

2009 FCA 308
A-537-08

2009 CAF 308
A-537-08

Standing Buffalo Dakota First Nation, and Chief Rodger Redman, Councillor Wayne Goodwill, Councillor Dion Yuzicappi, Councillor Vergil Bear, Councillor Herman Goodpipe, Councillor Stella Isnana, and Councillor Conrad Tawiyaka as representatives of The Members of Standing Buffalo Dakota First Nation (*Appellants*)

La Première nation dakota de Standing Buffalo, et le chef Rodger Redman et les conseillers Wayne Goodwill, Dion Yuzicappi, Vergil Bear, Herman Goodpipe, Stella Isnana, et Conrad Tawiyaka, en qualité de représentants des membres de la Première nation dakota de Standing Buffalo (*appelants*)

v.

c.

Enbridge Pipelines Inc., Canadian Association of Petroleum Producers and National Energy Board (*Respondents*)

Enbridge Pipelines Inc., l'Association canadienne des producteurs pétroliers et l'Office national de l'énergie (*intimés*)

and

et

Attorney General of Saskatchewan, the Attorney General of Alberta and the Attorney General of Canada (*Interveners*)

Le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta et le procureur général du Canada (*intervenants*)

A-541-08

A-541-08

Standing Buffalo Dakota First Nation, and Chief Rodger Redman, Councillor Wayne Goodwill, Councillor Dion Yuzicappi, Councillor Vergil Bear, Councillor Herman Goodpipe, Councillor Stella Isnana, and Councillor Conrad Tawiyaka as representatives of The Members of Standing Buffalo Dakota First Nation (*Appellants*)

La Première nation dakota de Standing Buffalo, et le chef Rodger Redman et les conseillers Wayne Goodwill, Dion Yuzicappi, Vergil Bear, Herman Goodpipe, Stella Isnana, et Conrad Tawiyaka, en qualité de représentants des membres de la Première nation dakota de Standing Buffalo (*appelants*)

v.

c.

Enbridge Southern Lights GP Inc. on behalf of Enbridge Southern Lights LP and Enbridge Pipelines Inc., National Energy Board, and Canadian Association of Petroleum Producers (*Respondents*)

Enbridge Southern Lights GP Inc. au nom de Enbridge Southern Lights LP et Enbridge Pipelines Inc., l'Association canadienne des producteurs pétroliers, et l'Office national de l'énergie, et (*intimés*)

and

et

Attorney General of Canada (*Intervener*)

Le procureur général du Canada (*intervenant*)

A-542-08

A-542-08

Standing Buffalo Dakota First Nation, and Chief Rodger Redman, Councillor Wayne Goodwill, Councillor Dion Yuzicappi, Councillor Vergil Bear, Councillor Herman Goodpipe, Councillor Stella Isnana, and Councillor Conrad Tawiyaka as representatives of The Members of Standing Buffalo Dakota First Nation (*Appellants*)

La Première nation dakota de Standing Buffalo, et le chef Rodger Redman et les conseillers Wayne Goodwill, Dion Yuzicappi, Vergil Bear, Herman Goodpipe, Stella Isnana, et Conrad Tawiyaka, en qualité de représentants des membres de la Première nation dakota de Standing Buffalo (*appelants*)

v.

c.

TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd., National Energy Board, and Canadian Association of Petroleum Producers (*Respondents*)

TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd., l'Office national de l'énergie, et l'Association canadienne des producteurs pétroliers (*intimés*)

and

et

The Attorney General of Canada (*Intervener*)

Le procureur général du Canada (*intervenant*)

A-475-08

A-475-08

The Sweetgrass First Nation, and the Moosomin First Nation (*Appellants*)

La Première nation de Sweetgrass, et la Première nation de Moosomin (*appelantes*)

v.

c.

The National Energy Board, Enbridge Pipelines Inc., Attorney General of Canada, and the Canadian Association of Petroleum Producers (*Respondents*)

L'Office national de l'énergie, Enbridge Pipelines Inc., le procureur général du Canada, et l'Association canadienne des producteurs pétroliers (*intimés*)

and

et

The Attorney General of Alberta and the Attorney General for Saskatchewan (*Interveners*)

Le procureur général de l'Alberta et le procureur général de la Saskatchewan (*intervenants*)

INDEXED AS: STANDING BUFFALO DAKOTA FIRST NATION v. ENBRIDGE PIPELINES INC.

RÉPERTORIÉ : PREMIÈRE NATION DAKOTA DE STANDING BUFFALO c. ENBRIDGE PIPELINES INC.

Federal Court of Appeal, Noël, Layden-Stevenson and Ryer J.J.A.—Ottawa, October 13 and 23, 2009.

Cour d'appel fédérale, juges Noël, Layden-Stevenson et Ryer, J.C.A.—Ottawa, 13 et 23 octobre 2009.

Aboriginal Peoples — Lands — Duty to consult — Appeals from National Energy Board (N.E.B.) decisions granting applications for approvals regarding three Western Canadian pipeline projects — In all three decisions, N.E.B. issuing

Peuples autochtones — Terres — Obligation de consulter — Appels de décisions de l'Office national de l'énergie (l'O.N.É.) accueillant des demandes d'approbation visant trois projets de pipelines dans l'ouest du Canada — L'O.N.É. a délivré un

certificates of public convenience and necessity pursuant to National Energy Board Act, s. 52 — Appellants raising novel question of whether, before making decision on applications, N.E.B. required to determine whether, by virtue of Supreme Court of Canada's decision in Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests), Crown having duty to consult appellants regarding potential adverse impacts of proposed projects — In present instance, N.E.B. not determining existence of Haida duty — Applications at issue before N.E.B. made by private sector entities, not Crown or agents thereof — N.E.B. itself not under Haida duty since when functioning as quasi-judicial body not Crown or agent thereof — Application for s. 52 certificate discrete process ensuring due regard for existing Aboriginal rights — Where Crown is Crown in right of province, N.E.B. lacking jurisdiction to conduct Haida analysis — Determination that N.E.B. not required to determine whether Crown under Haida duty not precluding adjudication of matters by court of competent jurisdiction — Appeals dismissed.

Constitutional Law — Charter of Rights — Aboriginal Peoples — National Energy Board (N.E.B.) granting applications for approvals regarding three western Canadian pipeline projects in accordance with National Energy Board Act (NEB Act), s. 52 — In exercising decision-making function, N.E.B. must act within Constitution Act, 1982, including s. 35(1) — Therefore, N.E.B. must ensure applicant of NEB Act, s. 52 certificate respecting s. 35(1) Aboriginal rights — Assertion that NEB Act or portions thereof invalid on basis violating Constitution, s. 35(1) not sufficient to establish that NEB Act, portion thereof, interfering with Aboriginal or treaty rights appellants may possess — While N.E.B. required to conduct decision-making process in manner respecting Constitution Act, 1982, s. 35(1), NEB Act's failure to specifically refer to requirement in NEB Act, s. 52 or elsewhere insufficient to invalidate s. 52.

Energy — Appeals from National Energy Board (N.E.B.) decisions granting applications for approvals regarding three western Canadian pipeline projects — Appellants raising novel question of whether, before making decision on applications, N.E.B. required to determine whether, by virtue of Supreme Court of Canada's decision in Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests), Crown having duty to

certificat d'utilité publique en vertu de l'art. 52 de la Loi sur l'Office national de l'énergie dans le cadre des trois décisions — Les appelants soulevaient la question nouvelle de savoir s'il fallait que l'O.N.É. détermine, avant de statuer sur les demandes, si la Couronne avait l'obligation, aux termes de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts), de consulter les appelants au sujet des effets préjudiciables des projets — En l'espèce, l'O.N.É. ne s'est pas prononcée sur l'existence de l'obligation aux termes de l'arrêt Nation haïda — Les demandes dont l'O.N.É. a été saisi avaient été soumises par des entreprises du secteur privé, pas la Couronne ou un mandataire de celle-ci — L'O.N.É. lui-même n'assume pas d'obligation de type Nation haïda parce qu'il est un organisme quasi-judiciaire et qu'il n'agit pas comme entité ou mandataire de la Couronne — La demande en vue d'obtenir un certificat d'utilité publique constitue un processus distinct qui fait en sorte que les droits ancestraux existants sont dûment pris en compte — L'O.N.É. n'a pas compétence pour procéder à l'analyse Nation haïda lorsqu'il s'agit de la Couronne du chef d'une province — Une décision portant que l'O.N.É. n'était pas tenu de déterminer si la Couronne assumait une obligation de type Nation haïda n'empêche pas l'examen de ces questions par un tribunal judiciaire compétent — Appels rejetés.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peuples autochtones — L'Office national de l'énergie (l'O.N.É.) a accueilli des demandes d'approbation visant trois projets de pipelines dans l'ouest du Canada conformément à l'art. 52 de la Loi sur l'Office national de l'énergie (Loi sur l'ONÉ) — Dans l'exercice de sa fonction décisionnelle, l'O.N.É. doit agir conformément à la Loi constitutionnelle de 1982, notamment l'art. 35(1) — L'O.N.É. doit donc veiller à ce que le demandeur du certificat d'utilité publique respecte les droits ancestraux garantis par l'art. 35(1) — Les affirmations selon lesquelles la Loi sur l'ONÉ ou des dispositions de cette loi sont inconstitutionnelles parce qu'elles violent l'art. 35(1) de la Constitution ne démontraient pas que la Loi sur l'ONÉ ou des dispositions de cette loi portaient atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités que les appelants peuvent avoir — Bien que l'O.N.É. doive exercer son pouvoir décisionnel dans le respect de l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982, le fait que la Loi sur l'ONÉ n'énonce pas expressément cette obligation à l'art. 52 ou ailleurs ne suffit pas pour rendre l'art. 52 invalide.

