannot possibly satisfy the test of a “fairly arguable case”: *Merchant Law Group v. Canada Revenue Agency*, 2010 FCA 184, 321 D.L.R. (4th) 301, at paragraph 34 and cases cited therein; *JP Morgan Asset Management*

partialité; préoccupations environnementales et décision fondamentalement déraisonnable; consultation des peuples autochtones et des Premières Nations; autres questions diverses.

a) Conflits d'intérêts et partialité

[31] Divers demandeurs prétendent que la décision du gouverneur en conseil est viciée en raison de la partialité et de l'existence de conflits d'intérêts. Selon eux, ces vices résultent de l'achat, peu de temps après la décision initiale, de la défenderesse Trans Mountain, par le gouvernement du Canada par le truchement d'une société, de sorte que le projet lui appartient pratiquement.

[32] Cet argument n'est pas « raisonnablement défendable ».

[33] Au départ, cet argument est entaché d'un vice fatal. Le gouverneur en conseil n'est pas le gouvernement du Canada. Le gouverneur en conseil, l'organe décisionnel en l'espèce, n'est pas propriétaire du projet.

[34] Il existe une raison encore plus fondamentale : l'article 54 de la Loi oblige le gouverneur en conseil à décider d'approuver ou non un projet, sans égard à l'identité du propriétaire. La Loi ne déshabilite pas le gouverneur en conseil à s'acquitter de cette responsabilité selon l'identité du propriétaire du projet. La Loi l'emporte sur les principes de common law relatifs à la partialité et aux conflits d'intérêts (*Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781).

[35] L'affaire serait différente si le gouverneur en conseil avait aveuglément approuvé le projet parce que le gouvernement du Canada en est maintenant propriétaire au lieu d'examiner les critères juridiques pertinents. Toutefois, pour que ce genre d'argument soit « raisonnablement défendable », il doit être un tant soit peu étayé. Dans le dossier dont la Cour est saisie, pareille preuve brille par son absence. Dans ce cas, les arguments portant sur la partialité et les conflits d'intérêts ne sont rien d'autre que des conjectures et de simples prétentions non étayées qui ne sauraient être « raisonnablement défendables » (voir l'arrêt *Merchant Law Group c. Canada Agence du revenu*,

*(Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557, at paragraph 45 and cases cited therein.

[36] Some applicants have noted public statements on the part of certain federal politicians in support of the project as proof of disqualifying bias. This issue is not “fairly arguable”. In law, statements of this sort do not trigger disqualifying bias: see, e.g., *Gitxaala Nation*, at paragraphs 195–200; *Prophet River First Nation v. British Columbia (Environment)*, 2015 BCSC 1682, [2016] 1 C.N.L.R. 207, at paragraphs 189–200, affd 2017 BCCA 58, 94 B.C.L.R. (5th) 232; *West Moberly First Nations v. British Columbia (Energy and Mines)*, 2014 BCSC 924, 76 Admin. L.R. (5th) 223, at paragraphs 107–110.

(b) Environmental issues and substantive reasonableness

[37] The applicants’ arguments on the environmental issues cannot meet the threshold of a “fairly arguable case”.

[38] In *Tsleil-Waututh Nation*, many arguments about the environmental effects of the project either were made or could have been made but were not. Most of the environmental points the applicants now raise are not fairly arguable because they fall into one of these categories. They are barred by the doctrines against relitigation.

[39] A couple of examples will suffice to illustrate this. Some applicants submit that the Governor in Council had no jurisdiction to make a decision without ensuring the requirements of the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29 were met. This point is not fairly arguable because this Court specifically rejected it in *Tsleil-Waututh Nation*, at paragraph 464.

[40] Some applicants allege flaws in the Board’s examination of environmental matters under the *Species at Risk*

2010 CAF 184, au paragraphe 34 et la jurisprudence qui y est mentionnée ainsi que *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557, au paragraphe 45 et la jurisprudence qui y est mentionnée).

[36] Certains demandeurs avancent comme preuve de partialité fatale des déclarations publiques en faveur du projet prononcées par des politiciens fédéraux. Cette question n’est pas « raisonnablement défendable ». En droit, de telles déclarations ne révèlent pas une partialité fatale (voir, p. ex., *Nation Gitxaala*, aux paragraphes 195 à 200; *Prophet River First Nation v. British Columbia (Minister of Environment)*, 2015 BCSC 1682, [2016] 1 C.N.L.R. 207, aux paragraphes 189 à 200, conf. par 2017 BCCA 58, 94 B.C.L.R. (5th) 232; *West Moberly First Nations v. British Columbia (Energy and Mines)*, 2014 BCSC 924, 76 Admin. L.R. (5th) 223, aux paragraphes 107 à 110).

b) Préoccupations environnementales et décision fondamentalement déraisonnable

[37] Les arguments des demandeurs sur les préoccupations environnementales ne sont pas « raisonnablement défendables ».

