

A-358-14
2015 FCA 222

A-358-14
2015 CAF 222

Chippewas of the Thames First Nation (*Appellant*)

La Première Nation des Chippewas de la Thames
(*appelante*)

v.

c.

**Enbridge Pipelines Inc., the National Energy Board,
Attorney General of Canada** (*Respondents*)

**Pipelines Enbridge Inc., l'Office national de l'énergie,
le procureur général du Canada** (*intimés*)

**INDEXED AS: CHIPPEWAS OF THE THAMES FIRST NATION
v. ENBRIDGE PIPELINES INC.**

**RÉPERTORIÉ : PREMIÈRE NATION DES CHIPPEWAS DE
LA THAMES c. PIPELINES ENBRIDGE INC.**

Federal Court of Appeal, Ryer, Webb and Rennie
J.J.A.—Toronto, June 16; Ottawa, October 20, 2015.

Cour d'appel fédérale, juges Ryer, Webb et Rennie,
J.C.A.—Toronto, 16 juin; Ottawa, 20 octobre 2015.

Aboriginal Peoples — Duty to consult — Appeal from decision by National Energy Board approving application by respondent Enbridge Pipelines Inc. (Enbridge) pursuant to National Energy Board Act, s. 58 for Line 9B Reversal, Line 9 Capacity Expansion Project — Discussions between Enbridge, appellant, not addressing appellant's concerns with respect to Aboriginal, treaty rights — Appellant requesting consultation process with Crown, stipulating such consultation required because Act not providing Board with power to engage in Haida duty consultations (as enunciated by Supreme Court in Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)) on behalf of Crown — In response letter, Crown stating, inter alia, commitment to meeting legal duty to consult if Aboriginal or treaty right adversely affected, relying on Board processes — Board satisfied as to safe operation of pipeline, impacts on appellant's rights minimal, mitigated — Whether: (1) Board required to determine if Crown under Haida duty, discharging that duty; (2) power to fulfill Haida duty on behalf of Crown delegated to Board — Per Ryer J.A. (Webb J.A. concurring): Board not required to determine whether Crown under Haida duty — In Standing Buffalo Dakota First Nation v. Enbridge Pipelines Inc. (Standing Buffalo), Crown, not party to applications or participant in hearings, held not to be under duty to consult by Federal Court of Appeal — Supreme Court in Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council (Carrier Sekani) determining tribunal therein having power to make Haida determinations — However, Carrier Sekani not referring to Standing Buffalo, containing no analysis of role of tribunal in relation to Haida determinations when Crown not a participant in proceedings — Carrier Sekani not establishing that tribunal must make Haida determinations irrespective of whether Crown participant in proceedings — Standing Buffalo not overruled by Carrier Sekani, continuing to apply — No delegation by Crown to Board herein of power to undertake fulfilment of Haida duty — Board required to ensure that interests of

Peuples autochtones — Obligation de consulter — Appel d'une décision de l'Office national de l'énergie approuvant la demande présentée par l'intimée Pipelines Enbridge Inc. (Enbridge) en vertu de l'art. 58 de la Loi sur l'Office national de l'énergie pour le projet d'inversion de la canalisation 9B et d'accroissement de la capacité de la canalisation 9 — Les discussions entre Enbridge et l'appelante n'ont pas répondu aux préoccupations de celle-ci à l'égard de ses droits ancestraux ou issus de traités — L'appelante a demandé que la Couronne lance un processus de consultation et a affirmé que la Couronne était tenue de mener des consultations parce que la Loi ne donne pas à l'Office le pouvoir de procéder au nom de la Couronne à des consultations qui permettraient à celle-ci de s'acquitter de son obligation de consulter (telle qu'elle est définie par la Cour suprême dans l'arrêt Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)) — Dans sa lettre de réponse, la Couronne a mentionné, entre autres, qu'elle était déterminée à s'acquitter de son obligation légale de consulter chaque fois qu'il risque d'y avoir un effet préjudiciable sur un droit ancestral ou issu de traités et qu'elle comptait sur les processus de l'Office — L'Office était convaincu que le fonctionnement de la canalisation était sécuritaire, que les incidences sur les droits de l'appelante seraient minimales et que les mesures visant à les atténuer étaient appropriées — Il s'agissait de savoir 1) si l'Office était tenu de déterminer si la Couronne devait s'acquitter de l'obligation définie dans l'arrêt Nation haïda et si elle l'avait fait; et 2) si le pouvoir de s'acquitter au nom de la Couronne de l'obligation définie dans l'arrêt Nation haïda a été délégué à l'Office lui-même — Le juge Ryer, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : l'Office n'était pas tenu de déterminer si la Couronne devait satisfaire à l'obligation définie dans l'arrêt Nation haïda — Dans l'arrêt Première nation dakota de Standing Buffalo c. Enbridge Pipelines Inc. (Standing Buffalo), la Cour d'appel fédérale a conclu que la Couronne, qui n'était pas partie aux demandes et n'avait pas pris part

Aboriginal groups in relation to Project approval application considered — This duty not the same as Haida duty — Board adhering to its constitutional obligations herein — While Crown's Haida duty can be delegated to tribunal, legislation required to that effect — No judicial pronouncement made herein regarding existence, fulfilment of Haida duty on part of Crown — Appeal dismissed — Per Rennie J.A. (dissenting): Foundation on which Standing Buffalo predicated altered by Carrier Sekani, such that it no longer ought to be followed — Board required to consider whether consultation required, taking place — Carrier Sekani changed question from whether Crown seeking relief or permission from Board, to one focusing on legislative mandate given to Board by Parliament — Whether or not Crown present at proceedings not altering responsibilities of Board with respect to Crown's duty of consultation — Board's jurisdiction to assess consultation not varying according to project proponent — Duty to consult rooted in Constitution Act, 1982, s. 35, cannot be avoided by Crown — Board must have power to assess whether duty to consult fulfilled, to refuse to grant approval if duty to consult unfulfilled — Carrier Sekani requiring Board to ask whether duty to consult triggered, taking place.

Energy — National Energy Board approving application by respondent Enbridge Pipelines Inc. (Enbridge) pursuant to National Energy Board Act, s. 58 for Line 9B Reversal, Line 9 Capacity Expansion Project — Appellant requesting consultation process with Crown, stipulating such consultation

aux audiences, n'avait pas l'obligation de consulter les appelants — Dans l'arrêt Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani (Carrier Sekani), la Cour suprême a estimé que le tribunal avait eu raison de conclure qu'il avait le pouvoir de procéder aux déterminations de l'arrêt Nation haïda — Cependant, la décision rendue dans l'arrêt Carrier Sekani ne fait pas référence à l'arrêt Standing Buffalo, et n'analyse pas le rôle d'un tribunal administratif en relation avec les déterminations de l'arrêt Nation haïda lorsque la Couronne ne participe pas à la procédure dont le tribunal est saisi — L'arrêt Carrier Sekani ne va pas jusqu'à établir qu'un tribunal doit procéder aux déterminations de l'arrêt Nation haïda, peu importe que la Couronne participe, ou non, à cette procédure — L'arrêt Carrier Sekani ne l'emporte pas sur l'arrêt Standing Buffalo, qui continue de s'appliquer — En l'espèce, la Couronne n'a pas délégué à l'Office le pouvoir de s'acquitter de l'obligation définie dans l'arrêt Nation haïda — La mission de l'Office consistait à veiller à ce que le promoteur du projet tienne compte des intérêts des groupes autochtones en lien avec la demande d'approbation du projet — Cette obligation diffère de l'obligation de la Couronne définie dans l'arrêt Nation haïda — L'Office a respecté ses obligations constitutionnelles en l'espèce — Bien que l'obligation de la Couronne définie dans l'arrêt Nation haïda puisse être déléguée au tribunal, elle exige une loi à cet effet — L'existence de l'obligation définie dans l'arrêt Nation haïda et son respect par la Couronne en ce qui concerne le projet sont des questions pour lesquelles il n'y a eu aucune décision judiciaire en l'espèce — Appel rejeté — Le juge Rennie, J.C.A. (dissident) : L'arrêt Carrier Sekani a modifié les bases sur lesquelles reposait l'arrêt Standing Buffalo, de telle sorte que celui-ci ne doit plus être suivi — L'Office était tenu de se demander si l'obligation de consulter existait et si cette consultation avait eu lieu — L'arrêt Carrier Sekani a modifié la question, qui ne consiste plus à savoir si la Couronne demande une réparation ou une autorisation à l'Office, mais quel est le mandat législatif confié par le législateur à l'Office — Que la Couronne soit ou non présente aux procédures réglementaires ne peut modifier les responsabilités de l'Office en ce qui concerne l'obligation de consulter de la Couronne — Le pouvoir de l'Office d'évaluer l'adéquation de la consultation ne varie pas en fonction du promoteur du projet — L'obligation de consulter est fondée sur l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 et la Couronne ne peut éviter de s'en acquitter — L'Office doit avoir, et exercer, le pouvoir d'évaluer si l'obligation de consulter a été remplie, et de refuser une approbation si elle ne l'a pas été — L'arrêt Carrier Sekani exige que l'Office se demande s'il y avait obligation de consulter et si les consultations avaient eu lieu.

Énergie — L'Office national de l'énergie a approuvé la demande présentée par l'intimée Pipelines Enbridge Inc. (Enbridge) en vertu de l'art. 58 de la Loi sur l'Office national de l'énergie pour le projet d'inversion de la canalisation 9B et d'accroissement de la capacité de la canalisation 9

required because Act not providing Board with power to engage in Haida duty consultations (as enunciated by Supreme Court in Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)) on behalf of Crown — Crown stating, inter alia, commitment to meeting legal duty to consult if Aboriginal or treaty right adversely affected, relying on Board processes — Board satisfied as to safe operation of pipeline, impacts on appellant's rights minimal, mitigated — Whether: (1) Board required to determine if Crown under Haida duty, discharging that duty; (2) power to fulfill Haida duty on behalf of Crown delegated to Board — Board not required to determine whether Crown under Haida duty — Federal Court of Appeal decision in Standing Buffalo Dakota First Nation v. Enbridge Pipelines Inc., wherein Crown, not party to applications or participant in hearings, held not to be under duty to consult, followed — Supreme Court of Canada's decision in Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council not overruling Standing Buffalo — No delegation by Crown to Board herein of power to undertake fulfilment of Haida duty — Board required to ensure that interests of Aboriginal groups in relation to Project approval application considered — This duty not the same as Haida duty — Board adhering to its constitutional obligations herein.

This was an appeal from a decision of the National Energy Board (Board) approving an application by the respondent Enbridge Pipelines Inc. (Enbridge) pursuant to section 58 of the *National Energy Board Act* for the Line 9B Reversal and Line 9 Capacity Expansion Project (the Project).

Enbridge requested approval from the Board to reverse the direction of the flow of oil in a segment of pipeline, increase its barrel per day capacity and allow the transportation of heavy oil. Discussions between Enbridge and the appellant did not address the appellant's concerns with respect to the effect of the Project upon its Aboriginal and treaty rights. The appellant noted its concerns to the Crown and requested that the Crown immediately initiate a consultation process. The appellant stipulated that Crown consultation was required

— L'appelante a demandé que la Couronne lance un processus de consultation, affirmant que la Couronne était tenue de mener des consultations parce que la Loi ne donne pas à l'Office le pouvoir de procéder au nom de la Couronne à des consultations qui permettraient à celle-ci de s'acquitter de son obligation de consulter (telle qu'elle est définie par la Cour suprême dans l'arrêt Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)) — La Couronne a mentionné, entre autres, qu'elle était déterminée à s'acquitter de son obligation légale de consulter chaque fois qu'il risque d'y avoir un effet préjudiciable sur un droit ancestral ou issu de traités et qu'elle comptait sur les processus de l'Office — L'Office était convaincu que le fonctionnement de la canalisation 9 était sécuritaire, que les incidences sur les droits de l'appelante seraient minimes et que les mesures visant à les atténuer étaient appropriées — Il s'agissait de savoir 1) si l'Office était tenu de déterminer si la Couronne devait s'acquitter de l'obligation définie dans l'arrêt Nation haïda et si elle l'avait fait; et 2) si le pouvoir de s'acquitter au nom de la Couronne de l'obligation définie dans l'arrêt Nation haïda a été délégué à l'Office lui-même — L'Office n'était pas tenu de déterminer si la Couronne devait satisfaire à l'obligation définie dans l'arrêt Nation haïda — La décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt Première nation dakota de Standing Buffalo c. Enbridge Pipelines Inc., où la Couronne, qui n'était pas partie aux demandes et n'avait pas pris part aux audiences, n'avait pas l'obligation de consulter les appelants, a été suivie — La décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani ne l'emporte pas sur l'arrêt Standing Buffalo — La Couronne n'a pas délégué à l'Office le pouvoir de s'acquitter de l'obligation définie dans l'arrêt Nation haïda — La mission de l'Office consistait à veiller à ce que le promoteur du projet tienne compte des intérêts des groupes autochtones en lien avec la demande d'approbation du projet — Cette obligation diffère de l'obligation de la Couronne définie dans l'arrêt Nation haïda — L'Office a respecté ses obligations constitutionnelles en l'espèce.