Énergie — Appels de décisions de l'Office national de l'énergie (l'O.N.É.) accueillant des demandes d'approbation visant trois projets de pipelines dans l'ouest du Canada — Les appelants soulevaient la question nouvelle de savoir s'il fallait que l'O.N.É. détermine, avant de statuer sur les demandes, si la Couronne avait l'obligation, aux termes de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt

consult appellants regarding potential adverse impacts of proposed projects — In decisions at issue, N.E.B. not determining whether Haida duty existing — Applications made by private sector entities — N.E.B. itself not under Haida duty since when functioning as quasi-judicial body, not Crown or agent thereof — Nothing in National Energy Board Act (NEB Act), other legislation preventing N.E.B. from issuing NEB Act, s. 52 certificate without first undertaking Haida analysis, or empowering N.E.B. to order Crown to undertake Haida consultations.

These were four appeals from three decisions of the National Energy Board (N.E.B.) granting applications for approvals regarding three Western Canadian pipeline projects following hearings in which those applications were considered. The appellants raised the novel question of whether, before making its decisions regarding those applications, the N.E.B. was required to determine whether by virtue of the Supreme Court of Canada's decision in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, the Crown, which was not a party to those applications or a participant in the hearings, was under a duty to consult the appellants regarding potential adverse impacts of the proposed projects thereon and, if it was, whether that duty had been adequately discharged.

The projects involved in the applications were the Keystone Pipeline Project, the Southern Lights Project and the Alberta Clipper Expansion Project. In the Keystone hearing, the Standing Buffalo Dakota First Nation (SBDFN) provided evidence that it had been in negotiations with Canada regarding asserted claims in respect of unextinguished Aboriginal title to lands, self-government rights and its status as an ally of the Crown. However, it claimed that the Crown had broken off these negotiations, which is why SBDFN intervened in the hearings to advance its interests. In the Alberta Clipper hearing, the representative of the Sweetgrass First Nation and the Moosomin First Nation (SFN/MFN) expressed concerns of potentially adverse effects that the project would have on sacred sites and plant gathering for traditional and medicinal purposes. In the present instance, the SFN/MFN expressed concerns that they have interests in land that will be affected by the Alberta Clipper Expansion project, which partly formed the basis of their right to *Haida* consultation. In all three N.E.B. decisions regarding the pipeline projects, certificates of public convenience and necessity (section 52 certificate(s)) were issued pursuant to section 52 of the *National Energy Board Act* (NEB Act).

Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts), de consulter les appelants au sujet des effets préjudiciables des projets — Dans les décisions contestées, l'O.N.É. ne s'est pas prononcée sur l'existence de l'obligation aux termes de l'arrêt Nation haïda — Les demandes avaient été soumises par des entreprises du secteur privé — L'O.N.É. lui-même n'assume pas d'obligation de type Nation haïda parce qu'il est un organisme quasi-judiciaire et qu'il n'agit pas comme entité ou mandataire de la Couronne — Rien dans la Loi sur l'Office national de l'énergie ou dans une autre loi n'empêche l'O.N.É. de délivrer un certificat d'utilité publique en vertu de l'art. 52 sans avoir au préalable effectué l'analyse Nation haïda ou qui l'habilite à ordonner à la Couronne de procéder à la consultation définie dans Nation haïda.

Il s'agissait de quatre appels de trois décisions dans lesquelles l'Office national de l'énergie (l'O.N.É.) a accueilli, après audiences, des demandes d'approbation visant trois projets de pipelines dans l'ouest du Canada. Les appelants soulevaient la question nouvelle de savoir s'il fallait que l'O.N.É. détermine, avant de statuer sur les demandes, si la Couronne, qui n'était pas partie aux demandes et n'avait pas pris part aux audiences, avait l'obligation, aux termes de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, de consulter les appelants au sujet des effets préjudiciables que les projets pourraient avoir sur eux et, le cas échéant, si elle s'était bien acquittée de cette obligation.

Les projets visés par les demandes étaient le projet Keystone, le projet Southern Lights et le projet Alberta Clipper. À l'audience concernant le projet Keystone, la Première nation Dakota de Standing Buffalo (PNDSB) a témoigné qu'elle avait négocié avec le Canada au sujet de revendications visant des titres ancestraux non éteints sur des terres, des droits à l'autonomie gouvernementale et son statut d'alliée de la Couronne. Cependant, elle soutenait que la Couronne a rompu les négociations et, pour cette raison, la PNDSB a décidé d'intervenir aux audiences afin de défendre ses intérêts. À l'audience relative au projet Alberta Clipper, le représentant de la Première nation de Sweetgrass et de la Première nation de Moosomin (PNS/M) a fait état des craintes à l'égard des effets préjudiciables que le projet pourrait avoir sur des sites sacrés et sur la cueillette de plantes servant à des fins traditionnelles ou médicinales. Devant la Cour, les PNS/M ont soulevé la question des effets préjudiciables du projet Alberta Clipper sur leurs droits fonciers, qui formaient en partie l'assise de leur droit d'être consultées conformément à l'arrêt *Nation haïda*. Un certificat d'utilité publique a été délivré en vertu de l'article 52 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* (la Loi sur l'ONÉ) (un certificat d'utilité publique) dans le cadre des trois décisions de l'O.N.É. relatives aux projets de pipeline.

The issues were whether, before considering the applications for project approvals, the N.E.B. was required to determine whether the Crown had a duty to consult, and if appropriate, accommodate the appellants regarding the projects; and, if the Crown had such a duty, whether that duty had been discharged. Also at issue was whether section 52 of the NEB Act violates subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Held, the appeals should be dismissed.

According to the *Haida* analysis, the duty to consult arises when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it. Knowledge of a credible but unproven claim suffices to trigger a duty to consult and accommodate. The content of the duty, however, varies with the circumstances. If such a duty exists, the final phase in the *Haida* analysis is whether the duty to consult, and if appropriate accommodate, has been discharged by the Crown. It is evident that the existence, scope and fulfillment of a *Haida* duty are matters that can be agreed upon by the Crown and the affected Aboriginal groups. However, where agreement on any or all of these matters cannot be reached, adjudication or review by the courts may be required.

In its decisions, the N.E.B. did not determine the existence of a *Haida* duty. It followed that submissions regarding the scope of such a duty and whether or not the Crown had fulfilled it did not need to be considered in these appeals. The proposition that the N.E.B. was required to undertake the *Haida* analysis before considering the merits of the applications at issue before it was not supported by the case law. Those applications were made by private sector entities that are not the Crown or its agent. As well, the N.E.B. itself is not under a *Haida* duty since it is a quasi-judicial body and, when it functions as such, it is not the Crown or its agent.

In exercising its decision-making function, the N.E.B. must act within the dictates of the Constitution, including subsection 35(1) thereof. In the circumstances of these appeals, the N.E.B. dealt with three applications for section 52 certificates. Each of those applications is a discrete process that focuses on the applicant, on whom the N.E.B. imposes broad consultation obligations. The process thus ensures that the applicant for the project approval has due regard for

Les questions en litige étaient celles de savoir si, avant d'examiner les demandes d'approbation des projets, l'O.N.É. devait déterminer si la Couronne avait l'obligation de consulter les appelants relativement aux projets et, s'il y avait lieu, de prévoir des mesures d'accommodement à leur égard; et, si la Couronne avait une telle obligation, si elle s'en était acquittée. Il fallait aussi trancher la question de savoir si l'article 52 de la Loi sur l'ONÉ viole le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Arrêt : les appels doivent être rejetés.

Selon l'analyse effectuée dans l'arrêt *Nation haïda*, l'obligation de consulter prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci. La connaissance d'une revendication crédible mais non encore établie suffit à faire naître l'obligation de consulter et d'accommoder. Toutefois, le contenu de l'obligation varie selon les circonstances. Si cette obligation existe, l'étape finale de l'analyse fondée sur l'arrêt *Nation haïda* consiste à déterminer si la Couronne s'est acquittée de son obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder. Il est évident que l'existence, la portée et l'exécution de l'obligation visée dans *Nation haïda* sont des questions pouvant faire l'objet d'une entente entre la Couronne et les groupes autochtones concernés. Toutefois, le recours aux tribunaux pourra s'avérer nécessaire si les parties ne parviennent pas à s'entendre.

Dans ses décisions, l'O.N.É. ne s'est pas prononcée sur l'existence de l'obligation aux termes de l'arrêt *Nation haïda*. Il s'ensuivait que les observations quant à la portée de l'obligation et la question de savoir si la Couronne l'avait respectée n'avaient pas à être examinées dans les présents appels. La jurisprudence ne permettait pas d'affirmer que l'O.N.É. devait entreprendre l'analyse *Nation haïda* avant d'examiner au fond les demandes dont il était saisi. Ces demandes avaient été soumises par des entreprises du secteur privé qui ne peuvent être assimilées à la Couronne ou à un mandataire de celle-ci. En outre, l'O.N.É. lui-même n'assume pas d'obligation de type *Nation haïda* parce qu'il est un organisme quasi-judiciaire et qu'il n'agit pas comme entité ou mandataire de la Couronne lorsqu'il exerce ses fonctions quasi-judiciaires.

Dans l'exercice de sa fonction décisionnelle, l'O.N.É. doit agir conformément aux règles constitutionnelles, notamment le paragraphe 35(1). Dans les circonstances de l'espèce, l'O.N.É. devait statuer sur trois demandes de certificat d'utilité publique. Chaque demande constituait un processus distinct qui mettait l'accent sur le demandeur, auquel l'O.N.É. impose d'importantes obligations de consultation. Ce processus fait donc en sorte que le demandeur prend dûment

existing Aboriginal rights that are recognized and affirmed in subsection 35(1) of the Constitution. In ensuring that the applicant respects such Aboriginal rights, the N.E.B. demonstrates that it is exercising its decision-making function in accordance with the dictates of subsection 35(1) of the Constitution. Moreover, the appellants were unable to point to any provision of the NEB Act or any other legislation that prevents the N.E.B. from issuing a section 52 certificate without first undertaking a *Haida* analysis or that empowers it to order the Crown to undertake *Haida* consultations.

Where the Crown is the Crown in right of a province, the N.E.B. lacks jurisdiction to conduct a *Haida* analysis. Also, a determination that the N.E.B. was not required to determine whether the Crown was under, and had discharged, a *Haida* duty before making the decisions did not preclude the adjudication of those matters by a court of competent jurisdiction. The *Haida* decision points towards recourse to the courts in such circumstances.