[38] Dans l’affaire *Tsleil-Waututh Nation*, nombre d’arguments sur l’incidence environnementale du projet ont été présentés ou auraient pu l’être. La plupart des préoccupations environnementales que soulèvent les demandeurs en l’espèce ne sont pas raisonnablement défendables, car elles appartiennent à l’une ou l’autre de ces catégories. Elles sont irrecevables par application des doctrines empêchant la remise en cause.

[39] Il suffit de deux exemples pour illustrer mon propos. Selon certains demandeurs, le gouverneur en conseil n’était pas habilité à prendre une décision sans vérifier que les critères précisés dans la *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29, avaient été respectés. Cet argument n’est pas raisonnablement défendable parce que notre Cour l’a expressément rejeté dans l’arrêt *Tsleil-Waututh Nation*, au paragraphe 464.

[40] Des demandeurs affirment que l’examen par l’Office des questions environnementales qu’exige la *Loi*

*Act and the Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19, s. 52. Other applicants raise other matters, such as the project's greenhouse gas emissions, the need for the project, the economics of the project, and the risk of oil spills. These too are not fairly arguable because they were raised and decided or could have been raised in *Tsleil-Waututh Nation*.

[41] Recall what this Court decided in *Tsleil-Waututh Nation* (at paragraph 201): this Court found a “[material] deficien[cy]” in the National Energy Board’s work such that its report to the Governor in Council was not an admissible “report” under section 54. This meant that the Governor in Council lacked a necessary legal prerequisite to decide under section 54. The “[material] deficien[cy]” in that case was major and glaring: the National Energy Board failed to examine the issue of project-related marine shipping as part of the project.

[42] Since this Court’s decision in *Tsleil-Waututh Nation*, the National Energy Board addressed this material deficiency by providing a comprehensive, detail-laden, 678-page report to the Governor in Council that considered the issue of project-related marine shipping and related issues and suggested measures for mitigating effects. The Governor in Council considered the new report, as is evident from the Order in Council it issued.

[43] Many of the applicants submit that the new report is so flawed that the Governor in Council still lacks the necessary legal prerequisite of a “report” under section 54. This submission cannot possibly succeed based on the degree of examination and study of the issue of project-related marine shipping and related environmental issues in the new report.

[44] Under section 54, the Governor in Council had to consider whether the project should be approved and, if necessary, on what conditions. Based on the evidence the applicants have filed and the applicable law, it is impossible for the applicants to overcome the considerable deference the Court must afford to the Governor in Council as it considers the new report, in all its detail and technicality, and as it makes this sort of public interest decision: see

*sur les espèces en péril et la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, ch. 19, art. 52, était lacunaire. D'autres soulèvent des questions différentes, comme les gaz à effet de serre qui seront émis par le projet, l'importance du projet, les retombées économiques du projet et le risque de déversement. Ces questions ne sont pas non plus raisonnablement défendables, car elles ont été soulevées et tranchées, ou auraient pu l'être, dans l'affaire *Tsleil-Waututh Nation*.

[41] Rappelons la décision de la Cour dans cette affaire, au paragraphe 201 : les travaux de l'Office comportaient des « lacunes importantes » de sorte que le rapport qu'il avait présenté au gouverneur en conseil ne constituait pas un « rapport » prévu à l'article 54. Ainsi, le gouverneur en conseil était privé d'un prérequis légal impératif pour prendre la décision que prévoyait l'article 54. Les « lacunes importantes » dans cette affaire étaient fondamentales et criantes : l'Office n'avait pas examiné l'effet du transport maritime lié au projet.

[42] Depuis l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation*, l'Office a corrigé ces lacunes importantes en fournissant au gouverneur en conseil un rapport exhaustif et détaillé comportant 678 pages qui examine la question du transport maritime lié au projet et des questions connexes et propose des mesures pour atténuer les risques. Le gouverneur en conseil a pris connaissance du nouveau rapport, comme il ressort du décret qu'il a pris.

[43] Plusieurs demandeurs affirment que le nouveau rapport est si lacunaire que le gouverneur en conseil est toujours privé du prérequis légal que constitue le « rapport » prévu à l'article 54. Cet argument ne saurait être retenu, vu l'ampleur de l'étude du transport maritime lié au projet et des questions environnementales connexes dont le nouveau rapport fait état.

[44] Aux termes de l'article 54, le gouverneur en conseil était tenu de décider s'il y avait lieu d'approuver ou non le projet et de déterminer éventuellement des conditions. Vu la preuve produite par les demandeurs et le droit applicable, il est impossible pour l'argument de ces derniers de survivre à la déférence considérable dont la Cour doit faire preuve à l'égard du gouverneur en conseil, qui est appelé à examiner le nouveau rapport des plus détaillé et technique

paragraphs 16(b) and 18–19, above. Its decision involved a weighing and balancing of the project’s benefits against its detriments, drawing upon broad considerations of economics, science, the environment, the public interest, and other considerations of a policy nature, all of which lie outside of the ken of this Court: *Gitxaala Nation*, at paragraph 148, citing *Canada v. Kabul Farms Inc.*, 2016 FCA 143, 13 Admin. L.R. (6th) 11, at paragraph 25. The law forces this Court to afford significant deference—according to the cases, the “widest margin of appreciation” [*Gitxaala Nation*, at paragraph 155]—to the Governor in Council and the outcome it has reached based on this weighing and balancing. The applicants’ case for substantive unreasonableness on environmental issues and the issues arising under environmental legislation is no stronger than that which this Court dismissed in *Gitxaala Nation* and *Tsleil-Waututh Nation*.