Il s'agissait d'un appel d'une décision de l'Office national de l'énergie (l'Office) approuvant la demande présentée par l'intimée Pipelines Enbridge Inc. (Enbridge) en vertu de l'article 58 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* pour le projet d'inversion de la canalisation 9B et d'accroissement de la capacité de la canalisation 9 (le projet).

Enbridge a demandé l'approbation à l'Office d'inverser le sens de l'écoulement du pétrole dans un segment de la canalisation, d'augmenter la capacité de barils par jour et d'autoriser le transport du pétrole lourd. Les discussions entre Enbridge et l'appelante n'ont pas vraiment répondu aux préoccupations de celle-ci à l'égard de l'effet du projet sur ses droits ancestraux ou issus de traités. L'appelante a fait part de ses préoccupations à la Couronne et a demandé que la Couronne lance immédiatement un processus de consultation. L'appelante a affirmé que

because the Act does not provide the Board with the power to engage in *Haida* duty consultations (as enunciated by the Supreme Court in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*) on behalf of the Crown. The appellant also stipulated that the Board does not have jurisdiction to address, *inter alia*, cumulative impacts caused by changes to other Enbridge pipelines, cumulative impacts caused by changing the type of crude oil used as feedstock by petrochemical and chemical refineries in Sarnia, and historic and ongoing infringement of their rights caused by the construction and operation of Line 9. In a response letter to the appellant's request for consultation, the Crown stated that it was committed to meeting its legal duty to consult if Aboriginal or treaty right were to be adversely affected, that it had introduced a Responsible Resources Plan which in part addressed Aboriginal consultation issues, and that it relied on Board processes to address potential impacts to Aboriginal and treaty rights. The Board was satisfied by Enbridge's representations as to the safe operation of Line 9 and contingency operations in case of a pipeline rupture, and stated that any impacts on the appellant's rights would be minimal and appropriately mitigated.

At issue was whether (1) the Board was required to determine if the Crown, which was not a party to the application, was under a *Haida* duty and, if so, whether the Crown had discharged that duty; and whether (2) the Board was delegated the power to undertake the fulfilment of the *Haida* duty on behalf of the Crown in relation to the Project.

Held (Rennie J.A. dissenting), the appeal should be dismissed.

Per Ryer J.A. (Webb J.A. concurring): In the absence of the Crown as a participant in the section 58 application, the Board was not required, as a precondition to its consideration of that application, to determine whether the Crown was under a *Haida* duty. In *Standing Buffalo Dakota First Nation v. Enbridge Pipelines Inc. (Standing Buffalo)*, the Court answered in the negative the question of whether the Crown, which was not a party to the applications or a participant in the hearings therein, was under a duty to consult the appellants with respect to potential adverse impacts of the proposed projects. In *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council (Carrier Sekani)*, the Supreme Court determined that the British Columbia Utilities Commission was correct in

la Couronne était tenue de mener des consultations parce que la Loi ne donne pas à l'Office le pouvoir de procéder au nom de la Couronne à des consultations qui permettraient à celle-ci de s'acquitter de son obligation de consulter (telle qu'elle est définie par la Cour suprême dans l'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*). L'appelante a également affirmé que l'Office n'avait pas compétence pour, entre autres, prendre en compte les incidences cumulatives des changements qu'il faut apporter à d'autres pipelines d'Enbridge, prendre en compte les incidences cumulatives du changement de type de pétrole brut qui sera utilisé pour alimenter les raffineries pétrochimiques et chimiques de Sarnia, et faire cesser la violation passée et présente de leurs droits causée par la construction et l'exploitation de la canalisation 9. Dans une lettre de réponse à la demande de l'appelante concernant les consultations, la Couronne a mentionné qu'elle était déterminée à s'acquitter de son obligation légale de consulter chaque fois qu'elle envisage de prendre une mesure susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur un droit ancestral ou issu de traités, qu'elle avait adopté un plan de développement responsable des ressources qui réglait en partie les questions de consultation des peuples autochtones, et qu'elle comptait sur les processus de l'Office pour atténuer les incidences éventuelles sur les droits ancestraux ou issus de traités. Les observations d'Enbridge ont convaincu l'Office que le fonctionnement de la canalisation 9 était sécuritaire et que des mesures d'urgence étaient en place en cas de bris du pipeline. L'Office a donc affirmé que les incidences sur les droits de l'appelante seraient minimales et que les mesures visant à les atténuer étaient appropriées.

Il s'agissait de savoir 1) si l'Office était tenu de déterminer si la Couronne, qui n'était pas partie à la demande, devait s'acquitter de l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda* et, dans l'affirmative, si elle l'avait fait; et 2) si le pouvoir de s'acquitter au nom de la Couronne de l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda* qui est en lien avec le projet a été délégué à l'Office lui-même.

Arrêt (le juge Rennie, J.C.A., dissident) : l'appel doit être rejeté.

Le juge Ryer, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Puisque la Couronne ne participait pas à la demande fondée sur l'article 58, l'Office n'était pas tenu, comme condition préalable à son examen de cette demande, de déterminer si la Couronne devait satisfaire à l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda*. Dans l'arrêt *Première nation dakota de Standing Buffalo c. Enbridge Pipelines Inc. (Standing Buffalo)*, la Cour a répondu par la négative à la question de savoir si la Couronne, qui n'était pas partie aux demandes et n'avait pas pris part aux audiences, avait l'obligation de consulter les appelants au sujet des effets préjudiciables que les projets pourraient avoir sur eux. Dans l'arrêt *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil Tribal Carrier Sekani*

finding that it had the power to make the *Haida* determinations. In doing so, the Supreme Court stated that the role of each particular tribunal in relation to the *Haida* determinations depends on the duties and powers that the legislature has conferred upon it. *Carrier Sekani* does not refer to *Standing Buffalo* and contains no analysis of the role of a tribunal in relation to *Haida* determinations when the Crown is not a participant in the proceeding before that tribunal. *Carrier Sekani* does not go so far as to establish that, before undertaking its consideration of the matter at issue in the proceedings before it, a tribunal must make the *Haida* determinations irrespective of whether the Crown is a participant in those proceedings. *Carrier Sekani* does not overrule *Standing Buffalo*. The circumstances in *Carrier Sekani* differed significantly from those in *Standing Buffalo*. The principle established in *Standing Buffalo* continues to apply and was to be followed as the essential factual context in *Standing Buffalo* was indistinguishable from the factual context in this appeal.

There was no delegation by the Crown to the Board, under the Act or otherwise, of the power to undertake the fulfillment of any applicable *Haida* duty of the Crown in relation to the Project. The Board's mandate included ensuring that the interests of Aboriginal groups in relation to the Project approval application were considered by it and by the Project proponent. In this regard, the Board required Enbridge to engage in extensive dialogue with the appellant and other First Nations. In doing so, the Board ensured that it adhered to its constitutional obligations under subsection 35(1). The Board's duty to ensure appropriate levels of consultation with Aboriginal groups is not the same as the Crown's *Haida* duty. That said, consultations with Aboriginal groups that arise in the Board's section 58 application process may very well deal with, and hopefully remediate if necessary, the same Aboriginal concerns that arise when the Crown engages in *Haida* duty consultations. While the Crown's *Haida* duty can be delegated to a tribunal by appropriate legislation, mandating the Board to discharge the Crown's *Haida* duty would require it to function outside its core areas of technical expertise and make it difficult, if not impossible, for the Board to then adjudicate upon the issue of the adequacy of those consultations. The Crown's response letter did not constitute an effective delegation to the Board of the Crown's responsibility for the performance of any portion of its *Haida* duty. An effective delegation by the Crown of its *Haida* duty requires legislation to that effect. The existence of the Crown's *Haida* duty, if any, and the fulfillment of that duty, are issues that should not be taken to have been determined by the decision of the Board. It follows that the existence and fulfillment of any *Haida* duty on the part of the Crown in respect of the

(*Carrier Sekani*), la Cour suprême a estimé que la British Columbia Utilities Commission avait eu raison de conclure qu'elle avait le pouvoir de procéder aux déterminations de l'arrêt *Nation haïda*. Ce faisant, la Cour suprême a affirmé que le rôle de chacun des tribunaux administratifs en ce qui concerne les déterminations de l'arrêt *Nation haïda* dépend des devoirs et des pouvoirs que le législateur lui a conférés. La décision rendue dans l'arrêt *Carrier Sekani* ne fait pas référence à l'arrêt *Standing Buffalo*, et n'analyse pas le rôle d'un tribunal administratif en relation avec les déterminations de l'arrêt *Nation haïda* lorsque la Couronne ne participe pas à la procédure dont le tribunal est saisi. L'arrêt *Carrier Sekani* ne va pas jusqu'à établir qu'avant d'entreprendre l'examen de la question en cause dans la procédure dont il est saisi, un tribunal doit procéder aux déterminations de l'arrêt *Nation haïda*, peu importe que la Couronne participe, ou non, à cette procédure. L'arrêt *Carrier Sekani* ne l'emporte pas sur l'arrêt *Standing Buffalo*. Les circonstances de l'affaire *Carrier Sekani* différaient beaucoup de celles dans l'affaire *Standing Buffalo*. Le principe établi dans l'arrêt *Standing Buffalo* continue de s'appliquer et devait être suivi, car le contexte factuel essentiel dans l'affaire *Standing Buffalo* était impossible à différencier du contexte factuel dans le présent appel.

La Couronne n'a pas délégué à l'Office, ni en vertu de la Loi ni d'une autre façon, le pouvoir de s'acquitter de l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda* en lien avec le projet qui peut être la sienne. La mission de l'Office consistait, entre autres, à tenir compte, et à veiller à ce que le promoteur du projet tienne compte, des intérêts des groupes autochtones en lien avec la demande d'approbation du projet. À ce sujet, l'Office a exigé qu'Enbridge participe à des discussions approfondies avec l'appelante et d'autres premières nations. L'Office a ainsi respecté ses obligations constitutionnelles aux termes du paragraphe 35(1). L'obligation pour l'Office de veiller à ce que le niveau des consultations avec les groupes autochtones soit adéquat diffère de l'obligation de la Couronne définie dans l'arrêt *Nation haïda*. Cela étant dit, les consultations avec les groupes autochtones qui découlent du processus de demande de l'article 58 de l'Office peuvent très bien porter sur les mêmes préoccupations des Autochtones que celles qui sont soulevées lorsque la Couronne satisfait à l'obligation de consulter définie dans l'arrêt *Nation haïda* et, je l'espère, les atténuer. Bien qu'une loi appropriée puisse déléguer l'obligation de la Couronne définie dans l'arrêt *Nation haïda* à un tribunal administratif, donner ce mandat à l'Office obligerait celui-ci à remplir des tâches qui n'entrent pas dans ses principaux domaines d'expertise technique et lui rendrait la tâche très difficile, sinon impossible, lorsque viendra ensuite pour lui le moment de se prononcer sur l'adéquation de ces consultations. La lettre de réponse de la Couronne ne constituait pas une délégation effective à l'Office de la responsabilité de la Couronne pour l'exécution d'une partie ou une autre de son obligation de consulter définie dans l'arrêt *Nation haïda*. La délégation effective par la

Project are matters in respect of which there has been no judicial pronouncement.