The assertions of SFN/MFN that the NEB Act or portions thereof are invalid on the basis that they violate subsection 35(1) of the Constitution fell well short of what is required of them to meet their burden of establishing that the NEB Act or any portion thereof has the effect of interfering with any Aboriginal or treaty rights they may possess. While the N.E.B. is required to conduct its decision-making process in a manner that respects the provisions of subsection 35(1) of the Constitution, the failure of the NEB Act to specifically refer to this requirement in section 52, or elsewhere in the NEB Act, was insufficient to invalidate that provision.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35(1).
Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, c. 159, s. 96.
National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7, ss. 21(1) (as am. by S.C. 1990, c. 7, s. 10), 22(1) (as am. *idem*, s. 11), 52 (as am. *idem*, s. 18; 1996, c. 10, s. 238).

CASES CITED

APPLIED:

Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests), 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, 245 D.L.R. (4th) 33, [2005] 3 W.W.R. 419; *Quebec (Attorney General) v.*

compte des droits ancestraux existants qui sont reconnus et confirmés au paragraphe 35(1) de la Constitution. En veillant à ce que le demandeur respecte ces droits ancestraux, l'O.N.É. démontre qu'il exerce sa fonction décisionnelle conformément aux règles de cette disposition constitutionnelle. Qui plus est, les appelants ont été incapables de citer la moindre disposition de la Loi sur l'ONÉ ou de toute autre loi qui empêcherait l'organisme de délivrer le certificat visé à l'article 52 sans avoir au préalable effectué l'analyse *Nation haïda* ou qui l'habilite à ordonner à la Couronne de procéder à la consultation définie dans *Nation haïda*.

L'O.N.É. n'a pas compétence pour procéder à l'analyse *Nation haïda* lorsqu'il s'agit de la Couronne du chef d'une province. De plus, une décision portant que l'O.N.É. n'était pas tenu de déterminer, avant de rendre les décisions, si la Couronne assumait une obligation de type *Nation haïda* et s'en était acquittée, n'empêcherait pas l'examen de ces questions par un tribunal judiciaire compétent. La décision rendue dans l'arrêt *Nation haïda* indique qu'on peut s'adresser aux tribunaux judiciaires dans un tel cas.

Les affirmations des PNS/M portant que la Loi sur l'ONÉ ou des dispositions de cette loi sont inconstitutionnelles parce qu'elles violent le paragraphe 35(1) de la Constitution étaient bien loin de satisfaire au fardeau de prouver que la Loi sur l'ONÉ ou des dispositions de cette loi portent atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités. Bien que l'O.N.É. doive exercer son pouvoir décisionnel dans le respect des dispositions du paragraphe 35(1) de la Constitution, le fait que la Loi sur l'ONÉ n'énonce pas expressément cette obligation à l'article 52 ou ailleurs ne suffit pas pour rendre cette disposition invalide.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, ch. 159, art. 96.
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35(1).
Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 21(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 7, art. 10), 22(1) (mod., *idem*, art. 11), 52 (mod., *idem*, art. 18; 1996, ch. 10, art. 238).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts), 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de*

Canada (National Energy Board), [1994] 1 S.C.R. 159, (1994), 112 D.L.R. (4th) 129, 20 Admin. L.R. (2d) 79; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, (1990), 70 D.L.R. (4th) 385, [1990] 4 W.W.R. 410.

DISTINGUISHED:

Kwikwetlem First Nation v. British Columbia (Utilities Commission), 2009 BCCA 68, 308 D.L.R. (4th) 285, [2009] 9 W.W.R. 92; *Carrier Sekani Tribal Council v. British Columbia (Utilities Commission)*, 2009 BCCA 67, [2009] 4 W.W.R. 381, 266 B.C.A.C. 228.

CONSIDERED:

Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission), 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585, 231 D.L.R. (4th) 449, [2003] 11 W.W.R. 1.

REFERRED TO:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577.

APPEALS from decisions of the National Energy Board (*In the Matter of TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd.*, OH-1-2007, reasons for decision dated September 20, 2007; *In the Matter of Enbridge Southern Lights GP on behalf of Enbridge Southern Lights LP and Enbridge Pipelines Inc.*, OH-3-2007, reasons for decision dated February 19, 2008; *In the Matter of Enbridge Pipelines Inc.*, OH-4-2007, reasons for decision dated February 22, 2008) granting applications for approvals regarding three Western Canadian pipeline projects following hearings in which those applications were considered. Appeals dismissed.

APPEARANCES

Mervin C. Phillips and *Merrilee D. Rasmussen*, Q.C. for appellants Standing Buffalo Dakota First Nation, Chief Rodger Redman, Councillor Wayne Goodwill, Councillor Dion Yuzicappi, Councillor Vergil Bear, Councillor Herman Goodpipe, Councillor Stella Isnana, and Councillor Conrad Tawiyaka as representatives of Members of Standing Buffalo Dakota First Nation.

Jeffrey R. W. Rath and *Nathalie Whyte* for appellants Sweetgrass First Nation and Moosomin First Nation.

l'énergie), [1994] 1 R.C.S. 159; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Kwikwetlem First Nation v. British Columbia (Utilities Commission), 2009 BCCA 68, 308 D.L.R. (4th) 285, [2009] 9 W.W.R. 92; *Carrier Sekani Tribal Council v. British Columbia (Utilities Commission)*, 2009 BCCA 67, [2009] 4 W.W.R. 381, 266 B.C.A.C. 228.

DÉCISION EXAMINÉE :

Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission), 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585.

DÉCISIONS CITÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1.

APPELS contre des décisions de l'Office national de l'énergie (*Relativement à TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd.*, OH-1-2007, motifs de décision en date du 20 septembre 2007; *Relativement à Enbridge Southern Lights GP au nom d'Enbridge Southern Lights LP et Enbridge Pipelines Inc.*, OH-3-2007, motifs de décision en date du 19 février 2008; *Relativement à Enbridge Pipelines Inc.*, OH-4-2007, motifs de décision en date du 22 février 2008) accueillant des demandes d'approbation visant trois projets de pipelines dans l'ouest du Canada à l'issue des audiences dans le cadre desquelles ces demandes ont été examinées. Appels rejetés.

ONT COMPARU

Mervin C. Phillips et *Merrilee D. Rasmussen*, c.r. pour les appelants la Première nation dakota de Standing Buffalo, le chef Rodger Redman et les conseillers Wayne Goodwill, Dion Yuzicappi, Vergil Bear, Herman Goodpipe, Stella Isnana, et Conrad Tawiyaka en qualité de représentants des membres de la Première nation dakota de Standing Buffalo.

Jeffrey R. W. Rath et *Nathalie Whyte* pour les appelantes la Première nation de Sweetgrass et la Première nation de Moosomin.

Steven G. Mason and Harry C. G. Underwood for respondent Enbridge Pipelines Inc. and Enbridge Southern Lights GP Inc. on behalf of Enbridge Southern Lights LP and Enbridge Pipelines Inc.

Andrew R. Hudson and Jody L. Saunders for respondent National Energy Board.

Lewis L. Manning and Keith B. Bergner for respondent Canadian Association of Petroleum Producers.

C. Kemm Yates, Q.C. and Katie Slipp for respondent TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd.

Harry Gliner and Dayna S. Anderson for intervener Attorney General of Canada (respondent in A-475-08).

Richard James Fyfe for intervener Attorney General of Saskatchewan.

James Mallet for intervener Attorney General of Alberta.

SOLICITORS OF RECORD

Phillips & Co., Regina, for appellants Standing Buffalo Dakota First Nation, Chief Rodger Redman, Councillor Wayne Goodwill, Councillor Dion Yuzicappi, Councillor Vergil Bear, Councillor Herman Goodpipe, Councillor Stella Isnana, and Councillor Conrad Tawiyaka as representatives of Members of Standing Buffalo Dakota First Nation.

Rath & Company, Priddis, Alberta, for appellants Sweetgrass First Nation and Moosomin First Nation.

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, for respondent Enbridge Pipelines Inc.

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

Lawson Lundell LLP, Calgary, for respondent Canadian Association of Petroleum Producers.

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, for respondent Enbridge Southern Lights GP Inc. on behalf of Enbridge Southern Lights LP and Enbridge Pipelines Inc.

Stikeman Elliott LLP, Toronto, for respondent TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd.

Deputy Attorney General of Canada for intervener Attorney General of Canada (respondent in A-475-08).

Ministry of Justice and Attorney General for intervener Attorney General of Saskatchewan.

Steven G. Mason et Harry C. G. Underwood pour les intimées Enbridge Pipelines Inc. et Enbridge Southern Lights GP Inc. au nom d'Enbridge Southern Lights LP et d'Enbridge Pipelines Inc.

Andrew R. Hudson et Jody L. Saunders pour l'intimé l'Office national de l'énergie.

Lewis L. Manning et Keith B. Bergner pour l'intimée l'Association canadienne des producteurs pétroliers.

C. Kemm Yates, c.r. et Katie Slipp pour l'intimée TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd.

Harry Gliner et Dayna S. Anderson pour l'intervenant le procureur général du Canada (l'intimé dans l'affaire A-475-08).

Richard James Fyfe pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

James Mallet pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Phillips & Co., Regina, pour les appelants la Première nation dakota de Standing Buffalo, le chef Rodger Redman et les conseillers Wayne Goodwill, Dion Yuzicappi, Vergil Bear, Herman Goodpipe, Stella Isnana, et Conrad Tawiyaka en qualité de représentants des membres de la Première nation dakota de Standing Buffalo.

Rath & Company, Priddis, Alberta, pour les appelantes la Première nation de Sweetgrass et la Première nation de Moosomin.

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour l'intimée Enbridge Pipelines Inc.

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

Lawson Lundell LLP, Calgary, pour l'intimée l'Association canadienne des producteurs pétroliers.

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour l'intimée Enbridge Southern Lights GP Inc. au nom d'Enbridge Southern Lights LP et d'Enbridge Pipelines Inc.

Stikeman Elliott S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour l'intimée TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intervenant le procureur général du Canada (l'intimé dans l'affaire A-475-08).

Ministry of Justice and Attorney General pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Alberta Justice for intervener Attorney General of Alberta.