[45] As well, in attempting to meet the standard of “fairly arguable”, the applicants have to show that their arguments could practically change the outcome: see paragraph 16(c), above. On this, they fail. The Governor in Council found that compelling public interest considerations clearly outweighed the adverse environmental effects. The decisive and emphatic nature of the Governor in Council’s reasons set out in the Order in Council leads inexorably to the conclusion that if the matters raised by the applicants, Raincoast Conservation, Living Oceans Society, Federation of B.C. Naturalists and the City of Vancouver, were placed in a further new report given to the Governor in Council, the Governor in Council would still conclude the project is, on balance, in the public interest and would still approve it.

- (c) Issues relating to the adequacy of the consultation with Indigenous peoples and First Nations

[46] At the outset, there are two sets of arguments relating to the adequacy of consultation that do not pass the “fairly arguable” standard.

[47] First, some of the applicants’ arguments reflect their dissatisfaction and disagreement with the outcome of the

et à prendre ce genre de décision dans l’intérêt public (voir les paragraphes 16b) et 18 à 19 des présents motifs). Sa décision commandait une mise en balance des avantages et des inconvénients du projet effectuée à la lumière des considérations générales que sont les retombées économiques, les données scientifiques, l’environnement, l’intérêt public et de celles qui ressortissent aux politiques, dont aucune n’est du ressort de la Cour (*Nation Gitxaala*, au paragraphe 148, renvoyant à *Canada c. Kabul Farms Inc.*, 2016 CAF 143, au paragraphe 25). Le droit oblige la Cour à accorder une déférence considérable — suivant la jurisprudence, la « marge d’appréciation la plus large possible » [*Nation Gitxaala*, au paragraphe 155] — au gouverneur en conseil et à sa décision, qui résulte de cette mise en balance. L’argument des demandeurs, selon lequel la décision est fondamentalement déraisonnable sur le plan des préoccupations environnementales et des questions relatives à la législation en matière de protection de l’environnement, n’est pas plus convaincant que celui que la Cour a rejeté dans les arrêts *Nation Gitxaala* et *Tsleil-Waututh Nation*.

[45] En outre, pour que leurs arguments soient « raisonnablement défendables », les demandeurs doivent démontrer qu’ils mèneraient pratiquement à une issue différente (voir le paragraphe 16c) des présents motifs). Ils échouent à cet égard. Le gouverneur en conseil était d’avis que les importantes considérations d’intérêt public l’emportaient haut la main sur le risque de préjudice écologique. Les motifs dont est assorti le décret, décisifs et catégoriques, mènent inexorablement à la conclusion que, si les questions soulevées par Raincoast Conservation, Living Oceans Society, Federation of B.C. Naturalists et la Ville de Vancouver, demandeurs en l’espèce, figuraient dans un autre rapport qui serait présenté au gouverneur en conseil, ce dernier arriverait quand même à la conclusion que le projet est, tout compte fait, dans l’intérêt public et l’approuverait.

- c) Consultations inadéquates des peuples autochtones et des Premières Nations

[46] Précisons tout d’abord que deux arguments sur la qualité des consultations ne sont pas « raisonnablement défendables ».

[47] Premièrement, certains demandeurs soulèvent leur insatisfaction à l’égard de l’issue des consultations et leur

consultation process and effectively assert a right to consent or to exercise a veto over the project—the very things that numerous authorities tell us are not encompassed by the duty to consult.

[48] Second, in *Tsleil-Waututh Nation*, many points concerning the adequacy of consultation were raised and decided and many others could have been raised but were not. The doctrines against relitigation now apply to bar these points. This renders some of the points the applicants now raise inadmissible under the “fairly arguable” standard. A good example is shown by the Stz’uminus First Nation and the Shxw’ōwhámel First Nation. They raise consultation concerns that could have been raised and addressed in *Tsleil-Waututh Nation*. They did not appear in *Tsleil-Waututh Nation* to advance their concerns and are now barred from doing so. On this, the comments made in paragraph 28 above are apposite, as are the submissions of the Attorney General of Alberta at paragraphs 48–50 of his written submissions. These applicants will not be granted leave to start an application for judicial review.

[49] However, some issues advanced by the other Indigenous and First Nation applicants concerning the adequacy of consultation do meet the “fairly arguable” standard.