Per Rennie J.A. (dissenting): The foundation on which *Standing Buffalo* was predicated has been altered by *Carrier Sekani*, such that it no longer ought to be followed. The factual and legal contexts in this appeal were markedly different from those in *Standing Buffalo* so as to require re-consideration of that decision. The language of *Carrier Sekani* is unequivocal; the Board was required to consider whether consultation was required and whether it had taken place. The majority herein placed considerable weight on the limited engagement of the Crown in the proceedings in respect of Line 9. *Carrier Sekani* changed the question from being whether the Crown is seeking relief or permission from the Board, to one that focuses on the legislative mandate given to the Board by Parliament. Whether or not the Crown shows up at regulatory proceedings cannot alter the responsibilities of the Board with respect to the Crown's duty of consultation. The Board's jurisdiction to assess consultation does not vary according to project proponent. The duty to consult is rooted in section 35 of the *Constitution Act, 1982*, and it cannot be avoided by the Crown refusing to engage until it is too late in the decision-making process or by delegating the final decision making to a tribunal. The duty, like the honour of the Crown, does not evaporate simply because a final decision has been made by a tribunal established by Parliament, as opposed to Cabinet. The Board must have, and exercise, the power to assess whether the duty to consult has been fulfilled, and to refuse to grant an approval if there is an unfulfilled duty to consult. Otherwise, the section 58 regime allows for the approval of projects that may adversely affect Aboriginal rights without the Crown ever consulting with the Aboriginal group in question. *Carrier Sekani* requires the Board to ask, in light of its understanding of the project and aboriginal title and treaty interests, whether the duty to consult was triggered. If so, it was required to ask whether the consultations had taken place. The result proposed in this case creates a disincentive to timely, good faith and pragmatic consultations, and undermines the overarching objective of reconciliation. To the extent that the Minister purported to rely on the Board to fulfill the duty to consult, he did so in error.

Couronne de ces obligations exige une loi à cet effet. Il ne faut pas considérer que l'existence, le cas échéant, de l'obligation de la Couronne définie dans l'arrêt *Nation haïda*, et le respect de cette obligation, ont été établis par la décision de l'Office. Il s'ensuit que l'existence de l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda* et son respect par la Couronne en ce qui concerne le projet sont des questions pour lesquelles il n'y a eu aucune décision judiciaire.

Le juge Rennie, J.C.A. (dissent) : L'arrêt *Carrier Sekani* a modifié les bases sur lesquelles reposait l'arrêt *Standing Buffalo*, de telle sorte que celui-ci ne doit plus être suivi. Les contextes factuel et juridique du présent appel diffèrent considérablement de ceux de l'arrêt *Standing Buffalo*, tellement que cette décision doit être réexaminée. La formulation de l'arrêt *Carrier Sekani* est sans équivoque : l'Office était tenu de se demander si l'obligation de consulter existait et si cette consultation avait eu lieu. En l'espèce, la majorité accorde beaucoup de poids à la participation limitée de la Couronne à la procédure relative à la canalisation 9. L'arrêt *Carrier Sekani* a modifié la question, qui ne consiste plus à savoir si la Couronne demande une réparation ou une autorisation à l'Office, mais quel est le mandat législatif confié par le législateur à l'Office. Que la Couronne soit ou non présente aux procédures réglementaires ne peut modifier les responsabilités de l'Office en ce qui concerne l'obligation de consulter de la Couronne. Le pouvoir de l'Office d'évaluer l'adéquation de la consultation ne varie pas en fonction du promoteur du projet. L'obligation de consulter est fondée sur l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et la Couronne ne peut éviter de s'en acquitter en refusant de participer jusqu'à ce qu'il soit trop tard au cours du processus décisionnel ou en déléguant la décision finale à un tribunal. L'obligation, comme l'honneur de la Couronne, ne s'envole pas en fumée simplement parce qu'une décision sans appel a été rendue par un tribunal établi par le Parlement, plutôt que par le Cabinet. L'Office doit avoir, et exercer, le pouvoir d'évaluer si l'obligation de consulter a été remplie, et de refuser une approbation si elle ne l'a pas été. Sinon, le régime de l'article 58 autorise l'approbation de projets qui peuvent avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux sans que la Couronne n'ait jamais consulté le groupe autochtone en cause. L'arrêt *Carrier Sekani* exige que l'Office, en tant que décideur final, se demande, à la lumière de ce qu'il sait du projet et des titres ancestraux ou intérêts issus de traités, s'il y avait obligation de consulter. Si c'était le cas, il était tenu de se demander si les consultations avaient eu lieu. Le résultat proposé dans la présente affaire dissuade les participants de mener en temps opportun des consultations pragmatiques et de bonne foi, et sape l'objectif primordial de conciliation des intérêts. Pour autant que le ministre ait voulu s'appuyer sur l'Office pour s'acquitter de cette obligation, il a fait erreur.

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.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 372.
National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7, ss. 21(1), 22(1), 52, 54, 58.
Quartz Mining Act, S.Y. 2003, c. 14.
Responsible Energy Development Act, S.A. 2012, c. R-17.3, s. 21.
Utilities Commission Act, R.S.B.C. 1996, c. 473, s. 71(2)(e).

CASES CITED

FOLLOWED:

Standing Buffalo Dakota First Nation v. Enbridge Pipelines Inc., 2009 FCA 308, [2010] 4 F.C.R. 500, leave to appeal to S.C.C. refused, [2010] 3 S.C.R. vii.

DISTINGUISHED:

Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650.

CONSIDERED:

Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests), 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75; *Ross River Dena Council v. Government of Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100, leave to appeal to S.C.C. refused, [2013] 3 S.C.R. vii; *Brokenhead Ojibway First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 484, 44 C.E.L.R. (3d) 1; *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159, (1994), 112 D.L.R. (4th) 129; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 256; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, (1997), 153 D.L.R. (4th) 193.

REFERRED TO:

Fond du Lac Denesuline First Nation v. Canada (Attorney General), 2010 FC 948, 54 C.E.L.R. (3d) 202, *sub nom. Athabasca Regional Government v. Canada (Attorney General)*, affd 2012 FCA 73, 65 C.E.L.R. (3d) 83; *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149; *ViiV Healthcare ULC v. Teva Canada Limited*, 2015 FCA 93; *Ahousaht First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2008 FCA 212, 297 D.L.R. (4th) 722; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.
Loi sur l'extraction du quartz, L.Y. 2003, ch. 14.
Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 21(1), 22(1), 52, 54, 58.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 372.
Responsible Energy Development Act, S.A. 2012, ch. R-17.3, art. 21.
Utilities Commission Act, R.S.B.C. 1996, ch. 473, art. 71(2)(e).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

Première nation dakota de Standing Buffalo c. Enbridge Pipelines Inc., 2009 CAF 308, [2010] 4 R.C.F. 500, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2010] 3 R.C.S. vii.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil Tribal Carrier Sekani, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts), 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l'énergie)*, 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75; *Ross River Dena Council v. Government of Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2013] 3 R.C.S. vii; *Nation Ojibway de Brokenhead c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 484; *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159; *Tsilhqot'in Nation c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 256; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

DÉCISIONS CITÉES :

La Première Nation Denesuline de Fond du Lac c. Canada (Procureur général), 2010 CF 948, *sub nom. Athabasca Regional Government c. Canada (Procureur général)*, conf. par 2012 CAF 73; *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370; *ViiV Soins de Santé ULC c. Teva Canada Limitée*, 2015 CAF 93; *Première Nation des Ahousaht c. Canada (Pêches et Océans)*, 2008 CAF 212; *Première Nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC

Assessment Director), 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Sambaa K'e Dene First Nation v. Duncan*, 2012 FC 204, [2012] 2 C.N.L.R. 369; *The Squamish Nation et al v. The Minister of Sustainable Resource Management et al*, 2004 BCSC 1320, 34 B.C.L.R. (4th) 280; *Gitxaala Nation v. Canada (Transport, Infrastructure and Communities)*, 2012 FC 1336, 51 Admin. L.R. (5th) 79.

AUTHORS CITED

Lambrecht, Kirk N., Q.C. *Aboriginal Consultation, Environmental Assessment, and Regulatory Review in Canada*. Regina: University of Regina Press, 2013.
 Mullan, David. "The Supreme Court and the Duty to Consult Aboriginal Peoples: A Lifting of the Fog?" (2011), 24 *CJALP* 233.
 Promislow, Janna. "Irreconcilable? The Duty to Consult and Administrative Decision Makers" (2013), 22:1 *Const. Forum Const.* 63.

APPEAL from a decision of the National Energy Board (*In the Matter of Enbridge Pipelines Inc.*, OH-002-2013, March 2014, online: <https://docs.neb-one.gc.ca/ll-eng/llisapi.dll/fetch/2000/90464/90552/92263/790736/890819/2431831/2428616/Reasons_for_Decision_OH-002-2013_-_A3V1E4.pdf?nodeid=2431830&vernum=-2>) approving an application by the respondent Enbridge Pipelines Inc. for the Line 9B Reversal and Line 9 Capacity Expansion Project. Appeal dismissed, Rennie J.A. dissenting.

APPEARANCES

David C. Nahwegahbow and *Scott Robertson* for appellant.
Joshua A. Jantzi and *Douglas E. Crowther*, Q.C. for respondent Enbridge Pipelines Inc.
Rebecca Brown for respondent National Energy Board.
Peter Southey, *Dayna Anderson* and *Sarah Bird* for respondent Attorney General of Canada.

SOLICITORS OF RECORD

Nahwegahbow, *Corbiere*, Rama, Ontario, for appellant.

74, [2004] 3 R.C.S. 550; *Première Nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Première Nation des Dénés de Sambaa K'e c. Duncan*, 2012 CF 204; *The Squamish Nation et al v. The Minister of Sustainable Resource Management et al*, 2004 BCSC 1320, 34 B.C.L.R. (4th) 280; *Nation Gitxaala c. Canada (Transports, Infrastructure et Collectivités)*, 2012 CF 1336.

DOCTRINE CITÉE

Lambrecht, Kirk N., c.r. *Aboriginal Consultation, Environmental Assessment, and Regulatory Review in Canada*. Regina : University of Regina Press, 2013.
 Mullan, David. « The Supreme Court and the Duty to Consult Aboriginal Peoples : A Lifting of the Fog? » (2011), 24 *CJALP* 233.
 Promislow, Janna. « Irreconcilable? The Duty to Consult and Administrative Decision Makers » (2013), 22:1 *Const. Forum Const.* 63.

APPEL d'une décision par laquelle l'Office national de l'énergie (*Relativement à Enbridge Pipelines Inc.*, OH-002-2013, mars 2014, en ligne : <https://docs.neb-one.gc.ca/ll-eng/llisapi.dll/fetch/2000/90464/90552/92263/790736/890819/2431831/2428616/Motifs_de_d%C3%A9cision_OH-002-2013_-_A3V1E3.pdf?nodeid=2432128&vernum=-2>) a approuvé la demande présentée par l'intimée Pipelines Enbridge Inc. pour le projet d'inversion de la canalisation 9B et d'accroissement de la capacité de la canalisation 9. Appel rejeté, le juge Rennie, J.C.A., étant dissident.

ONT COMPARU

David C. Nahwegahbow et *Scott Robertson* pour l'appelante.
Joshua A. Jantzi et *Douglas E. Crowther*, c.r. pour l'intimée Pipelines Enbridge Inc.
Rebecca Brown pour l'intimé l'Office national de l'énergie.
Peter Southey, *Dayna Anderson* et *Sarah Bird* pour l'intimé le procureur général du Canada.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Nahwegahbow, *Corbiere*, Rama, Ontario, pour l'appelante.