Alberta Justice pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] RYER J.A.: In the four appeals that were before the Court, the appellants seek to set aside three decisions of the National Energy Board (the N.E.B.) that granted applications for approvals in respect of three Western Canadian pipeline projects following hearings in which those applications were considered.

[1] LE JUGE RYER, J.C.A. : Dans les quatre appels dont la Cour est saisie, les appelants cherchent à faire annuler trois décisions dans lesquelles l'Office national de l'énergie (l'O.N.É.) a accueilli, après audiences, des demandes d'approbation visant trois projets de pipeline dans l'ouest du Canada.

[2] The appellants raise the novel question of whether, before making its decisions in relation to those applications, the N.E.B. was required to determine whether by virtue of the decision in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, the Crown, which was not a party to those applications or a participant in the hearings, was under a duty to consult the appellants with respect to potential adverse impacts of the proposed projects on the appellants and if it was, whether that duty had been adequately discharged.

[2] Les appelants soulèvent la question — nouvelle — de savoir s'il fallait qu'avant de statuer sur les demandes, l'O.N.É. détermine si la Couronne, qui n'était pas partie aux demandes et n'a pas pris part aux audiences, avait l'obligation, en vertu de l'arrêt *Nation haida c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, de consulter les appelants au sujet des effets préjudiciables que les projets pourraient avoir sur eux et, le cas échéant, si elle s'était bien acquittée de cette obligation.

[3] The four appeals were heard together by order of this Court. These reasons dispose of each of the appeals and will be filed as reasons for judgment in Court files A-537-08, A-541-08, A-542-08 and A-475-08.

[3] Sur ordonnance de la Cour, les quatre appels ont été instruits ensemble. La décision de la Cour sur ces appels est exposée dans les présents motifs, qui seront déposés dans les dossiers A-537-08, A-541-08, A-542-08 et A-475-08.

RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

[4] The statutory provisions that are relevant to the appeals are subsections 21(1) [as am. by S.C. 1990, c. 7, s. 10], 22(1) [as am. *idem*, s. 11] and section 52 [as am. *idem*, s. 18; 1996, c. 10, s. 238] of the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7 (the NEB Act) and subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Constitution). These provisions are reproduced in the appendix to these reasons.

[4] Les dispositions législatives applicables sont les paragraphes 21(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 7, art. 10] et 22(1) [mod., *idem*, art. 11] et l'article 52 [mod., *idem*, art. 18; 1996, ch. 10, art. 238] de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7 (la Loi sur l'ONÉ) et le paragraphe 35(1) 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]] (la Constitution). Le texte de ces dispositions est reproduit en annexe.

BACKGROUND

CONTEXTE

[5] The N.E.B. held hearings with respect to applications for approvals in respect of three proposed pipeline projects (the Keystone Pipeline Project, the Southern Lights Project and the Alberta Clipper Expansion Project, collectively, the projects). The Standing Buffalo Dakota First Nation (SBDFN), a Dakota band, participated as an intervener in the hearings with respect to all of the projects. The Sweetgrass First Nation and the Moosomin First Nation (SFN/MFN) participated in the hearing with respect to the Alberta Clipper Expansion Project through Battleford Agency Tribal Chiefs Inc. (BATC), which intervened in that hearing on their behalf.

[6] In the Keystone hearing, SBDFN gave evidence that it had been in negotiations with Canada, through the auspices of the Office of the Treaty Commissioner, from 1997 to 2006, with respect to asserted claims in respect of unextinguished Aboriginal title to lands, self-government rights and *ochechea* (its status as an ally of the Crown). According to SBDFN, the Crown broke off these negotiations in 2006 and for that reason, SBDFN decided to intervene in the Keystone hearing to advance its interests. To that end, SBDFN informed the Crown of its decision to intervene in the proceedings and reiterated its desire to resume the negotiations that had broken off.

[7] In the Alberta Clipper hearing, the applicant introduced a “without prejudice” letter, dated July 25, 2007, in which the Crown took the position that the Dakota First Nations, including SBDFN, “do not have Aboriginal rights in Canada”.

[8] In the Alberta Clipper hearing, BATC expressed concerns on behalf of SFN/MFN about potentially adverse effects that the Alberta Clipper Expansion Project would have on sacred sites and plant gathering for traditional and medicinal purposes. In this Court, counsel for SFN/MFN raised the concern that the SFN/MFN have interests in land that will be affected by the Alberta Clipper Expansion Project. More particularly, SFN/MFN asserted that the possibility that their claims to land under the Treaty Land Entitlement Process might be satisfied by lands affected by this

[5] L’O.N.É. a tenu des audiences relativement aux demandes d’approbation des trois projets de pipeline (le projet de pipeline Keystone, le projet Southern Lights et le projet d’agrandissement Alberta Clipper, collectivement appelés les projets). La Première nation dakota de Standing Buffalo (PNDSB), une bande dakota, a participé à titre d’intervenante à toutes les audiences relatives aux projets. La Première nation de Sweetgrass et la Première nation de Moosomin (PNS/M) ont participé à l’audience relative au projet d’agrandissement Alberta Clipper, par l’intermédiaire de Battleford Agency Tribal Chiefs Inc. (BATC), qui est intervenue en leur nom.

[6] À l’audience concernant le projet Keystone, la PNDSB a témoigné qu’elle avait négocié avec le Canada de 1997 à 2006, par l’intermédiaire du Bureau du commissaire aux traités, au sujet de revendications visant des titres ancestraux non éteints sur des terres, des droits à l’autonomie gouvernementale et l’*ochechea* (son statut d’alliée de la Couronne). Selon la PNDSB, la Couronne a rompu les négociations en 2006 et, pour cette raison, la PNDSB a décidé d’intervenir à l’audience Keystone afin de défendre ses intérêts. Elle a donc informé la Couronne de sa décision d’intervenir à l’audience et a réitéré son désir de reprendre les négociations.

[7] À l’audience relative au projet Alberta Clipper, le demandeur a déposé en preuve une lettre en date du 25 juillet 2007 portant la mention « sous toute réserve », exposant la position de la Couronne selon laquelle les Premières nations dakotas, y compris la PNDSB, [TRADUCTION] « n’ont pas de droits ancestraux au Canada ».

[8] Lors de cette même audience, BATC a fait état des craintes des PNS/M à l’égard des effets préjudiciables que le projet pourrait avoir sur des sites sacrés et sur la cueillette de plantes servant à des fins traditionnelles ou médicinales. Devant la Cour, l’avocat des PNS/M a soulevé la question des effets préjudiciables du projet sur leurs droits fonciers; il a soutenu, plus particulièrement, que la possibilité que des terres touchées par le projet leur soient remises pour satisfaire aux revendications qu’elles ont formulées dans le cadre du processus de négociation des droits fonciers issus des

Project formed part of the basis of their right to *Haida* consultation.

[9] The N.E.B. made three separate decisions (the decisions) with respect to the projects. In particular:

a. in hearing order OH-1-2007 [*In the Matter of TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd.*] (the Keystone decision), dated September 20, 2007, the N.E.B. granted approvals that were requested by TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd. (Keystone) in relation to the Keystone Pipeline Project, including a certificate of public convenience and necessity (a section 52 certificate) under section 52 of the NEB Act;

b. in hearing order OH-3-2007 [*In the Matter of Enbridge Southern Lights GP on behalf of Enbridge Southern Lights LP and Enbridge Pipelines Inc.*] (the Southern Lights decision), dated February 19, 2008, the N.E.B. granted approvals that were requested by Enbridge Southern Lights GP on behalf of Enbridge Southern Lights LP and Enbridge Pipelines Inc. (collectively Enbridge Southern Lights) in relation to the Southern Lights Project, including a section 52 certificate; and

c. in hearing order OH-4-2007 [*In the Matter of Enbridge Pipelines Inc.*] (the Alberta Clipper decision), dated February 22, 2008, the N.E.B. granted approvals that were requested by Enbridge Pipelines Inc. (Enbridge) in relation to the Alberta Clipper Expansion Project, including a section 52 certificate.

[10] The issue referred to at the beginning of these reasons was squarely raised in motions that were made by SBDFN in the hearings with respect to the Southern Lights and Alberta Clipper Expansion projects. The motion made in the Southern Lights hearing is summarized at page 6 of the Southern Lights decision as follows:

The Notice of Motion ... requested the following decision of the Board

- (a) a decision that the Board has no jurisdiction to consider the Southern Lights Application on its merits without first determining whether Standing Buffalo has a credible

traités formait l'assise de leur droit d'être consultées conformément à l'arrêt *Nation haïda*.

[9] L'O.N.É. a rendu trois décisions distinctes relativement aux projets. Plus particulièrement :

a. dans l'ordonnance OH-1-2007 [*Relativement à TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd.*] (la décision Keystone), rendue le 20 septembre 2007, l'O.N.É. a accordé les approbations demandées par TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd. (Keystone) à l'égard du projet de pipeline Keystone, et a notamment délivré un certificat d'utilité publique en vertu de l'article 52 de la Loi sur l'ONÉ (certificat d'utilité publique);

d. dans l'ordonnance OH-3-2007 [*Relativement à Enbridge Southern Lights GP au nom d'Enbridge Southern Lights LP et Enbridge Pipelines Inc.*] (la décision Southern Lights), rendue le 19 février 2008, l'O.N.É. a accordé les approbations demandées par Enbridge Southern Lights GP pour le compte d'Enbridge Southern Lights LP et Enbridge Pipelines Inc. (collectivement Enbridge Southern Lights) à l'égard du projet Southern Lights, et elle a notamment délivré un certificat d'utilité publique;

c. dans l'ordonnance OH-4-2007 [*Relativement à Enbridge Pipelines Inc.*] (la décision Alberta Clipper), rendue le 22 février 2008, l'O.N.É. a accordé les approbations demandées par Enbridge Pipelines Inc. (Enbridge) à l'égard du projet d'agrandissement Alberta Clipper, et elle a notamment délivré un certificat d'utilité publique.