[50] The Court in *Tsleil-Waututh Nation* found (at paragraph 6) that Canada had not discharged its duty to consult in one part of the consultation process—Phase III. In particular, at paragraphs 557–563, this Court summarized a number of consultation flaws: a failure to engage in a meaningful two-way dialogue and, related to this, an unduly limited mandate given to Crown representatives who were engaged in consultation; an improper reluctance to depart from the findings of the National Energy Board and conditions on the project recommended by it; and an erroneous view on the part of the Governor in Council that it could not impose additional conditions on the project.

[51] As a result, this Court in *Tsleil-Waututh Nation* quashed the approval of the project and required more

opposition à cette issue et invoquent essentiellement le droit de consentir ou non au projet ou un droit de veto à cet égard, ce que l’obligation de consulter n’englobe pas selon une abondante jurisprudence.

[48] Deuxièmement, dans l’affaire *Tsleil-Waututh Nation*, nombre de questions portant sur la qualité des consultations avaient été soulevées et tranchées et beaucoup d’autres auraient pu l’être. Les doctrines empêchant la remise en cause viennent parer à ces arguments. Certains arguments soulevés par les demandeurs sont irrecevables, car ils ne sont pas « raisonnablement défendables ». L’argument de la Stz’uminus First Nation et de la Shxw’ōwhámel First Nation constitue un bon exemple. Ces demandereses soulèvent des préoccupations relatives aux consultations qui auraient pu être examinées dans l’arrêt *Tsleil-Waututh Nation*. Elles n’ont pas comparu dans l’affaire *Tsleil-Waututh Nation* pour exprimer leurs préoccupations et sont donc irrecevables en leurs demandes. À ce sujet, les remarques qui figurent au paragraphe 28 des présents motifs sont pertinentes, ainsi que les paragraphes 48 à 50 des observations écrites du procureur général de l’Alberta. Par conséquent, ces demandereses ne seront pas autorisées à demander le contrôle judiciaire.

[49] En revanche, certaines questions soulevées par d’autres demandeurs autochtones et des Premières Nations sur la qualité des consultations sont « raisonnablement défendables ».

[50] La Cour dans l’arrêt *Tsleil-Waututh Nation* est d’avis (voir le paragraphe 6) que le Canada ne s’est pas acquitté de son obligation de consulter à la phase III du processus de consultation. Tout particulièrement, aux paragraphes 557 à 563, la Cour résume les lacunes qui vicient les consultations : l’absence d’un véritable dialogue et, corollairement, le mandat trop restrictif donné aux représentants de la Couronne responsables de mener les consultations; la réticence induite à s’écarter des conclusions de l’Office et des conditions dont il avait recommandé que soit assorti le projet ainsi que la croyance erronée de la part du gouverneur en conseil qui estimait qu’il n’était pas habilité à assortir le projet de conditions supplémentaires.

[51] Par conséquent, la Cour dans l’arrêt *Tsleil-Waututh Nation* a infirmé la décision portant approbation du projet

work to be done in Phase III of the consultation process. In the following months, further consultation took place to that end.

[52] Many of the Indigenous and First Nation applicants now allege that the poor quality and hurried nature of this further consultation rendered it inadequate. In order to appreciate this issue, some background needs to be set out.

[53] After *Tsleil-Waututh Nation* sent the matter back to the Governor in Council for redetermination, the Governor in Council issued an order under the *National Energy Board Act* requiring the Board, within 155 days, to reconsider its recommendation concerning the project and all terms and conditions set out in the Board's first report relevant to project-related marine shipping and related issues: Order in Council P.C. 2018-1177 (September 20, 2018). The Board delivered its reconsideration report on February 22, 2019.

[54] In *Tsleil-Waututh Nation* (at paragraph 771), this Court required that the further consultation process be completed before the Governor in Council decided on the approval of the project. But once the Governor in Council received the Board's reconsideration report, subsection 54(3) of the *National Energy Board Act* kicked in and required the Governor in Council to decide on the project within three months. Under subsection 54(3) the Governor in Council could extend this deadline. It did so, by one month, in order to allow more time for the further consultation process: Order in Council P.C. 2019-378 (April 17, 2019). At the time, some of the Indigenous and First Nation applicants complained that the extension was insufficient to complete the further consultation process. None of them brought an application for judicial review challenging the small size of the extension. And assuming the law permitted them to bring such an application at the time, it is now too late.

[55] Whether the further consultation process was adequate is unclear. Because a future panel of this Court will have to decide on its adequacy, only a few general comments will now follow.

et a exigé des travaux supplémentaires dans le cadre de la phase III du processus de consultation. Au cours des mois qui ont suivi, d'autres consultations ont eu lieu.

[52] Nombre des demandeurs autochtones et des Premières Nations prétendent dorénavant que la piètre qualité des consultations supplémentaires et la hâte avec laquelle elles ont été tenues rendent celles-ci inadéquates. Pour être en mesure d'évaluer cette question, il importe de la mettre en contexte.