Dentons Canada LLP, Calgary, for respondent Enbridge Pipelines Inc.
 National Energy Board, Calgary, for respondent National Energy Board.
Deputy Attorney General of Canada for respondent Attorney General of Canada.

Dentons Canada LLP, Calgary, pour l'intimée Pipelines Enbridge Inc.
 L'Office national de l'énergie, Calgary, pour l'intimé l'Office national de l'énergie.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé le procureur général du Canada.

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.: This is an appeal by the Chippewas of the Thames First Nation (the appellant) from a decision of the National Energy Board (the Board) approving an application by Enbridge Pipelines Inc. (Enbridge) for the Line 9B Reversal and Line 9 Capacity Expansion Project (the Project). The reasons for the Board's decision were issued on March 6, 2014 and may be cited as No. OH-002-2013 [*In the Matter of Enbridge Pipelines Inc.*].

[1] LE JUGE RYER, J.C.A. : La Cour est saisie d'un appel interjeté par la Première Nation des Chippewas de la Thames (l'appelante) à l'encontre d'une décision de l'Office national de l'énergie (l'ONE [ou l'Office]) approuvant la demande présentée par Pipelines Enbridge Inc. (Enbridge) pour le projet d'inversion de la canalisation 9B et d'accroissement de la capacité de la canalisation 9 (le projet). Les motifs de la décision de l'Office ont été publiés le 6 mars 2014; ils portent le numéro de référence OH-002-2013 [*Relativement à Enbridge Pipelines Inc.*].

[2] The appellant asks the Court to quash the Board's approval of the Project "because the Board was without jurisdiction to issue exemptions and authorizations to [Enbridge] prior to the Crown fulfilling its duty to consult and accommodate the Appellant".

[2] L'appelante demande à la Cour d'annuler l'approbation donnée par l'Office au projet [TRADUCTION] « parce qu'il n'entraîne pas dans les pouvoirs de l'Office d'exempter et d'autoriser [Enbridge] avant que la Couronne ne se soit acquittée de son obligation de consulter l'appelante et de trouver des accommodements ».

[3] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

[3] Pour les motifs qui suivent, je rejetterais cet appel.

I. RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

I. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[4] The statutory provisions that are relevant to this appeal are subsections 21(1), 22(1), sections 52 and 58 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 Act).

[4] Les dispositions législatives ayant trait à cet appel sont les paragraphes 21(1) et 22(1) et les articles 52 et 58 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7 (la Loi sur l'ONE) ainsi que 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].

II. BACKGROUND

[5] In 1976, Line 9 began transporting oil eastward from Sarnia, Ontario to Montréal, Quebec. In 1999, the Board approved a reversal of the flow of oil. In July of 2012, the Board approved the re-reversal of the flow of oil in a segment of Line 9 from a location near Sarnia to a location near Hamilton, Ontario (North Westover).

[6] The application with respect to the Project was made pursuant to section 58 of the NEB Act. In the application, Enbridge requested approval for:

- (a) a reversal of the direction of the flow of oil between North Westover and Montréal;
- (b) an increase in Line 9's capacity from 240 000 barrels per day to 300 000 barrels per day; and
- (c) the transportation of heavy oil.

[7] The application stipulated that almost all of the work to implement the Project would take place within the existing pipeline right of way or upon property belonging to Enbridge.

[8] The Board determined that a public hearing in respect of the Project would be held and issued a hearing order to that effect. The hearing order was served upon the representatives of the federal Crown (the Crown) and the Crown in right of each of Ontario and Quebec. The appellant was granted intervener status and received funding from Enbridge in respect of its participation in the hearing.

[9] Enbridge engaged in discussions with the appellant and other Aboriginal groups that were within 50 kilometres of Line 9. The appellant acknowledged the consultation efforts by Enbridge but submitted that these efforts did not meaningfully address their concerns.

II. CONTEXTE

[5] En 1976, la canalisation 9 a commencé à transporter du pétrole vers l'est, depuis Sarnia, en Ontario, jusqu'à Montréal, au Québec. En 1999, l'Office a approuvé l'inversion du flux de pétrole. En juillet 2012, l'Office a approuvé une nouvelle inversion du sens de l'écoulement du pétrole dans un segment de la canalisation 9 allant d'un endroit près de Sarnia à un endroit près de Hamilton (North Westover, Ontario).

[6] La demande relative au projet a été présentée conformément à l'article 58 de la Loi sur l'ONE. Dans cette demande, Enbridge demandait que soient approuvés :

[TRADUCTION]

- a) l'inversion du sens de l'écoulement du pétrole entre North Westover et Montréal;
- b) l'augmentation de la capacité de la canalisation 9, qui passerait de 240 000 barils par jour à 300 000 barils par jour;
- c) le transport du pétrole lourd.

[7] La demande précisait que presque tout le travail de mise en œuvre du projet aurait lieu dans l'emprise actuelle du pipeline ou sur des terrains appartenant à Enbridge.

[8] L'Office a décidé qu'une audience publique aurait lieu au sujet du projet et a pris une ordonnance d'audience à cet effet. L'ordonnance d'audience a été signifiée aux représentants de la Couronne fédérale (la Couronne) et de la Couronne du chef de l'Ontario et du chef du Québec. L'appelante s'est vu accorder le statut d'intervenante et a reçu des fonds d'Enbridge pour sa participation à l'audience.

[9] Enbridge a entamé des discussions avec l'appelante et d'autres groupes autochtones qui se trouvaient dans un rayon de 50 kilomètres de la canalisation 9. L'appelante a reconnu qu'Enbridge avait fait des efforts de consultation, mais elle a allégué que ces efforts n'avaient pas vraiment répondu à ses préoccupations.

[10] On September 27, 2013, the appellant and another First Nation sent a letter (the request for consultation letter) to several ministers of the Crown, including the Minister of Natural Resources. The signatories noted their concerns with respect to the effect of the Project upon their Aboriginal and treaty rights and requested that the Crown immediately initiate a consultation process. They also requested that the Crown inform the Board that no consultation had taken place, and as a result, procedural steps involving the Crown and the appellant would need to be taken.

[11] The signatories stipulated that Crown consultation was required because the NEB Act does not provide the Board with the power to engage in *Haida* duty consultations on behalf of the Crown and to do so would be “wholly inappropriate” given the Board’s role as “an independent, quasi-judicial body”. In addition, the signatories stipulated that the Board does not have the jurisdiction to:

- protect other parts of our land bases to ensure that there continue to be areas in our traditional territories where we are able to exercise our rights;
- address cumulative impacts caused by changes to other Enbridge pipelines (such as Lines 5 and 6B) and facilities (Sarnia Tank Terminal) that are required to enable Enbridge to ship 300 000 bpd [barrels per day] of crude oil on Line 9;
- address cumulativ[e] impacts caused by changing the type of crude oil that will be used as feedstock by petrochemical and chemical refineries in Sarnia;
- provide AFN [Aamjiwnaang First Nation] and COTTFN [Chippewas of the Thames First Nation] with economic accommodation for potential impacts to our rights;
- conduct the public hearing and make a decision under s. 58 in a way which ensures that, if the Project is approved, accommodation provided to AFN and

[10] Le 27 septembre 2013, l’appelante et une autre Première Nation ont fait parvenir une lettre (la lettre de demande de consultation) à plusieurs ministres fédéraux, dont le ministre des Ressources naturelles. Les signataires disaient craindre les répercussions du projet sur leurs droits ancestraux ou issus de traités et demandaient que la Couronne lance immédiatement un processus de consultation. Ils demandaient aussi que la Couronne informe l’Office qu’aucune consultation n’avait eu lieu et que, par conséquent, des mesures procédurales auxquelles la Couronne et l’appelante seraient parties devraient être prises.

[11] Selon les signataires, la Couronne était tenue de les consulter parce que la Loi sur l’ONE ne donne pas à l’Office le pouvoir de procéder au nom de la Couronne à des consultations qui permettraient à celle-ci de s’acquitter de son obligation de consulter telle qu’elle est définie dans l’arrêt *Nation haïda*, et que le faire serait [TRADUCTION] « totalement inapproprié » compte tenu du rôle de l’Office en tant qu’« organisme quasi-judiciaire indépendant ». Les signataires ajoutaient que l’Office n’a pas compétence pour :

[TRADUCTION]

- protéger d’autres parties de nos terres afin qu’il continue d’y avoir dans nos territoires traditionnels des zones où nous pouvons exercer nos droits;
- prendre en compte les incidences cumulatives des changements qu’il faut apporter à d’autres pipelines (comme les canalisations 5 et 6B) et installations (terminal de réservoirs de Sarnia) d’Enbridge pour permettre à Enbridge d’expédier 300 000 barils de pétrole brut par jour dans la canalisation 9;
- prendre en compte les incidences cumulatives du changement de type de pétrole brut qui sera utilisé pour alimenter les raffineries pétrochimiques et chimiques de Sarnia;
- donner à la Première Nation Aamjiwnaang (PNA) et à la Première Nation des Chippewas de la Thames (PNCT) des accommodements économiques pour les incidences éventuelles sur nos droits;
- procéder à l’audience publique et rendre une décision en vertu de l’article 58 de manière que, si le projet est approuvé, les accommodements offerts à la PNA et à

COTTFN is commensurate with potential adverse impacts on our respective rights and interests; and

- address historic and ongoing infringement of our rights caused by the construction and operation of Line 9.

[12] No reply to the request for consultation letter was made by the Crown prior to the conclusion of the hearing before the Board.

[13] The hearing process began on October 8, 2013 in Montréal and ended on October 18, 2013, in Toronto, Ontario. The Crown did not participate in the hearing.

[14] At the hearing, the appellant described its treaty and Aboriginal rights through written evidence, including a preliminary traditional land use study outlining the use of land adjacent to the Line 9 right of way, and oral representations. The evidence contained expressions of the appellant's deep spiritual connection to its traditional land and resources and its concerns with respect to potential threats to its treaty and Aboriginal rights that could arise from the approval of the Project. In addition, the appellant's Chief's affidavit stated that the appellant was entitled to share in the revenues that were being generated by the transportation of oil through Line 9.

[15] During final argument at the hearing, the appellant asserted that the Board was required to decline to grant the Project approvals requested by Enbridge until Crown consultation had occurred.

[16] By letter dated January 30, 2014 (the Crown response letter), the Minister of Natural Resources replied to the request for consultation letter. The Minister stated that:

- a) the Crown was committed to meeting its legal duty to consult whenever it contemplates conduct that

la PNCT soient proportionnels aux incidences négatives éventuelles sur nos droits et nos intérêts respectifs;

- faire cesser la violation passée et présente de nos droits causée par la construction et l'exploitation de la canalisation 9.

[12] La Couronne n'a pas répondu à la lettre de demande de consultation avant que l'audience tenue devant l'Office ne soit terminée.

[13] Le processus d'audience a débuté le 8 octobre 2013 à Montréal et s'est terminé le 18 octobre 2013 à Toronto (Ontario). La Couronne n'a pas participé à l'audience.

[14] Pour décrire ses droits ancestraux ou issus de traités à cette audience, l'appelante a déposé une preuve écrite, dont une étude préliminaire de l'utilisation de son territoire traditionnel présentant l'utilisation des terrains adjacents à l'emprise de la canalisation 9, et a fait des observations de vive voix. Le lien spirituel profond de l'appelante avec ses territoires traditionnels et ses ressources, ainsi que les craintes que font naître chez elle les menaces que l'approbation du projet pourrait faire peser sur ses droits ancestraux ou issus de traités ont été exprimés dans ces éléments de preuve. L'affidavit du chef de l'appelante mentionnait de plus que l'appelante a droit à une part des revenus générés par le transport du pétrole dans la canalisation 9.

[15] Pendant les observations finales à l'audience, l'appelante a affirmé que l'Office est tenu de refuser les approbations demandées par Enbridge pour le projet jusqu'à ce que les consultations de la Couronne aient eu lieu.