[10] La question mentionnée au début des présents motifs a été expressément soulevée dans des requêtes présentées par la PNDSB au cours des audiences relatives au projet Southern Lights et au projet d'agrandissement Alberta Clipper. La requête présentée lors de l'audience relative au projet Southern Lights est résumée ainsi, à la page 6 de la décision Southern Lights :

L'avis de requête a été déposé par la suite, sollicitant les décisions suivantes de l'Office :

- a) une décision indiquant que l'Office n'a pas compétence pour considérer le bien-fondé de la demande de Southern Lights sans d'abord déterminer si Standing Buffalo a des

claim within the meaning of the Supreme Court's decision in *Haida Nation*...; and

- (b) a decision that the duty of fairness requires that the Crown be required to attend and respond to Standing Buffalo's claim, and that, in absence of any such response from the Crown, Standing Buffalo's claim should be accepted as uncontradicted and the Board should then determine that it is without jurisdiction to determine the substantive merits of the Southern Lights applications.

[11] This motion also raises the collateral issues of the requirement for Crown participation in the hearing process and the consequences in the event that the Crown does not participate in that process.

[12] The N.E.B. determined that the motion should not be decided as a preliminary matter because evidence in the hearing would provide a further factual basis that would be relevant to the motion and that completing the hearing without first deciding the motion would not prejudice the SBDFN.

[13] In its reasons for the Southern Lights decision, the N.E.B. denied this motion and held that its mandate was to consider the application before it in accordance with the public interest. In doing so, the N.E.B. stated that Aboriginal concerns were taken into account because the applicant was required to consult with affected Aboriginal groups and mitigative accommodations of Aboriginal concerns could be ordered. The N.E.B. stated that requirements that may be imposed upon other governmental authorities with respect to a proposed federal pipeline project are not relevant to the N.E.B. decision-making process in respect of that project. In addition, the N.E.B. stated that recourse should be to the courts, and not the N.E.B., in relation to issues of whether other governmental authorities have met their legal obligations with respect to a project that also falls under N.E.B. oversight. The N.E.B. further stated that it had no jurisdiction to settle Aboriginal land claims. Finally, the N.E.B. concluded that because it had the jurisdiction to deal with the applications before it, without having to adjudicate the existence of a credible claim within the meaning of *Haida*, it was not obligated to require the Crown to attend the hearing to participate in such an adjudication.

revendications crédibles aux termes de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Nation haïda* [...] ;

- b) une décision indiquant que l'obligation de traiter équitablement exige que la Couronne se penche sur la revendication de Standing Buffalo et y réponde, et que, à défaut d'une telle réponse de la Couronne, la revendication de Standing Buffalo soit acceptée comme irréfutée et que l'Office doive ensuite déterminer qu'il n'a pas compétence pour déterminer le bien-fondé des demandes de Southern Lights.

[11] Cette requête soulève également la question connexe de l'obligation pour la Couronne de participer à l'audience et celle des conséquences de sa non-participation.

[12] L'O.N.É. a décidé qu'il ne se prononcerait pas de façon préliminaire sur la requête parce que la preuve présentée à l'audience élargirait le fondement factuel pertinent pour la trancher et que le fait de statuer sur la requête à la fin de l'audience ne causerait pas préjudice à la PNDSB.

[13] Dans les motifs de la décision *Southern Lights*, l'O.N.É. a rejeté la requête. Il a déclaré qu'il avait pour mandat d'examiner la demande dont il était saisi en fonction de l'intérêt public, et a indiqué que les préoccupations des Premières nations avaient été prises en compte dans cet examen en raison de l'obligation du demandeur de les consulter et des mesures d'accommodement et d'atténuation qui pouvaient être ordonnées. Il a exprimé l'avis que les exigences pouvant être imposées à d'autres autorités gouvernementales relativement à un projet fédéral de pipeline n'étaient pas pertinentes dans le processus décisionnel de l'O.N.É. concernant ce projet, ajoutant que la question de savoir si d'autres autorités gouvernementales avaient respecté leurs obligations légales afférentes à un projet qui relevait de l'O.N.É. devait être soumise aux tribunaux, non à l'O.N.É. Il a également déclaré qu'il n'avait pas compétence pour statuer sur des revendications territoriales autochtones. Enfin, il a conclu qu'ayant compétence pour statuer sur la demande dont il était saisi sans avoir à se prononcer sur l'existence d'une revendication crédible au sens de l'arrêt *Nation haïda*, il n'était pas tenu d'exiger que la Couronne participe à l'audience.

[14] The motion brought by SBDFN in the Alberta Clipper hearing is essentially the same as the motion that it brought in the Southern Lights hearing and was dealt with by the N.E.B. in a similar fashion.

[15] The issue raised in the motions brought by SBDFN in the Southern Lights and Alberta Clipper hearings was not raised by way of a formal motion in the Keystone hearing. As a consequence, the Keystone decision does not deal with that issue in the same way as it was dealt with in the Southern Lights and Alberta Clipper decisions. However, the issue was raised in an application for a review of the Keystone decision, in accordance with subsection 21(1) of the NEB Act, that was made by SBDFN on October 12, 2007. Paragraph 9.c. of that application reads as follows:

c. the NEB erred when, without having first satisfied itself that adequate Crown consultation had taken place, it implicitly concluded that it had jurisdiction to consider the application for the certificate of public convenience and necessity on its merits;

[16] By correspondence (the Keystone review decision), dated February 13, 2008, the N.E.B. denied SBDFN's request for a review of the Keystone decision.

[17] The appellants obtained leave to appeal the decisions as required by subsection 22(1) of the NEB Act.

ISSUES

[18] The issues in this appeal are as follows:

(a) before considering the applications for project approvals, was the N.E.B. required to determine

(i) whether the Crown had a duty to consult, and if appropriate, accommodate the appellants in relation to the projects; and

(ii) if the Crown had such a duty, whether that duty had been discharged; and

[14] À l'audience relative au projet d'agrandissement Alberta Clipper, la PNDSB a présenté en substance la même requête qu'à l'audience concernant le projet Southern Lights, sur laquelle l'O.N.É. a statué de façon analogue.

[15] À l'audience relative au projet de pipeline Keystone, la question soulevée dans les requêtes soumises lors des audiences relatives aux projets Southern Lights et Alberta Clipper n'a pas été abordée par voie de requête de sorte que la décision rendue sur ce projet n'en traite pas de la même façon que les décisions Southern Lights et Alberta Clipper. Toutefois, la PNDSB a soulevé la question dans une demande de révision fondée sur le paragraphe 21(1) de la Loi sur l'ONÉ qu'elle a soumise le 12 octobre 2007 à l'égard de la décision Keystone. L'alinéa 9.c. de cette demande était ainsi formulée :

[TRADUCTION] c. l'O.N.É. a commis une erreur en concluant implicitement qu'elle avait compétence pour examiner au fond la demande de certificat d'utilité publique sans s'être d'abord assurée que la Couronne avait procédé aux consultations requises.

[16] Par lettre en date du 13 février 2008, l'O.N.É. a rejeté la demande de révision de la PNDSB visant la décision Keystone.

[17] Les appelants ont obtenu l'autorisation prévue au paragraphe 22(1) de la Loi sur l'ONÉ pour porter les décisions en appel.

QUESTIONS EN LITIGE

[18] Le présent appel soulève les questions suivantes :

a) Avant d'examiner les demandes d'approbation des projets, l'O.N.É. devait-il déterminer :

i) si la Couronne avait l'obligation de consulter les appelants relativement aux projets et, s'il y a lieu, de prévoir des mesures d'accommodement à leur égard;

ii) si la Couronne assumait une telle obligation, s'en est-elle acquittée?

(b) does section 52 of the NEB Act violate subsection 35(1) of the Constitution?

b) L'article 52 de la Loi sur l'ONÉ viole-t-il le paragraphe 35(1) de la Constitution?

ANALYSIS

The *Haida* Duty

[19] The duty to consult that is at issue in these appeals is the Crown's duty to consult as described in *Haida*. Paragraph 35 of the Supreme Court of Canada's decision in that case stipulates that:

... the duty arises when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it

[20] Guidance with respect to how to determine whether the Crown is subject to a *Haida* duty, and, if such a duty exists, how to determine the scope of that duty, is provided at paragraph 37 of that decision, which reads as follows:

There is a distinction between knowledge sufficient to trigger a duty to consult and, if appropriate, accommodate, and the content or scope of the duty in a particular case. Knowledge of a credible but unproven claim suffices to trigger a duty to consult and accommodate. The content of the duty, however, varies with the circumstances, as discussed more fully below. A dubious or peripheral claim may attract a mere duty of notice, while a stronger claim may attract more stringent duties. The law is capable of differentiating between tenuous claims, claims possessing a strong *prima facie* case, and established claims. Parties can assess these matters, and if they cannot agree, tribunals and courts can assist. Difficulties associated with the absence of proof and definition of claims are addressed by assigning appropriate content to the duty, not by denying the existence of a duty.

[21] The final phase in the *Haida* analysis is whether the duty to consult, and if appropriate accommodate, has been discharged by the Crown.

ANALYSE

L'obligation découlant de l'arrêt *Nation haïda*

[19] L'obligation de consulter dont il est question dans les présents appels est l'obligation de la Couronne décrite dans l'arrêt *Nation haïda*. La Cour suprême du Canada indique, au paragraphe 35 de cet arrêt :

[...] cette obligation prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci [...]

[20] La Cour suprême fournit des précisions, au paragraphe 37 de cet arrêt, sur la façon d'établir l'existence d'une telle obligation et d'en déterminer la portée, le cas échéant :

Il y a une différence entre une connaissance suffisante pour entraîner l'application de l'obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder, et le contenu ou l'étendue de cette obligation dans une affaire donnée. La connaissance d'une revendication crédible mais non encore établie suffit à faire naître l'obligation de consulter et d'accommoder. Toutefois, le contenu de l'obligation varie selon les circonstances, comme nous le verrons de façon plus approfondie plus loin. Une revendication douteuse ou marginale peut ne requérir qu'une simple obligation d'informer, alors qu'une revendication plus solide peut faire naître des obligations plus contraignantes. Il est possible en droit de différencier les revendications reposant sur une preuve ténue des revendications reposant sur une preuve à première vue solide et de celles déjà établies. Les parties peuvent examiner la question et, si elles ne réussissent pas à s'entendre, les tribunaux administratifs et judiciaires peuvent leur venir en aide. Il faut régler les problèmes liés à l'absence de preuve et de définition des revendications en délimitant l'obligation de façon appropriée et non en niant son existence.