[53] Après que la Cour, s'étant prononcée dans l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation*, eut renvoyé l'affaire au gouverneur en conseil, ce dernier a pris un décret en vertu de la Loi obligeant l'Office à réexaminer sa recommandation à propos du projet ainsi que toutes les conditions proposées dans son premier rapport au sujet du transport maritime lié au projet et des questions connexes dans un délai de 155 jours (décret C.P. 2018-1177 (20 septembre 2018)). L'Office a présenté son second rapport le 22 février 2019.

[54] La Cour dans l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation* (au paragraphe 771) demandait que les consultations supplémentaires soient terminées avant que le gouverneur en conseil prenne sa décision quant à l'approbation du projet. Or, dès lors que le gouverneur en conseil a reçu le second rapport de l'Office, le délai de trois mois que prévoit le paragraphe 54(3) de la Loi pour la décision a commencé à courir. Le gouverneur en conseil est habilité par cette disposition à proroger ce délai, ce qu'il a fait, accordant un mois de plus pour les consultations (décret C.P. 2019-378 (17 avril 2019)). À l'époque, certains demandeurs autochtones et des Premières Nations ont dit que la prorogation ne permettrait pas de terminer les consultations supplémentaires. Aucun n'a demandé le contrôle judiciaire du décret en raison de l'insuffisance du délai supplémentaire accordé. S'ils avaient même pu, en droit, présenter une telle demande, elle est maintenant prescrite.

[55] La question de savoir si les consultations supplémentaires étaient adéquates n'appelle pas une réponse claire. Comme une formation de juges de la Cour sera appelée à se prononcer sur cette question, je n'émetts que quelques commentaires d'ordre général à ce sujet.

[56] Given the fundamental nature of the interests of Indigenous peoples and First Nations, the applicants say the Governor in Council's decision that the further consultation was adequate should be strictly reviewed.

[57] In their evidence, consisting of many thousands of detailed pages, the Indigenous and First Nations applicants point with considerable particularity and detail to issues they say were important to them. They say the Government of Canada ignored these issues in the original process of consultation and ignored them again in the further consultation process. They add that little or nothing was done in the process of further consultation from the time *Tsleil-Waututh Nation* was released until the National Energy Board delivered its report—a period slightly less than six months. In their view, the time left for the further consultation process, roughly four months, was insufficient to address the shortcomings identified by this Court in *Tsleil-Waututh Nation*. Even during these four months, some of the applicants allege inactivity by the Government of Canada.

[58] The applicants do acknowledge that the Government of Canada introduced some new initiatives to assist consultation and added some conditions on the project approval that was ultimately given. But to them this is just window-dressing, box-ticking and nice-sounding words, not the hard work of taking on board their concerns, exploring possible solutions, and collaborating to get to a better place.

[59] The respondents, including the Attorney General of Canada representing the Government of Canada, took no position for or against the leave motions brought by the Indigenous and First Nation applicants. The respondents did state that if leave were granted and applications for judicial review were brought they would support the Governor in Council's decision and oppose the applicants. But on the leave motions they offered no submissions or evidence to assist the Court.

[60] The Attorney General of Alberta did intervene to oppose the granting of leave. But while his legal submissions

[56] Vu les intérêts fondamentaux des peuples autochtones et des Premières Nations en la matière, les demandeurs affirment que la décision du gouverneur en conseil suivant laquelle les consultations supplémentaires étaient adéquates appelle un contrôle strict.

[57] Les demandeurs autochtones et des Premières Nations soulignent expressément et de manière très détaillée dans leur dossier de preuve, qui fait plusieurs milliers de pages, les questions qui, selon leurs dires, leur importent. Ils affirment que le gouvernement du Canada a fait fi de ces questions dans la tenue des consultations initiales, et a fait de même lors du déroulement des consultations ultérieures. Ils ajoutent qu'aucune mesure ou presque n'a été prise pendant les consultations ultérieures de la date du prononcé de l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation* jusqu'à celle du rapport de l'Office, soit en un peu moins de six mois. Selon eux, le délai prévu pour les consultations ultérieures, environ quatre mois, était trop court pour permettre de pallier les lacunes relevées par la Cour dans l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation*. Certains demandeurs affirment que le gouvernement du Canada n'a rien fait, même durant ces quatre mois.

[58] Les demandeurs reconnaissent que le gouvernement du Canada a mis en œuvre de nouvelles initiatives pour faciliter les consultations et a assorti de nouvelles conditions le projet qui a ultimement été approuvé. Or, à leur avis, c'est de la poudre aux yeux, des gestes vides de sens et des palabres, et non pas la dure besogne qui consiste à écouter leurs préoccupations, à explorer les solutions possibles et à collaborer pour arriver à une meilleure issue.

[59] Les défendeurs, dont le procureur général du Canada qui représente le gouvernement du Canada, n'ont pas pris position à l'égard des requêtes en autorisation présentées par les demandeurs autochtones et des Premières Nations. Les défendeurs ont toutefois précisé que, si l'autorisation était accordée et que des demandes de contrôle judiciaire étaient déposées, ils défendraient la décision du gouverneur en conseil et feraient valoir leur opposition aux demandeurs. Toutefois, à propos des requêtes en autorisation comme telles, ils n'offrent aucune observation ni preuve susceptible d'aider la Cour.