[16] Dans une lettre datée du 30 janvier 2014 (la lettre de réponse de la Couronne), le ministre des Ressources naturelles a répondu à la lettre de demande de consultation. Le ministre a dit ceci :

[TRADUCTION]

- a) la Couronne est déterminée à s'acquitter de son obligation légale de consulter chaque fois qu'elle

could adversely affect an established or potential Aboriginal or treaty right;

- b) in support of that commitment, the Government had introduced a Responsible Resources Plan, which in part addressed Aboriginal consultation issues in respect of major projects; and
- c) the Government relies on Board processes to address potential impacts to Aboriginal and treaty rights stemming from projects under the Board's mandate.

envisage de prendre une mesure susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur un droit ancestral ou issu de traités, qu'il s'agisse d'un droit reconnu ou éventuel;

- b) pour remplir cet engagement, le gouvernement a adopté un plan de développement responsable des ressources qui résout en partie les questions de consultation des peuples autochtones en ce qui concerne les grands chantiers;
- c) le gouvernement compte sur les processus de l'Office pour atténuer les incidences éventuelles des projets qui relèvent du mandat de celui-ci sur les droits ancestraux ou issus de traités.

III. THE BOARD'S DECISION

[17] The Board acknowledged the potential threat that the Project could pose to the appellant's traditional land use but was satisfied by Enbridge's representations as to the safe operation of Line 9 and contingency operations in case of a pipeline rupture. As a result, the Board stated that any impacts on the appellant's rights would be minimal and appropriately mitigated. The Board concluded that its approval of the Project was in the public interest and consistent with the requirements of Parts III [sections 29 to 58.4] and IV [sections 58.5 to 72] of the NEB Act. Nonetheless, the Board's approval was subject to a number of conditions that, according to the Board [at page 4], would "enhance [the] current and ongoing pipeline integrity, safety and environmental protection measures to which Line 9 is already subject."

[18] The appellant was granted leave to appeal the Board's decision, as required under subsection 22(1) of the NEB Act, on June 4, 2014.

IV. ISSUES

[19] The underlying issues in this appeal relate to the duty (if any) of the Crown, as enunciated by the Supreme Court of Canada in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511 (*Haida Nation*), to consult with and accommodate the concerns of the appellant relating to potential effects of

III. LA DÉCISION DE L'OFFICE

[17] L'Office a reconnu que le projet pouvait menacer l'utilisation du territoire traditionnel de l'appelante, mais les observations d'Enbridge l'ont convaincu que le fonctionnement de la canalisation 9 était sécuritaire et que des mesures d'urgence étaient en place en cas de bris du pipeline. L'Office a donc affirmé que les incidences sur les droits de l'appelante seraient minimales et que les mesures visant à les atténuer étaient appropriées. L'Office a conclu que son approbation du projet servait l'intérêt public et était conforme aux exigences des parties III [articles 29 à 58.4] et IV [articles 58.5 à 72] de la Loi sur l'ONE. L'Office [à la page 4] a toutefois donné son accord sous réserve d'un certain nombre de conditions qui, selon lui, « renforceront les mesures actuelles et futures liées à l'intégrité et à la sécurité du pipeline ainsi qu'à la protection de l'environnement auxquelles la canalisation 9 est déjà soumise ».

[18] L'appelante a été autorisée à interjeter appel de la décision de l'Office, comme l'exige le paragraphe 22(1) de la Loi sur l'ONE, le 4 juin 2014.

IV. QUESTIONS À TRANCHER

[19] Les questions de fond dans le présent appel ont trait à l'obligation (éventuelle) de la Couronne, telle que l'a formulée la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511 (arrêt *Nation haïda*), de consulter l'appelante et de trouver des

the Project on their Aboriginal and treaty rights (the *Haida* duty).

[20] More particularly, there are two issues:

- (a) Whether the Board itself has been delegated the power to undertake the fulfilment of the *Haida* duty on behalf of the Crown in relation to the Project; and
- (b) Whether the Board was required to determine, as a condition of undertaking its mandate with respect to Enbridge's application for approval of the Project, if the Crown, which was not a party to the application, was under a *Haida* duty and, if so, whether the Crown had discharged that duty.

I will deal first with the latter of the two issues.

V. ANALYSIS

- A. Was the Board required to determine, as a condition of undertaking its mandate with respect to Enbridge's application for approval of the Project, if the Crown, which was not a party to the application, was under a *Haida* duty and, if so, whether the Crown had discharged that duty?

Standard of Review

[21] The issue of whether the Board was required to determine, as a condition of undertaking its mandate with respect to Enbridge's application for approval of the Project, if the Crown, which was not a party to the application, was under a *Haida* duty and, if so, whether it had discharged that duty, is a question of law that is reviewable on the standard of correctness (*Standing Buffalo Dakota First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 FCA 308, [2010] 4 F.C.R. 500 (*Standing Buffalo*), at paragraphs 23 and 24; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier*

accommodements aux préoccupations que celle-ci peut avoir en ce qui concerne les effets éventuels du projet sur ses droits ancestraux ou issus de traités (l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda*).

[20] Plus précisément, il faut trancher les deux questions suivantes :

- a) à savoir si le pouvoir de s'acquitter au nom de la Couronne de l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda* qui est en lien avec le projet a été délégué à l'Office lui-même;
- b) à savoir si l'Office était tenu de déterminer, pour remplir son mandat en ce qui concerne la demande d'approbation du projet présentée par Enbridge, si la Couronne, qui n'était pas partie à la demande, devait s'acquitter de l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda* et, dans l'affirmative, si elle l'avait fait.

Je vais d'abord me pencher sur la dernière de ces deux questions.

V. ANALYSE

- A. L'Office était-il tenu de déterminer, pour remplir son mandat en ce qui concerne la demande d'approbation du projet présentée par Enbridge, si la Couronne, qui n'était pas partie à la demande, devait s'acquitter de l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda* et, dans l'affirmative, si elle l'avait fait?

Norme de contrôle

[21] La question de savoir si l'Office était tenu de déterminer, pour remplir son mandat en ce qui concerne la demande d'approbation du projet présentée par Enbridge, si la Couronne, qui n'était pas partie à cette demande, devait s'acquitter de l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda* et, si c'était le cas, si elle avait rempli cette obligation, est une question de droit dont la norme de contrôle est celle de la décision correcte (*Première nation dakota de Standing Buffalo c. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 CAF 308, [2010] 4 R.C.F. 500 (arrêt

Sekani Tribal Council, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650 (*Carrier Sekani*), at paragraphs 64–67).

Standing Buffalo Governs

[22] In paragraph 2 of *Standing Buffalo*, the Court stated:

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.

[23] The Court answered this question in the negative and held that the Board was not precluded from exercising its jurisdiction to hear the applications that were before it. The Court did not decide that the Board lacked the power to determine whether the Crown was under a *Haida* duty and, if so, whether it met that duty (the *Haida* determinations). Leave to appeal to the Supreme Court in *Standing Buffalo* was denied, [2010] 3 S.C.R. vii (S.C.C. File No. 33480 (December 2, 2010)).

[24] Subsequent to *Standing Buffalo*, there have been no amendments to the NEB Act that negate the continuing applicability of that decision.

Carrier Sekani

[25] In late October of 2010, the Supreme Court of Canada released its decision in *Carrier Sekani*. In that case, the Crown in right of British Columbia (the B.C. Crown), acting through the British Columbia Hydro and Power Authority (B.C. Hydro) sought approval from the British Columbia Utilities Commission (BCUC), under the *Utilities Commission Act*, R.S.B.C. 1996, c. 473, to purchase electrical power under a contract with Rio Tinto Alcan Inc. (RTA).

Standing Buffalo), aux paragraphes 23 et 24; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil Tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650 (arrêt *Carrier Sekani*), aux paragraphes 64 à 67).

L'arrêt Standing Buffalo s'applique

[22] La Cour a dit ceci au paragraphe 2 de l'arrêt *Standing Buffalo* :

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 haïda 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.

[23] La Cour a répondu à cette question par la négative et a statué que rien n'empêchait l'Office d'exercer ses compétences et d'examiner les demandes qui lui étaient présentées. La Cour n'a pas conclu que l'Office n'avait pas le pouvoir de déterminer si la Couronne était tenue de s'acquitter de l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda* et, si c'était le cas, si elle avait rempli cette obligation (les déterminations de l'arrêt *Nation haïda*). L'autorisation d'interjeter appel à la Cour suprême de l'arrêt *Standing Buffalo* a été refusée, [2010] 3 R.C.S. vii (C.S.C. dossier n° 33480 (2 décembre 2010)).

[24] Postérieurement à l'arrêt *Standing Buffalo*, aucune modification en vertu de laquelle cet arrêt ne serait plus applicable n'a été apportée à la Loi sur l'ONE.

Arrêt Carrier Sekani

[25] À la fin d'octobre 2010, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'affaire *Carrier Sekani*. En l'espèce, la Couronne du chef de la Colombie-Britannique (la Couronne de la C.-B.), agissant par l'entremise de la British Columbia Hydro and Power Authority (B.C. Hydro), a demandé à la British Columbia Utilities Commission (la BCUC) d'approuver en vertu de la *Utilities Commission Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 473, l'achat d'électricité aux termes d'un contrat avec Rio Tinto Alcan Inc. (RTA).

[26] BCUC allowed B.C. Hydro's application. It determined that the *Haida* duty had not been triggered because the First Nation failed to establish that the proposed power purchase contract would adversely affect any asserted Aboriginal rights. As such, a complete consideration of the adequacy of consultations was not required.

[27] On appeal, the British Columbia Court of Appeal (the B.C.C.A.) found that a more fulsome inquiry with respect to the *Haida* determinations was required and remitted the matter to BCUC on that basis.

[28] Before the Supreme Court of Canada, B.C. Hydro and RTA argued that the B.C.C.A. took too wide a view of BCUC's role in deciding consultation issues and that BCUC had correctly concluded that the *Haida* duty had not been triggered. For its part, the Carrier Sekani Tribal Council supported the B.C.C.A.'s decision to remit the consultation issue back to BCUC for more fulsome submissions on the consultation issue.

[29] In allowing the appeal, the Supreme Court determined that BCUC was correct in finding that it had the power to make the *Haida* determinations and that its conclusion, that the *Haida* duty had not been triggered, was reasonable. In doing so, the Supreme Court stated that the role of each particular tribunal in relation to the *Haida* determinations depends on the duties and powers that the legislature has conferred upon it.

[30] Specifically, the Supreme Court stated, at paragraph 69, as follows:

It is common ground that the *Utilities Commission Act* empowers the Commission to decide questions of law in the course of determining whether the 2007 EPA is in the public interest. The power to decide questions of law implies a power to decide constitutional issues that are properly before it, absent a clear demonstration that the legislature intended to exclude such jurisdiction from the tribunal's power (*Conway*, at para. 81; *Paul v. British*

[26] La BCUC a répondu favorablement à la demande de B.C. Hydro. Elle a conclu que l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda* ne s'appliquait pas parce que la Première Nation n'avait pas établi que le contrat d'achat d'électricité proposé aurait un effet préjudiciable sur les droits ancestraux allégués. Il n'était par conséquent pas nécessaire de procéder à un examen complet de l'adéquation des consultations.

[27] En appel, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (la C.A.C.-B.) a estimé qu'une étude plus approfondie s'imposait en ce qui concerne les déterminations de l'arrêt *Nation haïda* et a, pour cette raison, renvoyé l'affaire à la BCUC.

[28] Devant la Cour suprême du Canada, B.C. Hydro et RTA ont allégué que la C.A.C.-B. avait donné au rôle de la BCUC pour ce qui est de décider des questions de consultation plus d'ampleur qu'il n'en a et que la BCUC avait conclu à bon droit que l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda* ne s'appliquait pas. Pour sa part, le Conseil tribal Carrier Sekani a appuyé la décision de la C.A.C.-B. de renvoyer la question de la consultation à la BCUC pour que des observations plus détaillées soient présentées sur cette question.

[29] En accueillant l'appel, la Cour suprême a estimé que la BCUC avait eu raison de conclure qu'elle avait le pouvoir de procéder aux déterminations de l'arrêt *Nation haïda* et que sa conclusion, selon laquelle l'obligation définie dans cet arrêt n'existait pas en l'espèce, était raisonnable. Ce faisant, la Cour suprême a affirmé que le rôle de chacun des tribunaux administratifs en ce qui concerne les déterminations de l'arrêt *Nation haïda* dépend des devoirs et des pouvoirs que le législateur lui a conférés.