[21] L'étape finale de l'analyse fondée sur l'arrêt *Nation haïda* consiste à déterminer si la Couronne s'est acquittée de son obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder.

[22] It is evident that the existence, scope and fulfillment of a *Haida* duty are matters that can be agreed upon by the Crown and the affected Aboriginal groups. However, where agreement on any or all of these matters cannot be reached, adjudication may be required. In addition to references to adjudication in paragraph 37 of *Haida*, at paragraph 60 of that decision, the Court states:

Where the government's conduct is challenged on the basis of allegations that it failed to discharge its duty to consult and accommodate pending claims resolution, the matter may go to the courts for review.

The Jurisdictional Issue

[23] In the context of these appeals, the appellants assert that before the N.E.B. could decide whether or not to grant the requested project approvals, it was required to determine whether the Crown was subject to a *Haida* duty to consult the appellants in respect of the projects. If such a duty was found to exist, the appellants assert that the N.E.B. was then required to determine the scope of that duty and whether the Crown discharged it. Thus, the appellants assert that the N.E.B. was required to undertake the full *Haida* analysis before it could make the decisions.

Standard of review

[24] In my view, this issue squarely raises a true question of the jurisdiction of the N.E.B., a question that is to be reviewed on the standard of correctness (see *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 59).

N.E.B. did not undertake the Haida analysis

[25] Nowhere in the decisions did the N.E.B. make any finding that the Crown was or was not subject to a *Haida* duty. In other words, the N.E.B. did not determine

[22] Il est évident que l'existence, la portée et l'exécution de l'obligation visée dans l'arrêt *Nation haïda* sont des questions pouvant faire l'objet d'une entente entre la Couronne et les groupes autochtones concernés. Toutefois, le recours aux tribunaux pourra s'avérer nécessaire si les parties ne parviennent pas à s'entendre. En plus de la mention des tribunaux figurant au paragraphe 37 de l'arrêt *Nation haïda*, on peut lire, au paragraphe 60 de cet arrêt :

Lorsque la conduite du gouvernement est contestée au motif qu'il ne se serait pas acquitté de son obligation de consulter et d'accueillir en attendant le règlement des revendications, la question peut être soumise aux tribunaux pour examen.

La question de la compétence

[23] Les appelants soutiennent que, pour statuer sur les demandes d'approbation des projets, l'O.N.É. devait préalablement déterminer si la Couronne était tenue de consulter les appelants au sujet desdits projets conformément à l'arrêt *Nation haïda* et, le cas échéant, il devait établir la portée de l'obligation et déterminer si la Couronne s'en était acquittée. Ils affirment donc que l'O.N.É. devait effectuer toute l'analyse décrite dans l'arrêt *Nation haïda* avant de pouvoir rendre décision.

Norme de contrôle

[24] À mon avis, l'argumentation des appelants soulève directement une véritable question relative à la compétence de l'O.N.É., à laquelle s'applique la norme de la décision correcte (voir *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 59).

L'O.N.É. n'a pas procédé à l'analyse décrite dans l'arrêt Nation haïda

[25] Nulle part dans les décisions, l'O.N.É. ne formule de conclusion au sujet de l'existence d'une obligation de la Couronne aux termes de l'arrêt *Nation haïda*.

the existence of a *Haida* duty. It follows, in my view, that submissions with respect to the scope of such a duty, and whether or not the Crown has fulfilled it, need not be considered in these appeals. If I were to conclude that the N.E.B. erred in not undertaking the initial step in the *Haida* analysis, I would remit the entire *Haida* analysis to the N.E.B. for its consideration.

[26] I would also add that because the N.E.B. did not undertake the *Haida* analysis prior to making the decisions, in my view, it follows that the decisions cannot be taken as encompassing any conclusions with respect to whether the consultations that were undertaken by the proponents of the projects were, or were not, capable of discharging, or sufficient to discharge, any *Haida* consultation duty that the Crown may have in respect of the projects.

The Paul and Kwikwetlem decisions

[27] Counsel for SFN/MFN argued that the decisions in *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585, and *Kwikwetlem First Nation v. British Columbia (Utilities Commission)*, 2009 BCCA 68, 308 D.L.R. (4th) 285, authoritatively determine this jurisdictional question. I disagree.

[28] In *Paul*, the B.C. Forest Appeals Commission found that Mr. Paul, an Aboriginal, had contravened section 96 of the *Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, c. 159, by cutting down four trees that he intended to use to build a deck on his home. The question in the case was whether the British Columbia legislature had validly conferred on that Commission the power to decide questions relating to Aboriginal rights and title in the course of adjudicating whether Mr. Paul had contravened section 96 of the Code, including the question of whether in cutting down the trees Mr. Paul was engaged in the exercise of the Aboriginal rights.

[29] The Supreme Court of Canada answered these questions in the affirmative and at paragraph 47 of its decision, Bastarache J. added an illuminating observation:

Autrement dit, l'O.N.É. ne s'est pas prononcé sur cette question. J'estime par conséquent que la portée de l'obligation et la question de savoir si la Couronne l'a respectée n'ont pas à être examinées dans les présents appels et qu'advenant que l'O.N.É. ait commis une erreur en n'effectuant pas la première étape de l'analyse de l'arrêt *Nation haïda*, les affaires lui seraient renvoyées pour qu'il procède à la totalité de l'analyse.

[26] En outre, il découle de l'absence de toute analyse de l'arrêt *Nation haïda* par l'O.N.É. qu'on ne peut considérer que les décisions de l'organisme concluent de quelque façon sur la question de savoir si les consultations faites par les promoteurs des projets pouvaient ou non compter pour une consultation satisfaisant à toute obligation de consulter pouvant incomber à la Couronne en raison de l'arrêt *Nation haïda* et si elles étaient suffisantes pour ce faire.

Les décisions Paul et Kwikwetlem

[27] L'avocat des PNS/M a soutenu que les arrêts *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585, et *Kwikwetlem First Nation v. British Columbia (Utilities Commission)*, 2009 BCCA 68, 308 D.L.R. (4th) 285, font autorité pour ce qui est de la question de la compétence. Je ne suis pas de cet avis.

[28] Dans l'arrêt *Paul*, la Forest Appeals Commission de la Colombie-Britannique avait jugé que M. Paul, un Indien inscrit, avait contrevenu à l'article 96 du *Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 159, en abattant quatre arbres devant servir à la construction d'une terrasse chez lui. Il s'agissait de déterminer si le législateur provincial avait validement conféré à la Commission le pouvoir de trancher des questions touchant les titres et droits ancestraux dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle consistant à déterminer s'il y avait eu contravention à l'article 96 du Code, y compris la question de savoir si M. Paul exerçait des droits ancestraux en coupant ces arbres.

[29] La Cour suprême du Canada a répondu par l'affirmative à ces questions, et le juge Bastarache a formulé un commentaire éclairant au paragraphe 47 :

My conclusions mean that the Commission has jurisdiction to continue hearing all aspects of the matter of Mr. Paul's four seized logs. Unless he moves in the Supreme Court of British Columbia for a declaration respecting his aboriginal rights, Mr. Paul must present evidence of his ancestral right to the Commission. As yet he has merely asserted his defence. If he is unsatisfied with the Commission's determination of the relationship between his s. 35 rights and the prohibition against cutting trees in s. 96 of the Code, he can move for judicial review in the Supreme Court of British Columbia. The standard of review for the Commission's determinations concerning aboriginal law will be correctness.

[30] In my respectful view, *Paul* provides no authoritative support for the proposition that the N.E.B. was required to undertake the *Haida* analysis before considering the merits of the project approval applications. If anything, paragraph 47 of *Paul* appears to me to indicate that the courts are the appropriate venue for the adjudication of Aboriginal issues.

[31] In *Kwikwetlem First Nation*, the British Columbia Utilities Commission considered an application for an approval of an electrical transmission project by the British Columbia Transmission Corporation. In that case, the Commission accepted that it was under a *Haida* duty and negotiations were undertaken by the parties on that basis. The question before the Court was whether the Commission could issue an approval without first having decided whether the duty to consult had been discharged to that point in the proceedings. It is noteworthy that all parties accepted that British Columbia Transmission Corporation was the Crown or a Crown agent for the purposes of the *Haida* analysis and that the consultations undertaken by it took place in furtherance of its *Haida* duty. Thus, the question of whether or not the British Columbia Utilities Commission was required to undertake the entire *Haida* analysis to determine whether the applicant before it was under a duty to consult was not before the Commission. The existence of the *Haida* duty was not contested.

[32] In the appeals under consideration, the applications before the N.E.B. were made by Keystone,

Mes conclusions signifient que la commission est compétente pour poursuivre l'instruction de tous les aspects de l'affaire concernant la saisie des quatre troncs d'arbre que M. Paul avait en sa possession. À moins de demander à la Cour suprême de la Colombie-Britannique de rendre un jugement déclaratoire relativement à ses droits ancestraux, M. Paul doit faire la preuve de son droit ancestral devant la commission. Jusqu'à maintenant, il s'est contenté d'invoquer son moyen de défense. S'il est insatisfait de la décision de la commission sur le lien entre ses droits garantis par l'art. 35 et l'interdiction de la coupe d'arbres énoncée à l'art. 96 du Code, il pourra demander un contrôle judiciaire devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. La norme de contrôle applicable aux décisions de la commission relatives au droit autochtone est celle de la décision correcte.

[30] À mon avis, l'arrêt *Paul* n'étaye pas l'argument voulant que l'O.N.É. était tenu d'entreprendre l'analyse de l'arrêt *Nation haïda* avant d'examiner au fond les demandes d'approbation des projets. Le paragraphe 47 me semble plutôt indiquer que la compétence juridictionnelle relative aux questions autochtones appartient aux tribunaux judiciaires.