[60] Le procureur général de l'Alberta est intervenu pour s'opposer aux requêtes. Ses observations juridiques

were helpful, he was not involved in the further consultation process and so he could not provide evidence on it.

[61] The recitals in the Governor in Council's Order in Council are all the Court has against the applicants' position in these leave motions. They assert that by the time of the decision, the Governor in Council believed that the further consultation with Indigenous peoples and First Nations was adequate. The recitals also set out many new consultative steps and initiatives pursued to remedy the flaws identified in *Tsleil-Waututh Nation* and plenty of general activity such as 46 ministerial meetings with 65 Indigenous groups.

[62] Down the road, the respondents might be able to present strong evidence supporting the adequacy of the further consultation and show that the Governor in Council reasonably, i.e., acceptably and defensibly, believed that the further consultation was adequate. The respondents might have submissions about the extent to which the Court should defer to the Governor in Council's assessment of the adequacy of consultation and the leeway the Court must give where issues of compliance with the duty to consult arise.

[63] At this time, however, the respondents have withheld their evidence and legal submissions on these points. So the analysis cannot progress further.

[64] Therefore, this Court must conclude that the issue of adequacy of the further consultation arising from the circumstances described in paragraphs 50–62, above, meets the “fairly arguable” standard for leave.

[65] I would state this issue in the form of a question: from August 30, 2018 (the date of the decision in *Tsleil-Waututh Nation*) to June 18, 2019 (the date of the Governor in Council's decision) was the consultation with Indigenous peoples and First Nations adequate in law to address the shortcomings in the earlier consultation process that were summarized at paragraphs 557–563 of *Tsleil-Waututh*

étaient certes utiles, mais comme il n'avait pas participé aux consultations ultérieures, il ne pouvait témoigner à cet égard.

[61] La Cour ne dispose que des attendus qui figurent dans le décret comme arguments qui militent en défaveur des thèses des demandeurs dans les requêtes en autorisation. Selon les attendus, au moment de la décision, le gouverneur en conseil estimait que les consultations supplémentaires des peuples autochtones et des Premières Nations étaient adéquates. Ils énumèrent les nombreuses nouvelles étapes et initiatives de consultation visant à pallier les lacunes relevées dans l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation* et nombre d'activités générales, comme les 46 réunions ministérielles tenues avec 65 groupes autochtones.

[62] À une date ultérieure, il se peut que les défendeurs présentent une preuve solide qui démontre que les consultations supplémentaires étaient adéquates et que le gouverneur en conseil estimait raisonnablement — c'est-à-dire de façon acceptable et défendable — qu'elles l'étaient. Les défendeurs pourraient alors présenter des observations sur la déférence dont la Cour doit faire preuve à l'égard du gouverneur en conseil qui a évalué la qualité des consultations et sur la latitude qu'il convient de lui accorder lorsqu'il s'agit de décider si l'obligation de consulter a été respectée.

[63] Or, à ce moment-ci, les défendeurs n'ont pas présenté de preuve et d'observations juridiques sur ces questions. L'analyse est donc freinée.

[64] Par conséquent, la Cour doit conclure que la question de savoir si les consultations supplémentaires étaient adéquates, que soulèvent les circonstances décrites aux paragraphes 50 à 62 des présents motifs, satisfait à la norme de la cause « raisonnablement défendable » à laquelle l'autorisation est subordonnée.

[65] J'énoncerais ainsi la question : du 30 août 2018 (la date du prononcé de l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation*) au 18 juin 2019 (la date de la décision du gouverneur en conseil), les consultations des peuples autochtones et des Premières Nations étaient-elles adéquates en droit de telle sorte qu'elles permettent de pallier les lacunes des consultations initiales qui sont résumées aux paragraphes 557 à

*Nation*? The answer to this question should include submissions on the standard of review, margin of appreciation or leeway that applies in law.

[66] The respondents should not be foreclosed from raising any bars or defences to any applications for judicial review. Therefore, a second question should be stated: do any defences or bars to the application for judicial review apply?

[67] Finally, depending on the answers to the foregoing questions, the issue of remedy may arise. As the administrative law principle set out in paragraph 16(c) above illustrates, sometimes the decision, despite its defects, should not be quashed and the matter should not be sent back for redetermination. As well, other considerations may affect the entitlement to a remedy, the type of remedy, or the terms of a remedy. Therefore, a third question should be stated: if the answers to the above questions are negative, should a remedy be granted and, if so, what remedy and on what terms?

[68] The parties are free to structure their submissions as they see fit, as long as they answer all of these questions in some way—and only these questions.