[30] Plus précisément, la Cour suprême a mentionné ce qui suit au paragraphe 69 :

Il est reconnu que la *Utilities Commission Act* investit la Commission du pouvoir de trancher des questions de droit aux fins de déterminer si le CAÉ de 2007 sert l'intérêt public. Le pouvoir d'un tribunal administratif de statuer en droit emporte celui de trancher une question constitutionnelle dont il est régulièrement saisi, sauf lorsqu'il est clairement établi que le législateur a voulu le priver d'un tel pouvoir (*Conway*, par. 81; *Paul c.*

Columbia (Forest Appeals Commission), 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585, at para. 39). “[S]pecialized tribunals with both the expertise and authority to decide questions of law are in the best position to hear and decide constitutional questions related to their statutory mandates”: *Conway*, at para. 6. [Emphasis added.]

[31] In addition, at paragraph 70, the Supreme Court referred to paragraph 71(2)(e) of the *Utilities Commission Act* that required BCUC to consider “any other factor that [it] considers relevant to the public interest”. Thus, the Supreme Court concluded that BCUC was empowered by the *Utilities Commission Act* to make the *Haida* determinations in respect of the B.C. Hydro’s application for approval of the power purchase contract.

[32] The Supreme Court also found that a tribunal having the power to make the *Haida* determinations may nonetheless lack effective remedial powers. At paragraphs 61 and 63, the Supreme Court stated:

A tribunal that has the power to consider the adequacy of consultation, but does not itself have the power to enter consultations, should provide whatever relief it considers appropriate in the circumstances, in accordance with the remedial powers expressly or impliedly conferred upon it by statute. The goal is to protect Aboriginal rights and interests and to promote the reconciliation of interests called for in *Haida Nation*.

...

As the B.C. Court of Appeal rightly found, the duty to consult with Aboriginal groups, triggered when government decisions have the potential to adversely affect Aboriginal interests, is a constitutional duty invoking the honour of the Crown. It must be met. If the tribunal structure set up by the legislature is incapable of dealing with a decision’s potential adverse impacts on Aboriginal interests, then the Aboriginal peoples affected must seek appropriate remedies in the courts: *Haida Nation*, at para. 51.

[33] The decision in *Carrier Sekani* does not refer to the decision in *Standing Buffalo* and contains no analysis of the role of a tribunal in relation to *Haida*

Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission), 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585, par. 39). « [U]n tribunal spécialisé jouissant à la fois de l’expertise et du pouvoir requis pour trancher une question de droit est le mieux placé pour trancher une question constitutionnelle se rapportant à son mandat légal » : *Conway*, par. 6. [Non souligné dans l’original.]

[31] De plus, au paragraphe 70, la Cour suprême renvoie à l’alinéa 71(2)(e) de la *Utilities Commission Act*, qui exige que la BCUC tienne compte de [TRADUCTION] « tout autre élément jugé pertinent eu égard à l’intérêt public » ». La Cour suprême a par conséquent conclu que la *Utilities Commission Act* avait donné à la BCUC le pouvoir de procéder aux déterminations de l’arrêt *Nation haïda* à propos de la demande de B.C. Hydro d’approuver le contrat d’achat d’électricité.

[32] La Cour suprême a également conclu qu’un tribunal ayant le pouvoir de procéder aux déterminations de l’arrêt *Nation haïda* peut néanmoins ne pas avoir de pouvoirs de réparation efficaces. La Cour suprême dit ceci aux paragraphes 61 et 63 :

Le tribunal administratif doté du pouvoir de se prononcer sur le caractère adéquat de la consultation, mais non du pouvoir d’effectuer celle-ci, doit accorder la réparation qu’il juge indiquée dans les circonstances, conformément aux pouvoirs de réparation qui lui sont expressément ou implicitement conférés par sa loi habilitante. L’objectif est de protéger les droits et les intérêts des Autochtones et de favoriser la conciliation d’intérêts que préconise notre Cour dans l’arrêt *Nation Haïda*.

[...]

Comme le conclut à juste titre la Cour d’appel, l’obligation de consulter les peuples autochtones, qui naît lorsque le gouvernement prend une décision susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur leurs intérêts, est une obligation constitutionnelle qui fait intervenir l’honneur de la Couronne et qui doit être respectée. Si le régime administratif mis en place par le législateur ne peut remédier aux éventuels effets préjudiciables d’une décision sur des intérêts autochtones, les Premières nations touchées doivent alors s’adresser à une cour de justice pour obtenir la réparation voulue : *Nation Haïda*, par. 51.

[33] La décision rendue dans l’arrêt *Carrier Sekani* ne fait pas référence à l’arrêt *Standing Buffalo*, et n’analyse pas le rôle d’un tribunal administratif en relation

determinations when the Crown is not a participant in the proceeding before that tribunal. In *Carrier Sekani*, the Crown was before BCUC, and BCUC made the initial *Haida* determination, namely that the Crown was not under a *Haida* duty in the circumstances. In my view, *Carrier Sekani* does not go so far as to establish that before undertaking its consideration of the matter at issue in the proceedings before it, a tribunal must make the *Haida* determinations irrespective of whether the Crown is a participant in those proceedings.

Does Carrier Sekani Overrule Standing Buffalo?

[34] The appellant submitted that *Standing Buffalo* has been overtaken by *Carrier Sekani*. I am not persuaded that this is the case.

[35] The circumstances in *Carrier Sekani* differed significantly from those in *Standing Buffalo*.

[36] In *Carrier Sekani*, the B.C. Crown, in the form of B.C. Hydro, was a party to an application to BCUC, seeking approval to enter into a power purchase agreement with RTA. Thus, there was a specific Crown action—entering into and performing the electricity purchase contract—that was subject to the approval of BCUC and that same action was alleged by the First Nation to constitute Crown conduct that engaged B.C. Hydro’s duty to consult. In those circumstances, the question of whether the B.C. Crown was under, and, if so, had discharged, a *Haida* duty was squarely before BCUC. Indeed, BCUC itself was of the view that it was empowered to make the requisite legal and factual determinations. If B.C. Hydro had a *Haida* duty and it was not discharged, then BCUC had the ability to prevent B.C. Hydro from taking the action that allegedly had an adverse impact upon an asserted interest of the First Nation.

avec les déterminations de l’arrêt *Nation haïda* lorsque la Couronne ne participe pas à la procédure dont le tribunal est saisi. Dans l’affaire *Carrier Sekani*, la Couronne participait à la procédure de la BCUC, laquelle a conclu qu’en l’espèce, la Couronne n’était pas tenue de s’acquitter de l’obligation définie dans l’arrêt *Nation haïda*. Selon moi, l’arrêt *Carrier Sekani* ne va pas jusqu’à établir qu’avant d’entreprendre l’examen de la question en cause dans la procédure dont il est saisi, un tribunal doit procéder aux déterminations de l’arrêt *Nation haïda*, peu importe que la Couronne participe, ou non, à cette procédure.

L’arrêt Carrier Sekani l’emporte-t-il sur l’arrêt Standing Buffalo?

[34] L’appelante a fait valoir que les enseignements de la Cour dans l’arrêt *Standing Buffalo* cèdent le pas à ceux de la Cour suprême dans l’arrêt *Carrier Sekani*. Je ne suis pas persuadé que ce soit le cas.

[35] Les circonstances de l’affaire *Carrier Sekani* différaient beaucoup de celles dans l’affaire *Standing Buffalo*.

[36] Dans l’affaire *Carrier Sekani*, la Couronne de la C.-B., sous la forme de B.C. Hydro, était partie à une demande d’autorisation de conclure une entente d’achat d’électricité avec RTA présentée à la BCUC. Un geste précis de la Couronne — conclure et exécuter un contrat d’achat d’électricité — devait être approuvé par la BCUC, et c’est ce geste même qui, selon la Première Nation, constituait une mesure envisagée par la Couronne obligeant B.C. Hydro à la consulter. Dans ces circonstances, la question de savoir si la Couronne de la C.-B. devait remplir l’obligation de consulter définie dans l’arrêt *Nation haïda* et, si c’était le cas, si elle s’en était acquittée, se posait directement à la BCUC. En fait, la BCUC elle-même a estimé avoir le pouvoir de tirer les conclusions de droit et de fait requises. Si B.C. Hydro était tenue de s’acquitter de l’obligation définie dans l’arrêt *Nation haïda* et qu’elle ne l’a pas fait, la BCUC pouvait l’empêcher de prendre la mesure qui aurait censément une incidence préjudiciable sur l’intérêt que la Première Nation faisait valoir.

[37] In *Standing Buffalo*, the Standing Buffalo First Nation (SBFN) had been engaged in a consultation process with the federal Crown with respect to asserted claims of Aboriginal title to lands and other matters for a period of time extending from 1997 to 2006. The Crown ultimately determined that it had no *Haida* duty and that it was no longer prepared to continue the consultations. That prompted SBFN to intervene in the hearing before the Board with respect to Enbridge's application, pursuant to section 52 of the NEB Act, for permission to construct the Saskatchewan leg of the Keystone Pipeline. SBFN requested the Board to compel the Crown to participate in the hearing so that the Board could determine whether the Crown had met any applicable *Haida* duty. If the Crown did not participate, SBFN asserted that its evidence should be accepted by the Board and, as a result, the Board should determine that it was without jurisdiction to consider the substantive merits of Enbridge's application before it.

[38] In *Carrier Sekani*, the party seeking an approval from BCUC was the Crown itself. In contrast, the Crown did not participate in the approval proceedings before the Board in *Standing Buffalo*. Instead, the party seeking approval from the Board was Enbridge, a private-sector corporation that was unrelated to the Crown.

[39] The non-participation of the Crown in the hearing process in *Standing Buffalo* is significant.

[40] While it is clear that the Board has the power to decide questions of law, it is important to note that the *Haida* determinations also include factual findings. As stated by the Supreme Court in *Haida Nation*, at paragraph 61:

....The existence or extent of the duty to consult or accommodate is a legal question in the sense that it defines a legal duty. However, it is typically premised on an assessment of the facts.

[37] Dans l'affaire *Standing Buffalo*, la Première Nation de Standing Buffalo (la PNSB), qui alléguait qu'elle possédait des titres ancestraux sur des terres, avait participé de 1997 à 2006 à un processus de consultation avec la Couronne fédérale au sujet de cette revendication et d'autres questions. La Couronne a finalement conclu qu'aucune obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda* ne lui incombait et qu'elle n'était plus disposée à poursuivre les consultations, ce qui a amené la PNSB à intervenir à l'audience dont l'Office était saisi à propos de la demande qu'Enbridge avait présentée, conformément à l'article 52 de la Loi sur l'ONE, pour obtenir l'autorisation de construire le segment du pipeline Keystone en Saskatchewan. La PNSB a demandé à l'Office d'obliger la Couronne à participer à l'audience afin qu'il puisse déterminer si la Couronne s'était acquittée de l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda*, à supposer que celle-ci lui incombât. La PNSB a fait valoir que, si la Couronne n'y participait pas, l'Office devrait accepter ses éléments de preuve et conclure par conséquent qu'il n'avait pas compétence pour se pencher sur le bien-fondé de la demande d'Enbridge dont il était saisi.

[38] Dans l'affaire *Carrier Sekani*, c'est la Couronne elle-même qui demandait l'autorisation de la BCUC. Elle n'a, par contre, pas participé à la procédure d'approbation dont était saisi l'Office dans l'affaire *Standing Buffalo*. C'est plutôt Enbridge, une société privée sans lien avec la Couronne, qui demandait l'autorisation de l'Office.

[39] La non-participation de la Couronne à l'audience dans l'affaire *Standing Buffalo* est importante.