[31] L'affaire *Kwikwetlem First Nation* portait sur une demande d'approbation d'un projet de transmission d'électricité présentée par la British Columbia Transmission Corporation. La Utilities Commission de la Colombie-Britannique avait conclu à l'existence de l'obligation décrite dans l'arrêt *Nation haïda*, et les parties avaient entrepris des négociations. La Cour d'appel a été appelée à trancher la question de savoir si la Commission pouvait approuver le projet sans avoir d'abord déterminé si l'obligation de consulter avait été remplie à ce point de l'instance. Il importe de signaler que toutes les parties reconnaissaient que la Transmission Corporation était une entité ou un mandataire de la Couronne pour les besoins de l'analyse prescrite par l'arrêt *Nation haïda* et que les consultations qu'elle avait entreprises avaient été effectuées dans l'accomplissement de l'obligation imposée par cet arrêt. Par conséquent, la question de savoir s'il incombait ou non à la Commission de procéder à toute l'analyse de l'arrêt *Nation haïda* pour déterminer si le demandeur avait l'obligation de consulter ne se posait pas. L'existence de l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda* n'était pas contestée.

[32] En l'espèce, les demandes soumises à l'O.N.É. émanaient de Keystone, Enbridge Southern Lights et

Enbridge Southern Lights and Enbridge, private sector entities that are not the Crown or its agent. Accordingly, I am of the view that *Kwikwetlem First Nation* does not support the proposition that the N.E.B. is required to undertake the *Haida* analysis before considering the merits of the applications of Keystone, Enbridge Southern Lights and Enbridge that were before it.

[33] I note as well that the applicant before the British Columbia Utilities Commission in *Carrier Sekani Tribal Council v. British Columbia (Utilities Commission)*, 2009 BCCA 67, [2009] 4 W.W.R. 381, was accepted by the parties as being the Crown or its agent. Accordingly, I am of the view that this case provides no support for SFN/MFN's argument on this issue.

[34] Finally, I would add that the N.E.B. itself is not under a *Haida* duty and, indeed, the appellants made no argument that it was. The N.E.B. is a quasi-judicial body (see *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159, at page 184), and, in my view, when it functions as such, the N.E.B. is not the Crown or its agent.

Failure to undertake Haida analysis infringes subsection 35(1) of the Constitution

[35] Subsection 35 of the Constitution reads as follows:

Recognition of existing aboriginal and treaty rights

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

[36] In asserting that the N.E.B. erred in failing to undertake the *Haida* analysis before reaching its decisions, the appellants state that the N.E.B. must exercise its decision-making function in accordance with the dictates of the Constitution, including subsection 35(1) thereof. I agree with that statement, which is supported by the decision of the Supreme Court of Canada in *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, at page 185.

Enbridge, des entreprises du secteur privé qui ne peuvent être assimilées à la Couronne ou à un mandataire de celle-ci. Je suis donc d'avis que l'affaire *Kwikwetlem First Nation* ne permet pas d'affirmer que l'O.N.É. doit entreprendre l'analyse de l'arrêt *Nation haïda* avant d'examiner au fond les demandes de Keystone, Enbridge Southern Lights et Enbridge.

[33] Puisque dans l'affaire *Carrier Sekani Tribal Council v. British Columbia (Utilities Commission)*, 2009 BCCA 67, [2009] 4 W.W.R. 381, les parties avaient également reconnu que le demandeur était une entité ou un mandataire de la Couronne, j'estime que cet arrêt ne peut non plus étayer l'argument des PNS/M sur ce point.

[34] J'ajouterais en dernier lieu que l'O.N.É. lui-même n'assume pas d'obligation de type de l'arrêt *Nation haïda* et que même les appelants n'ont pas prétendu qu'il était assujéti à une telle obligation. L'O.N.É. est un organisme quasi-judiciaire (voir *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159, page 184), et, selon moi, il n'agit pas comme entité ou mandataire de la Couronne lorsqu'il exerce ses fonctions quasi-judiciaires.

L'omission de procéder à l'analyse de l'arrêt Nation haïda viole le paragraphe 35(1) de la Constitution

[35] Voici le texte du paragraphe 35(1) de la Constitution :

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

Confirmation des droits existants des peuples autochtones

[36] En affirmant que l'O.N.É. a commis une erreur en ne procédant pas à l'analyse de l'arrêt *Nation haïda* avant de rendre ses décisions, les appelants soutiennent en fait que l'O.N.É. doit exercer sa fonction décisionnelle conformément aux règles constitutionnelles, notamment le paragraphe 35(1). Je souscris à cette affirmation, étayée par l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, à la page 185.

[37] The appellants then contend that while the N.E.B.'s mandated consultation by the project proponents may have addressed potential infringements of Aboriginal rights by those proponents, the failure of the N.E.B. to undertake the *Haida* analysis means that potential infringements of those rights by the Crown would not be addressed. Thus, the argument goes, by failing to undertake the *Haida* analysis, the N.E.B. could be sanctioning potential infringements of Aboriginal rights by the Crown, thereby breaching subsection 35(1) of the Constitution.

[38] The appellants further argue that in the context of an application for a section 52 certificate, the N.E.B. must "have regard to all considerations that appear to it to be relevant", as specifically stated in section 52 of the NEB Act. And, according to the appellants, whether the Crown has, and has satisfied, a *Haida* duty, are matters that are relevant to, and therefore must be addressed by, the N.E.B. A failure to do so, their argument continues, would result in a breach by the N.E.B. of its obligation to make its decisions in accordance with the dictates of the Constitution.

[39] For several reasons, I cannot accede to these arguments.

[40] First, as noted above, the decision in *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)* establishes that in exercising its decision-making function, the N.E.B. must act within the dictates of the Constitution, including subsection 35(1) thereof. In the circumstances of these appeals, the N.E.B. dealt with three applications for section 52 certificates. Each of those applications is a discrete process in which a specific applicant seeks approval in respect of an identifiable project. The process focuses on the applicant, on whom the N.E.B. imposes broad consultation obligations. The applicant must consult with Aboriginal groups, determine their concerns and attempt to address them, failing which the N.E.B. can impose accommodative requirements. In my view, this process ensures that the applicant for the project approval has due regard for existing Aboriginal rights that are recognized and affirmed in subsection 35(1) of the Constitution. And, in ensuring that the applicant respects such Aboriginal

[37] Les appelants prétendent ensuite que même si l'obligation de consulter que l'O.N.É. a imposée aux promoteurs a pu permettre d'examiner de possibles contraventions aux droits ancestraux par ces promoteurs, il reste que l'omission de l'O.N.É. de procéder à l'analyse de l'arrêt *Nation haïda* fait en sorte que les contraventions possibles à ces droits par la Couronne ne seront pas examinées. Par conséquent, en n'entreprenant pas cette analyse, l'O.N.É. pourrait cautionner de possibles atteintes aux droits ancestraux par la Couronne et, de ce fait, violer le paragraphe 35(1) de la Constitution.

[38] Les appelants ajoutent que, dans le contexte d'une demande de certificat d'utilité publique, l'O.N.É. doit tenir compte « de tous les facteurs qu'il estime pertinents », ainsi que l'énonce expressément l'article 52 de la Loi sur l'ONÉ. Selon les appelants, la question de savoir si la Couronne assume une obligation de type de l'arrêt *Nation haïda* et s'en est acquittée est un facteur pertinent qui doit, en conséquence, être pris en considération à défaut de quoi l'O.N.É. manque à son obligation d'exercer son pouvoir décisionnel conformément aux règles constitutionnelles.

[39] Il m'est impossible, pour plusieurs raisons, de me rendre à ces arguments.

[40] Premièrement, comme on l'a vu, l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)* établit que l'O.N.É., lorsqu'il exerce sa fonction décisionnelle, doit se conformer aux règles constitutionnelles et, notamment, au paragraphe 35(1) de la Constitution. En l'espèce, l'O.N.É. devait statuer sur trois demandes de certificat d'utilité publique. Chaque demande constitue un processus distinct, dans lequel un demandeur donné cherche à obtenir une approbation visant un projet déterminé. Le processus met l'accent sur le demandeur, auquel l'O.N.É. impose d'importantes obligations de consultation. Chaque demandeur doit consulter les groupes autochtones, définir leurs préoccupations et tenter d'y répondre, à défaut de quoi l'O.N.É. peut imposer des mesures d'accommodement. Ce processus fait selon moi en sorte que le demandeur prenne dûment compte des droits ancestraux existants qui sont reconnus et confirmés au paragraphe 35(1) de la Constitution. En veillant à ce que le demandeur respecte

rights, in my view, the N.E.B. demonstrates that it is exercising its decision-making function in accordance with the dictates of subsection 35(1) of the Constitution.

[41] Secondly, the appellants were unable to point to any provision of the NEB Act or any other legislation that prevents it from issuing a section 52 certificate without first undertaking a *Haida* analysis or that empowers it to order the Crown to undertake *Haida* consultations.

[42] Thirdly, the Province of Saskatchewan argued that the N.E.B. lacks jurisdiction to undertake a *Haida* analysis where the Crown that is alleged to have a *Haida* duty is the Crown in right of a province. The appellants did not contest this limitation on the ability of the N.E.B. to conduct a *Haida* analysis in relation to the Crown in right of a province.

[43] Fourthly, a determination that the N.E.B. was not required to determine whether the Crown was under, and had discharged, a *Haida* duty before making the decisions does not preclude the adjudication of those matters by a court of competent jurisdiction. Indeed, the quotations from paragraphs 37 and 60 of *Haida* and paragraph 47 of *Paul* point towards recourse to the courts in such circumstances.

[44] I would add that the ability of an Aboriginal group to have recourse to the courts to adjudicate matters relating to the existence, scope and fulfillment of a *Haida* duty in respect of the subject-matter of an application for a section 52 certificate should not be taken as suggesting that the Aboriginal group should decline to participate in the N.E.B. process with respect to such an application. As previously stated, the N.E.B. process focuses on the duty of the applicant for a section 52 certificate. That process provides a practical and efficient framework within which the Aboriginal group can request assurances with respect to the impact of the particular project on the matters of concern to it. While the Aboriginal group is free to determine the course of action it wishes to pursue, it would be

ces droits ancestraux, l'O.N.É. démontre, à mon avis, qu'il exerce sa fonction décisionnelle conformément aux règles de cette disposition constitutionnelle.