(d) Remaining miscellaneous issues

[69] To the extent that miscellaneous issues exist that do not neatly fit into the four categories above, none of them meet the “fairly arguable” standard. On these, the Court substantially adopts the submissions of the Attorney General of Alberta.

[70] In particular, in the case of file 19-A-46, there is no evidence supporting the applicants’ Charter claims. The applicants’ arguments are also barred by the doctrines against relitigation: see paragraph 28, above. On the issue of procedural fairness, this Court substantially adopts the submissions of the Attorney General of Alberta, and finds no arguable case. Here too, *Tsleil-Waututh Nation* provides a full answer. The legal principles of that case are not in

563 des motifs de l’arrêt *Tsleil-Waututh Nation*? La réponse à cette question devrait inclure des observations à propos de la norme de contrôle, marge d’appréciation ou latitude qui s’applique en droit.

[66] Les défendeurs doivent avoir tout loisir d’opposer quelque empêchement ou moyen de défense que ce soit aux demandes de contrôle judiciaire. Par conséquent, une seconde question s’impose : y a-t-il des moyens de défense ou des empêchements qui peuvent être opposés aux demandes de contrôle judiciaire?

[67] Enfin, selon les réponses qu’appelleront les questions précédentes, il se peut que les réparations soient soulevées. Comme l’illustre le principe de droit administratif expliqué au paragraphe 16c) des présents motifs, parfois il n’y a pas lieu d’infirmier la décision, malgré ses lacunes, et de renvoyer l’affaire au décideur. En outre, d’autres considérations sont susceptibles d’influer sur le droit à une réparation, le type de réparation ou les conditions dont elle est assortie. Par conséquent, une troisième question doit être énoncée : si les questions précédentes appellent des réponses négatives, y a-t-il lieu d’accorder une réparation (laquelle et à quelles conditions)?

[68] Les parties peuvent structurer leurs observations à leur guise, dès lors qu’elles répondent à toutes ces questions, mais uniquement à ces questions, d’une manière ou d’une autre.

d) Questions diverses

[69] S’il existe des questions diverses qui n’entrent pas dans le champ des quatre rubriques énumérées précédemment, aucune de ces questions n’est « raisonnablement défendable ». À cet égard, la Cour fait siennes en grande partie les observations du procureur général de l’Alberta.

[70] Tout particulièrement, dans le dossier 19-A-46, rien n’étaye les prétentions des demandeurs fondées sur la Charte. Les doctrines qui empêchent la remise en cause font également obstacle à leurs arguments (voir le paragraphe 28 des présents motifs). En ce qui concerne l’équité procédurale, la Cour fait siennes en grande partie les observations du procureur général de l’Alberta et estime que l’argument n’est pas défendable. Dans ce cas

question and, when applied to the facts, foreclose the finding of a fairly arguable issue here.

#### E. Conclusion

[71] It follows that the Indigenous and First Nation applicants, other than the Stz'uminus First Nation and the Shxw'ōwhámél First Nation, will be given leave to start applications for judicial review addressing the two questions, above. These applicants are (in alphabetical order):

- Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten, Yakweakwoose;
- Chief Ron Ignace and Chief Rosanne Casimir, on their own behalf and on behalf of all other members of the Stk'emlupsemc Te Secwepemc of the Secwepemc Nation;
- Coldwater Indian Band;
- Squamish Nation;
- Tsleil-Waututh Nation; and
- Upper Nicola Band.

[72] All of the other leave motions will be dismissed.

#### F. The upcoming proceedings

[73] Given the issue on which leave will be permitted, the upcoming proceedings will be narrower and more focused than those in *Tsleil-Waututh Nation* concerning the first project approval.

[74] There is a substantial public interest in having the upcoming proceedings decided very quickly one way or the other.

également, les motifs de l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation* fournissent un guide complet. Les principes juridiques de cet arrêt ne sont pas remis en question et, quand on les applique aux faits, il est impossible de conclure à l'existence d'une question raisonnablement défendable.

#### E. Conclusion

[71] Il s'ensuit que les demandeurs autochtones et des Premières Nations, outre la Stz'uminus First Nation et la Shxw'ōwhámél First Nation, seront autorisées à déposer des demandes de contrôle judiciaire portant sur les deux questions précédentes. Ces demandeurs sont les suivants, en ordre alphabétique :

- Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá :y Village, Soowahlie, Première Nation Squiala, Tzeachten, Yakweakwoose;
- Chef Ron Ignace et chef Rosanne Casimir, pour leur propre compte et au nom de tous les membres de Stk'emlupsemc Te Secwepemc de la Nation Secwepemc;
- Bande indienne Coldwater;
- Nation Squamish;
- Tsleil-Waututh Nation;
- Bande Upper Nicola.

[72] Les autres requêtes en autorisation sont rejetées.

#### F. Déroulement des instances

[73] Vu le motif qui justifie d'accorder l'autorisation, les instances qui s'ensuivront auront une portée plus étroite que c'était le cas dans l'affaire *Tsleil-Waututh Nation*, qui portait sur l'approbation initiale du projet.