[40] Bien que l'Office ait de toute évidence le pouvoir de décider des questions de droit, il est important de remarquer que les déterminations de l'arrêt *Nation haïda* incluent aussi des conclusions de fait. Comme le dit la Cour suprême dans l'arrêt *Nation haïda*, au paragraphe 61 :

[...] L'existence et l'étendue de l'obligation de consulter ou d'accommoder sont des questions de droit en ce sens qu'elles définissent une obligation légale. Cependant, la réponse à ces questions repose habituellement sur l'appréciation des faits.

Similarly the question of whether an existing *Haida* duty has been met is largely factual.

[41] Because the Crown participated in the proceedings in *Carrier Sekani*, BCUC was in a position to make the factual findings required by the *Haida* determinations in the normal adversarial context. If the Board had decided to make the *Haida* determinations in *Standing Buffalo*, it would have had to make the requisite factual findings outside of that adversarial context.

[42] Moreover, it is noteworthy that the implied power of a tribunal to undertake the *Haida* determinations, which is stipulated in paragraph 69 of *Carrier Sekani*, refers to “constitutional issues that are properly before” the tribunal. Because the Crown was not a party to the Project approval proceedings, it is not clear that the *Haida* determinations were “properly before” the Board in these proceedings.

[43] The contrast between *Carrier Sekani* and *Standing Buffalo* is also marked in terms of the remedial capacity of the respective tribunals in those cases.

[44] In *Carrier Sekani*, BCUC was in a position to deny the approval requested by B.C. Hydro if it determined that B.C. Hydro had a *Haida* duty but had not fulfilled it.

[45] In *Standing Buffalo*, the Board had no remedial power over the Crown. It was unable to deny a request from the Crown because the Crown had not requested anything from it. If the Board had decided to make the *Haida* determinations (in the absence of evidence or argument from the Crown) and had concluded that the Crown has not fulfilled an applicable *Haida* duty, the Board’s only recourse—as asserted by SBFN—would have been to decline to adjudicate upon Enbridge’s pipeline construction application. Thus, the Board’s remedy would have been to effectively deny Enbridge’s

De même, la question de savoir si l’obligation définie dans l’arrêt *Nation haïda*, lorsqu’elle existe, a été satisfaite est en bonne partie une question de fait.

[41] Parce que la Couronne a participé à la procédure dans l’arrêt *Carrier Sekani*, la BCUC était en mesure de tirer les conclusions de fait exigées par les déterminations de l’arrêt *Nation haïda* dans le contexte contradictoire habituel. Si l’Office avait décidé de procéder aux déterminations de l’arrêt *Nation haïda* dans l’affaire *Standing Buffalo*, il aurait dû tirer les conclusions de fait nécessaires en dehors de ce contexte contradictoire.

[42] Il vaut la peine de mentionner de plus que le pouvoir implicite d’un tribunal administratif de procéder aux déterminations de l’arrêt *Nation haïda*, qui est précisé au paragraphe 69 de l’arrêt *Carrier Sekani*, renvoie aux « question[s] constitutionnelle[s] dont il est régulièrement saisi ». Parce que la Couronne n’était pas partie à la procédure d’approbation du projet, il n’est pas certain que l’Office ait été « régulièrement saisi » des déterminations de l’arrêt *Nation haïda* dans cette procédure.

[43] Il existe aussi un contraste marqué entre la capacité réparatrice de chacun des tribunaux dans les affaires *Carrier Sekani* et *Standing Buffalo*.

[44] Dans l’affaire *Carrier Sekani*, la BCUC pouvait refuser l’approbation demandée par B.C. Hydro si elle établissait que l’obligation de consulter définie dans l’arrêt *Nation haïda* existait et que B.C. Hydro ne l’avait pas remplie.

[45] Dans l’affaire *Standing Buffalo*, l’Office n’avait pas de pouvoir réparateur grâce auquel il aurait pu faire fléchir la Couronne. Il ne pouvait refuser une requête de la Couronne, parce que celle-ci ne lui avait rien demandé. Si l’Office avait décidé de procéder aux déterminations de l’arrêt *Nation haïda* (en l’absence de preuve ou d’argument de la Couronne) et avait conclu qu’il incombait à la Couronne de s’acquitter de l’obligation définie dans cet arrêt, mais qu’elle ne l’avait pas fait, le seul recours de l’Office — comme l’allègue la PNSB — aurait été de refuser de se prononcer sur la

approval request because of a failure on the part of the Crown.

[46] As stipulated by the Supreme Court in paragraph 61 of *Carrier Sekani* (reproduced above), a tribunal's remedial powers, which are directed towards the promotion of the reconciliation of interests, are limited to those conferred upon it by statute. Holding the pipeline approval application under consideration in *Standing Buffalo* in abeyance as some sort of leverage over the Crown, so as to force it to become a participant in the hearing before the Board, would not, in my view, have been an appropriate way to promote the reconciliation of interests called for in *Haida Nation*.

[47] As is apparent from paragraph 63 of *Carrier Sekani* (reproduced above), the Supreme Court acknowledged that tribunals may lack practical and effective remedial powers to deal with failures on the part of the Crown to comply with applicable *Haida* duties. In such circumstances, the Supreme Court states that the appropriate remedies must be sought in the courts.

[48] This Court's decision in *Standing Buffalo* validated the fulfillment of the Board's regulatory mandate with respect to Enbridge's application for pipeline construction approval. However, that decision did not leave SBFN without any ability to have the Crown's *Haida* duty adjudicated. In that case, SBFN could have sought judicial review of the Crown's decision to terminate the consultations with SBFN in 2006.

[49] In conclusion, it is my view that *Carrier Sekani* has not overruled *Standing Buffalo* because the Supreme Court did not address the issue of whether a tribunal is obligated to make the *Haida* determinations in a proceeding before it in which the Crown does not participate as a party. Accordingly, in my view, the principle established in *Standing Buffalo* continues to apply.

demande de construction d'un pipeline d'Enbridge. La mesure de réparation de l'Office aurait donc été effectivement de refuser d'approuver la demande d'Enbridge en raison d'un manquement de la part de la Couronne.

[46] Comme le précise la Cour suprême au paragraphe 61 de l'arrêt *Carrier Sekani* (précité), les pouvoirs de réparation d'un tribunal administratif, dont l'objectif est de favoriser la conciliation des intérêts, se limitent à ceux que lui confère sa loi habilitante. Dans l'affaire *Standing Buffalo*, si l'Office avait gardé la demande d'approbation de la construction du pipeline qu'il étudiait en suspens, comme une sorte de moyen de pression sur la Couronne, afin de l'obliger à participer à l'audience dont il était saisi, cela n'aurait pas, à mon avis, été une bonne façon de favoriser la conciliation des intérêts dont il est question dans l'arrêt *Nation haïda*.

[47] Comme le montre bien le paragraphe 63 de l'arrêt *Carrier Sekani* (précité), la Cour suprême a reconnu que les tribunaux administratifs peuvent ne pas avoir de pouvoirs de réparation réalistes et efficaces pour les cas où la Couronne ne s'acquitte pas des obligations définies dans l'arrêt *Nation haïda* qui lui incombent. Dans les circonstances de ce genre, la Cour suprême dit qu'il faut s'adresser aux tribunaux pour obtenir la réparation voulue.

[48] La décision de la Cour dans l'arrêt *Standing Buffalo* a confirmé que l'Office remplissait son mandat réglementaire en ce qui concerne la demande d'approbation de la construction d'un pipeline présentée par Enbridge. Cependant, cette décision n'enlevait pas à la PNSB toute possibilité d'obtenir un jugement sur l'obligation de la Couronne définie dans l'arrêt *Nation haïda*. Dans cette affaire, la PNSB aurait pu demander le contrôle judiciaire de la décision de la Couronne de mettre un terme aux consultations menées avec elle en 2006.

[49] Pour conclure, je suis d'avis que l'arrêt *Carrier Sekani* ne l'emporte pas sur l'arrêt *Standing Buffalo*, parce que la Cour suprême ne s'est pas penchée sur la question de savoir si un tribunal administratif est tenu de procéder aux déterminations de l'arrêt *Nation haïda* dans une procédure dont il est saisi et à laquelle la Couronne n'est pas partie. Par conséquent, selon moi, le

principe établi dans l'arrêt *Standing Buffalo* continue de s'appliquer.

Is Standing Buffalo Distinguishable?

[50] The circumstances in *Standing Buffalo* are substantially the same as those in this appeal. In both instances, the Board was asked by Enbridge, a private-sector corporation, for an approval in respect of a pipeline project. In both instances, the Crown had no direct involvement with the proposed activities. In both instances, the First Nation stipulated that the Crown was under, but had not fulfilled, a *Haida* duty. In both instances, the First Nation asked the Board to hold the application before it in abeyance unless and until the Board was satisfied that the Crown's asserted *Haida* duty has been met.

[51] Notwithstanding these similarities, the appellant argues that *Standing Buffalo* is distinguishable on the basis that the application before the Board in that case was brought under section 52 of the NEB Act while the application in respect of the Project was brought under section 58 of the NEB Act.

[52] The appellant asserts that because a section 52 approval is subject to a review and final approval by the Governor in Council, it is unnecessary for the Board to undertake the *Haida* determinations where the Crown does not participate in the section 52 proceeding. This is apparently so because the Governor in Council is in a position to overrule or suspend the section 52 approval decision, should it decide to engage in a *Haida* duty consultation process. This assertion is unpersuasive.

[53] First, this alleged rationale for the decision in *Standing Buffalo* appears nowhere in the reasons in that case. Secondly, the Crown that allegedly has not yet engaged in *Haida* duty consultations could well be the Crown in right of a province. In *Standing Buffalo*, Saskatchewan intervened and argued that the Board lacked jurisdiction to undertake a *Haida* duty analysis in respect of the Crown in right of Saskatchewan (see

L'arrêt Standing Buffalo est-il différent?

[50] Les circonstances dans l'arrêt *Standing Buffalo* ressemblent beaucoup à celles du présent appel. Dans les deux cas, Enbridge, une société du secteur privé, a demandé à l'Office une approbation pour un projet de pipeline. Dans les deux cas, la Couronne ne participait pas directement aux activités proposées. Dans les deux cas, la Première Nation a dit expressément que la Couronne était tenue de s'acquitter des obligations définies dans l'arrêt *Nation haïda*, mais ne l'avait pas fait. Dans les deux cas, la Première Nation a demandé à l'Office de mettre la demande dont il était saisi en suspens jusqu'à ce que la Couronne se soit, à son avis, acquittée de l'obligation alléguée.

[51] Nonobstant ces similitudes, l'appelante a allégué que l'arrêt *Standing Buffalo* différerait parce que la demande dont l'Office a été saisi dans cette affaire était fondée sur l'article 52 de la Loi sur l'ONE, alors que la demande relative au projet a été présentée en vertu de l'article 58 de la Loi sur l'ONE.

[52] L'appelante affirme que, parce que l'approbation accordée en vertu de l'article 52 peut faire l'objet d'un réexamen et doit en définitive être approuvée par le gouverneur en conseil, il n'est pas nécessaire que l'Office procède aux déterminations de l'arrêt *Nation haïda* lorsque la Couronne ne participe pas à cette procédure. Il en est ainsi apparemment parce que le gouverneur en conseil peut annuler ou suspendre la décision d'approuver la demande fondée sur l'article 52, s'il décide d'entreprendre le processus de consultation de l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda*. Cette assertion n'est pas convaincante.

[53] Premièrement, cette justification sur laquelle serait fondée la décision de *Standing Buffalo* n'apparaît nulle part dans les motifs de cet arrêt. Deuxièmement, la Couronne qui n'aurait prétendument pas encore entrepris les consultations qui lui permettraient de satisfaire à l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda* pourrait très bien être la Couronne du chef d'une province. Dans l'arrêt *Standing Buffalo*, la Saskatchewan est intervenue

also *Fond du Lac Denesuline First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2010 FC 948, 54 C.E.L.R. (3d) 202 [sub nom. *Athabasca Regional Government v. Canada (Attorney General)*], at paragraphs 230 and 231; aff'd on narrower grounds 2012 FCA 73, 65 C.E.L.R. (3d) 83).