[41] Deuxièmement, les appelants ont été incapables de citer la moindre disposition de la Loi sur l'ONÉ ou de toute autre loi qui empêcherait l'organisme de délivrer le certificat visé à l'article 52 sans avoir au préalable effectué l'analyse de l'arrêt *Nation haïda* ou qui l'habilite à ordonner à la Couronne de procéder à la consultation définie dans l'arrêt *Nation haïda*.

[42] Troisièmement, la province de la Saskatchewan a soutenu que l'O.N.É. n'a pas compétence pour procéder à l'analyse de l'arrêt *Nation haïda* lorsque c'est la Couronne du chef d'une province qui est visée par l'allégation qu'il existe une obligation de consulter aux termes de cet arrêt. Les appelants n'ont pas contesté cette restriction de la capacité de l'O.N.É. d'effectuer l'analyse à l'égard d'une province.

[43] Quatrièmement, la conclusion que l'O.N.É. n'est pas tenu de déterminer, avant de rendre les décisions, si la Couronne assume une obligation de type de l'arrêt *Nation haïda* et si elle s'en est acquittée, n'empêcherait pas l'examen de ces questions par le tribunal judiciaire compétent. De fait, les citations tirées des paragraphes 37 et 60 de l'arrêt *Nation haïda* et du paragraphe 47 de l'arrêt *Paul* indiquent qu'on peut s'adresser aux tribunaux judiciaires dans un tel cas.

[44] J'ajouterais qu'il ne faudrait pas que la capacité d'un groupe autochtone de saisir le tribunal judiciaire compétent de questions relatives à l'existence d'une obligation de type de l'arrêt *Nation haïda* à l'égard de l'objet d'une demande de certificat d'utilité publique et, le cas échéant, sur la portée et l'exécution de cette obligation fasse conclure que ce groupe devrait refuser de comparaître devant l'O.N.É. à l'égard du processus d'examen de cette demande. Nous le répétons, ce processus met l'accent sur les obligations du demandeur du certificat d'utilité publique; il établit un cadre pratique et efficace au moyen duquel le groupe autochtone peut demander des assurances à l'égard des incidences du projet sur des questions qui le touchent. Bien que le groupe autochtone soit libre de décider de ce

unfortunate if the opportunity afforded by the N.E.B. process to have Aboriginal concerns dealt with in a direct and non-abstract manner was not exploited.

THE CONSTITUTIONAL QUESTION

[45] The SFN/MFN argue that the NEB Act or portions thereof are invalid on the basis that they violate subsection 35(1) of the Constitution. In *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, the validity of a regulation that prescribed limits on the length of fishing nets was impugned by an Aboriginal person on the basis that the particular regulation was inconsistent with subsection 35(1) of the Constitution. In that case, the Supreme Court of Canada held that the party impugning a piece of legislation has the onus of establishing that the legislation has the effect of interfering with an existing Aboriginal right. If that onus has been satisfied, the onus then shifts to the Crown to establish that the interference is justified.

[46] In the present circumstances, the assertions of SFN/MFN fall well short of what is required of them to meet their burden of establishing that the NEB Act or any portion of it has the effect of interfering with any Aboriginal or treaty rights they may possess. The assertion that the entire NEB Act infringes an existing Aboriginal or treaty right of the SFN/MFN is entirely unsubstantiated.

[47] SFN/MFN make reference to a single provision of the NEB Act, section 52, and argue that it is invalid because it does not include a specific provision stating that, in making decisions required of it under that legislation, the N.E.B. must adhere to the protection afforded to existing Aboriginal and treaty rights of Aboriginal peoples of Canada. I am unable to accept this argument.

[48] It is clear from the decision of the Supreme Court of Canada in *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)* that the N.E.B. is required to conduct its decision-making process in a manner that respects the provisions of subsection 35(1) of the

qu'il fera, il serait malheureux qu'il ne se prévale pas de la possibilité offerte par ce processus de faire examiner les questions qui le préoccupent de façon directe et concrète.

LA QUESTION CONSTITUTIONNELLE

[45] Les PNS/M soutiennent que la Loi sur l'ONÉ ou des dispositions de cette loi sont inconstitutionnelles parce qu'elles violent le paragraphe 35(1) de la Constitution. Dans l'affaire *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, un Autochtone a contesté la validité d'un règlement limitant la longueur de filets de pêche au motif qu'il était incompatible avec le paragraphe 35(1) de la Constitution. La Cour suprême a statué qu'il incombe à celui qui invoque l'invalidité d'une disposition législative d'établir que la disposition porte atteinte à un droit ancestral existant. S'il s'acquitte de ce fardeau de preuve, il appartient alors à la Couronne de démontrer que l'atteinte est justifiée.

[46] En l'espèce, les affirmations des PNS/M sont bien loin de satisfaire au fardeau de prouver que la Loi sur l'ONÉ ou des dispositions de cette loi portent atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités. L'allégation que la totalité de la Loi sur l'ONÉ enfreint un droit ancestral ou issu de traités existant des PNS/M est dénuée de tout fondement.

[47] Les PNS/M ne mentionnent qu'une disposition de la Loi sur l'ONÉ, l'article 52, et ils affirment qu'elle est invalide parce qu'elle n'énonce pas expressément que l'O.N.É. doit observer les garanties accordées aux droits existants — ancestraux et issus de traités — des peuples autochtones du Canada lorsqu'il s'acquitte de la fonction décisionnelle dont il est investi. Je ne puis accepter cet argument.

[48] L'arrêt *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)* de la Cour suprême du Canada établit clairement que l'O.N.É. doit exercer son pouvoir décisionnel dans le respect des dispositions du paragraphe 35(1) de la Constitution. Le fait que la Loi

Constitution. In my view, the failure of the NEB Act to specifically refer to this requirement in section 52, or elsewhere in the NEB Act, is insufficient to invalidate that provision.

sur l'ONÉ n'énonce pas expressément cette obligation à l'article 52 ou ailleurs ne suffit pas pour rendre cette disposition invalide.

The A-542-08 Appeal

L'appel A-542-08

[49] Keystone argued that SBDFN's appeal should be limited to an appeal from the Keystone review decision alone and not from the Keystone decision itself. And, since SBDFN's memorandum of fact and law says nothing about the Keystone review decision, Keystone contends that SBDFN's appeal must be dismissed. In view of my proposed disposition of the jurisdictional and constitutional issues, I do not propose to deal with this issue.

[49] Keystone soutient que l'appel de la PNDSB ne devrait viser que la décision statuant sur la demande de révision de la décision Keystone et non la décision Keystone elle-même. Et comme l'exposé des faits et du droit ne traite pas de la décision relative à la demande de révision, Keystone soutient qu'il y a lieu de rejeter l'appel. Compte tenu de la décision que j'entends rendre sur la question de la compétence et sur la question constitutionnelle, il est inutile que j'examine ce point.

DISPOSITION

DÉCISION

[50] For the foregoing reasons, I would dismiss each of the appeals, with costs to the respondent Enbridge Pipelines Inc. in Court files A-537-08 and A-475-08, the respondent Enbridge Southern Lights GP Inc. in Court file A-541-08 and the respondent TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd. in A-542-08.

[50] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter chacun des appels et d'adjudger les dépens à l'intimée Enbridge Pipelines Inc. dans les dossiers A-537-08 et A-475-08, à l'intimée Enbridge Southern Lights GP Inc. dans le dossier A-541-08 et à l'intimée TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd. dans le dossier A-542-08.

NOËL J.A.: I agree.

LE JUGE NOËL, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

LAYDEN-STEVENSON J.A.: I agree.

LA JUGE LAYDEN-STEVENSON, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

APPENDIX

ANNEXE

National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7, subsections 21(1) and 22(1) and section 52

Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7, paragraphes 21(1) et 22(1) et article 52

Review, etc.,
of decisions
and orders

21. (1) Subject to subsection (2), the Board may review, vary or rescind any decision or order made by it or rehear any application before deciding it.

21. (1) Sous réserve du paragraphe (2), l'Office peut réviser, annuler ou modifier ses ordonnances ou décisions, ou procéder à une nouvelle audition avant de statuer sur une demande.

Révision des
ordonnances

...

[...]

Appeal to
Federal
Court of
Appeal

22. (1) An appeal lies from a decision or order of the Board to the Federal Court of Appeal on a question of law or of jurisdiction, after leave to appeal is obtained from that Court.

...

Issuance

52. The Board may, subject to the approval of the Governor in Council, issue a certificate in respect of a pipeline if the Board is satisfied that the pipeline is and will be required by the present and future public convenience and necessity and, in considering an application for a certificate, the Board shall have regard to all considerations that appear to it to be relevant, and may have regard to the following:

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

Constitution Act, 1982, subsection 35(1)

Recognition
of existing
aboriginal
and treaty
rights

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

22. (1) Il peut être interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale, avec l'autorisation de celle-ci, d'une décision ou ordonnance de l'Office, sur une question de droit ou de compétence.

[...]

Appel à la
Cour d'appel
fédérale

Délivrance

52. Sous réserve de l'agrément du gouverneur en conseil, l'Office peut, s'il est convaincu de son caractère d'utilité publique, tant pour le présent que pour le futur, délivrer un certificat à l'égard d'un pipeline; ce faisant, il tient compte de tous les facteurs qu'il estime pertinents, et notamment de ce qui suit :

- a) l'approvisionnement du pipeline en pétrole, gaz ou autre produit;
- b) l'existence de marchés, réels ou potentiels;
- c) la faisabilité économique du pipeline;
- d) la responsabilité et la structure financières du demandeur et les méthodes de financement du pipeline ainsi que la mesure dans laquelle les Canadiens auront la possibilité de participer au financement, à l'ingénierie ainsi qu'à la construction du pipeline;
- e) les conséquences sur l'intérêt public que peut, à son avis, avoir sa décision.

Loi constitutionnelle de 1982, paragraphe 35(1)

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

Confirma-
tion des
droits
existants
des peuples
autochtones