[74] Un important intérêt public commande que les instances soient tranchées très rapidement, dans un sens ou dans l'autre.

[75] The parties are directed to file their notices of application for judicial review within seven days and, in the case of the Attorney General of Alberta, to file a notice of motion to intervene within seven days if he intends to try to participate in the applications.

[76] The parties are directed to contact the Judicial Administrator in the next three days to advise of their availability for a conference call with the Court in the next week to discuss a highly expedited schedule for the applications for judicial review. The Court queries whether the period for submitting evidence and cross-examinations could be extremely short: the evidentiary focus will be exclusively or almost exclusively on the further consultation process and the findings of fact and law in *Tsleil-Waututh Nation* will already be before the Court. Conceivably, the applicants' affidavits on these leave motions could be filed in chief in the applications, the respondents could be permitted a short time to file their responding affidavits, and the applicants could be permitted a short time after that to file reply affidavits. The applicants have also done much of the work necessary for their memoranda of fact and law and so the timelines for the filing of memoranda of fact and law might also be able to be shortened substantially.

#### G. Proposed disposition

[77] Orders will issue in accordance with these reasons. The terms of the orders for the successful applicants are the same. The terms of the orders for the unsuccessful applicants are the same except for the costs award in file 19-A-46.

[78] On the issue of costs, the respondents did not take a position in 11 of 12 motions and so no costs will be awarded for or against them in those motions. The exception is the motion in file 19-A-46. There, only the respondent, Trans Mountain Pipeline ULC, asked for its costs and it is entitled to them. The remaining respondents in that motion did not ask for costs and, thus, will not get them.

[75] Les parties doivent déposer leurs avis de demande de contrôle judiciaire dans les sept jours qui suivent, et le procureur général de l'Alberta, s'il entend solliciter la participation aux instances, doit déposer un avis de requête en intervention dans les sept jours qui suivent.

[76] Les parties doivent communiquer avec l'administrateur judiciaire dans les trois jours qui suivent pour donner leurs disponibilités en vue de la tenue d'une conférence téléphonique avec la Cour, qui se tiendra au cours de la semaine qui vient, pour discuter de l'instruction très accélérée des instances. La Cour cherche à savoir si les délais prévus pour la production de la preuve et les contre-interrogatoires pourraient être extrêmement courts. La preuve portera exclusivement ou presque sur les consultations supplémentaires, et la Cour dispose déjà des conclusions de fait et de droit issues de l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation*. Il est possible que les affidavits des demandeurs déposés dans le cadre des requêtes en autorisation puissent être déposés en preuve principale dans le cadre des demandes; les défendeurs pourraient disposer d'un court délai pour déposer leurs affidavits en réplique, et les demandeurs auraient ensuite un court délai pour déposer leurs affidavits en réponse. Les demandeurs ont déjà fait le gros du travail en vue de la préparation de leur mémoire des faits et du droit, de sorte que le délai de dépôt de ces documents pourrait également être considérablement raccourci.

#### G. Dispositif proposé

[77] Des ordonnances seront rendues conformément aux présents motifs. Le libellé des ordonnances destinées aux demandeurs ayant eu gain de cause est identique. Le libellé des ordonnances destinées aux demandeurs déboutés est identique, à l'exception du passage qui concerne l'adjudication des dépens dans le dossier 19-A-46.

[78] À propos des dépens, les défendeurs n'ont pas pris position à l'égard de 11 des 12 requêtes. Ainsi, la Cour ne rend aucune ordonnance quant aux dépens dans le cadre de ces requêtes, sauf pour le dossier 19-A-46. Dans ce cas, seule Trans Mountain Pipeline ULC parmi les défendeurs a demandé qu'on lui adjuge les dépens, et elle y a droit. Les autres défendeurs nommés dans ce dossier n'ont pas demandé les dépens; la Cour ne leur accorde rien.

[79] The order granting the Attorney General of Alberta leave to intervene did not protect him from an award of costs nor did it potentially entitle him to costs. In the result, his position was upheld in some motions and not upheld in others. However, his intervention was very helpful to the Court. So costs will not be ordered for or against the Attorney General of Alberta.

[80] Therefore, in the motion in file 19-A-46, costs will be awarded to the respondent, Trans Mountain Pipeline ULC. In all other motions, costs will not be awarded.

[79] L'ordonnance ayant autorisé le procureur général de l'Alberta à intervenir ne l'empêchait pas d'être condamné aux dépens et ne le privait pas du droit de les demander. Ses arguments ont été retenus dans certaines requêtes, mais il a succombé dans d'autres. Toutefois, son intervention s'est révélée très utile à la Cour. La Cour n'adjudge pas les dépens au procureur général de l'Alberta, et il n'y est pas condamné.

[80] Par conséquent, dans le dossier 19-A-46, les dépens sont adjugés à la défenderesse, Trans Mountain Pipeline ULC. Aucune ordonnance quant aux dépens n'est rendue dans les autres dossiers.