[54] Thirdly, a review of the NEB Act, including sections 52 and 58 of the NEB Act, reveals nothing that addresses the question of whether the Board has the power to make *Haida* determinations. If that power exists it must be implicit in the Board's ability to decide questions of law. Equally, nothing in the NEB Act directs or requires the Board to exercise such an implicit power in respect of an application under either section 52 or 58 of the NEB Act where the Crown is not a party to such an application. Indeed, subsection 52(2) of the NEB Act stipulates that the Board shall have regard to all considerations that appear to it to be directly related to the pipeline and gives the Board a further discretion to consider the factors that are listed in paragraphs 52(2)(a) to (e) of the NEB Act. And, as this Court determined in *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75, at paragraph 69, in considering the section 58 application in respect of the Project, the Board must consider issues similar to those stipulated in subsection 52(2) of the NEB Act and that in doing so, the Board is empowered to determine the issues that it will consider. In that case, the Court upheld the Board's determination that it was not required to consider affects associated with so-called "upstream" and "downstream" activities that were alleged to have been related to the Project.

[55] Fourthly, it is the case that a section 52 approval will be subject to a further order by the Governor in Council but a section 58 order will not. However, the apparent finality of a section 58 approval proceeding does nothing to assist the Board in making the *Haida* determination when the Crown is not a participant in that proceeding. Such finality does not, in and of itself,

et a allégué que l'Office n'avait pas le pouvoir de procéder à une analyse de l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda* en ce qui concerne la Couronne du chef de la Saskatchewan (voir aussi la décision *La Première nation Denesuline de Fond du Lac c. Canada (Procureur général)*, 2010 CF 948 [sub nom. *Athabasca Regional Government c. Canada (Procureur général)*], aux paragraphes 230 et 231; conf. pour des motifs plus restreints, 2012 CAF 73).

[54] Troisièmement, un examen de la Loi sur l'ONE, notamment des articles 52 et 58, révèle que rien n'est dit à propos du pouvoir de procéder aux déterminations de l'arrêt *Nation haïda* que pourrait posséder l'Office. S'il existe, ce pouvoir doit faire implicitement partie de la capacité de l'Office de décider de questions de droit. De même, rien dans la Loi sur l'ONE n'indique que l'Office doit exercer ce pouvoir implicite pour les demandes fondées soit sur l'article 52 ou l'article 58 de la Loi sur l'ONE lorsque la Couronne n'est pas partie à cette demande, ni n'exige qu'il le fasse. En fait, le paragraphe 52(2) de la Loi sur l'ONE dispose que l'Office doit tenir compte de tous les facteurs qu'il estime directement liés au pipeline et l'autorise à prendre en compte les facteurs énumérés aux alinéas 52(2)a) à e) de la Loi sur l'ONE. De plus, comme la Cour l'a établi dans l'arrêt *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l'énergie)*, 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75, au paragraphe 69, lorsqu'il examine la demande fondée sur l'article 58 qui a trait au projet, l'Office doit tenir compte de questions similaires à celles qui sont prévues au paragraphe 52(2) de la Loi sur l'ONE; ce faisant, l'Office a le pouvoir de déterminer quelles questions il examinera. Dans cette affaire, la Cour a confirmé la décision de l'Office, selon laquelle celui-ci n'était pas tenu d'examiner les effets associés aux soi-disant activités [TRADUCTION] « en amont » et [TRADUCTION] « en aval » qui étaient censément liées au projet.

[55] Quatrièmement, il est vrai effectivement qu'une approbation fondée sur l'article 52 fera l'objet d'une ordonnance du gouverneur en conseil, mais non une ordonnance rendue aux termes de l'article 58. Cependant, le caractère apparemment définitif de la procédure d'approbation en vertu de l'article 58 n'aide en rien l'Office à procéder aux déterminations de l'arrêt *Nation*

establish that the constitutional issues embedded in the *Haida* determinations are “properly before” (see *Carrier Sekani*, at paragraph 69) the Board when the Crown itself is not a participant before the Board. Moreover, I find it difficult to understand how Parliament’s intention, when it enacted section 58 of the NEB Act to allow the Board to make final decisions in respect of matters falling under that section, should be construed in light of the Crown’s *Haida* duties when the date of enactment of that provision predates both the enactment of the Constitution Act and the enunciation of the Crown’s *Haida* duties in *Haida Nation* by over 45 years.

[56] In my view, the essential factual context in *Standing Buffalo* is indistinguishable from the factual context in this appeal. For that reason, it is my view that the principle established in *Standing Buffalo* ought to be followed in this appeal. In that regard, I note that nowhere in any of the memoranda of law before this Court is there an argument that this Court should disavow its decision in *Standing Buffalo*, in accordance with the principles established in *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149 (see also *ViiV Healthcare ULC v. Teva Canada Limited*, 2015 FCA 93, at paragraph 18).

The Non-Participation of the Crown

[57] The Crown decided not to participate in the Project approval proceedings before the Board and no comprehensive explanation was put forward for that decision. It is possible that the Crown was of the view that Enbridge’s application entailed no Crown conduct that could engage the *Haida* duty. If the Crown had appeared before the Board, this and other issues could have been argued. But that did not occur.

[58] In the final analysis, the Board determined that it would entertain Enbridge’s section 58 application

haida lorsque la Couronne ne participe pas à cette procédure. Ce caractère définitif n’établit pas, à lui seul, que l’Office est « régulièrement saisi » (voir l’arrêt *Carrier Sekani*, au paragraphe 69) des questions constitutionnelles inhérentes aux déterminations de l’arrêt *Nation haida* lorsque la Couronne elle-même ne participe pas à la procédure. J’ai, de plus, de la difficulté à comprendre comment l’intention du législateur, lorsqu’il a adopté l’article 58 de la Loi sur l’ONE pour permettre à l’Office de rendre des décisions sans appel sur les questions faisant l’objet de cet article, peut être interprétée à la lumière des obligations de la Couronne définies dans l’arrêt *Nation haida*, alors que la promulgation de cette disposition précède de plus de 45 ans la promulgation de la Loi constitutionnelle et la formulation des obligations de la Couronne dans l’arrêt *Nation haida*.

[56] Selon moi, le contexte factuel essentiel dans l’affaire *Standing Buffalo* est impossible à différencier du contexte factuel dans le présent appel. J’estime pour cette raison que le principe établi dans l’arrêt *Standing Buffalo* devrait être suivi dans le présent appel. À ce sujet, je remarque qu’il n’est allégué nulle part dans les mémoires du droit dont la Cour est saisie que celle-ci devrait désavouer la décision qu’elle a rendue dans l’arrêt *Standing Buffalo*, conformément aux principes établis dans l’arrêt *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370 (voir aussi l’arrêt *ViiV Healthcare ULC c. Teva Canada Limitée*, 2015 CAF 93, au paragraphe 18).

La non-participation de la Couronne

[57] La Couronne a décidé de ne pas participer aux procédures d’approbation du projet dont l’Office était saisi; aucune explication détaillée de cette décision n’a été donnée. La Couronne était peut-être d’avis que la demande d’Enbridge ne l’amènerait à prendre aucune mesure pour laquelle elle devrait s’acquitter de l’obligation définie dans l’arrêt *Nation haida*. Si la Couronne s’était présentée devant l’Office, cette question et d’autres auraient pu être argumentées. Mais ce ne fut pas le cas.

[58] En dernière analyse, l’Office a décidé d’examiner la demande d’Enbridge fondée sur l’article 58 sans

without making the *Haida* determinations. In doing so, in my view, it made no reviewable error.

Conclusion

[59] For the foregoing reasons, I conclude that the Board, in the absence of the Crown as a participant in the section 58 application in respect of the Project, was not required, as a precondition to its consideration of that application, to determine whether the Crown was under a *Haida* duty, and if so, had discharged that duty, in respect of the Project.

B. Was the Board under a *Haida* duty?

Standard of Review

[60] The issue of whether the Board has the power to undertake and discharge a *Haida* duty on behalf of the Crown in respect of the Project is a question of law that is reviewable on the standard of correctness (*Carrier Sekani*, at paragraph 67).

The Board's Constitutional Duty

[61] It is clear that the Board is obligated to carry out its mandate in a manner that respects the provisions of subsection 35(1) of the Constitution Act.

[62] The Board's mandate includes ensuring that the interests of Aboriginal groups in relation to the Project approval application are considered by it and by the Project proponent. In this regard, the Board required Enbridge to engage in extensive dialogue with the appellant and other First Nations. In doing so, the Board ensured that it adhered to its constitutional obligations under subsection 35(1).

[63] It is important to note that the Board's duty to ensure appropriate levels of consultation with Aboriginal groups is not the same as the Crown's *Haida* duty. That said, as a practical matter, consultations with Aboriginal groups that arise in the Board's section 58 application

procéder aux déterminations de l'arrêt *Nation haïda*. Ce faisant, il n'a à mon avis pas commis d'erreur susceptible de contrôle.

Conclusion

[59] Pour les motifs susmentionnés, je conclus que, puisque la Couronne ne participait pas à la demande relative au projet fondée sur l'article 58, l'Office n'était pas tenu, comme condition préalable à son examen de cette demande, de déterminer si la Couronne devait, en ce qui concerne le projet, satisfaire à l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda* et, le cas échéant, si elle s'était acquittée de cette obligation.

B. L'Office devait-il s'acquitter de l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda*?

Norme de contrôle

[60] La question de savoir si l'Office a le pouvoir d'assumer l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda* et de s'en acquitter au nom de la Couronne en ce qui concerne le projet est une question de droit dont la norme de contrôle est celle de la décision correcte (arrêt *Carrier Sekani*, au paragraphe 67).

Le devoir constitutionnel de l'Office

[61] Il est évident que l'Office est tenu de remplir sa mission en respectant les dispositions du paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle.

[62] La mission de l'Office consiste, entre autres, à tenir compte, et à veiller à ce que le promoteur du projet tienne compte, des intérêts des groupes autochtones en lien avec la demande d'approbation du projet. À ce sujet, l'Office a exigé qu'Enbridge participe à des discussions approfondies avec l'appelante et d'autres premières nations. L'Office a ainsi respecté ses obligations constitutionnelles aux termes du paragraphe 35(1).

[63] Il est important de remarquer que l'obligation pour l'Office de veiller à ce que le niveau des consultations avec les groupes autochtones soit adéquat diffère de l'obligation de la Couronne définie dans l'arrêt *Nation haïda*. Cela étant dit, en pratique, les consultations

process may very well deal with, and hopefully remediate if necessary, the same Aboriginal concerns that arise when the Crown engages in *Haida* duty consultations. In other words, it should not matter whether a problem is solved in the Board's consultation process or the Crown's *Haida* duty consultation process.

Did the Crown Delegate its Haida Duty to the Board?

[64] As informed by the Supreme Court in *Haida Nation*, and more recently in *Carrier Sekani*, the Crown's *Haida* duty can be delegated to a tribunal by appropriate legislation.

[65] None of the parties to this appeal argued that the NEB Act contained any provisions that gave rise to a delegation of the Crown's *Haida* duty to the Board, and I have been unable to discern any provision of that legislation that can be interpreted to produce such a delegation.

[66] While it is within the power of Parliament to require the Board to discharge the Crown's *Haida* duty, mandating the Board to perform such additional duties would require it to function outside its core areas of technical expertise. Moreover, it seems to me that requiring the Board to consult with First Nations on behalf of the Crown would make it very difficult, if not impossible, for the Board to then adjudicate—in its capacity as a quasi-judicial tribunal and a court of record—upon the issue of the adequacy of those consultations. Perhaps these observations explain why Parliament has not taken legislative steps to expand the jurisdiction of the Board by adding such additional duties.

The Crown Response Letter

[67] In the present circumstances, the Crown did not participate as a party to the application for Project

avec les groupes autochtones qui découlent du processus de demande de l'article 58 de l'Office peuvent très bien porter sur les mêmes préoccupations des Autochtones que celles qui sont soulevées lorsque la Couronne satisfait à l'obligation de consulter définie dans l'arrêt *Nation haïda* et, je l'espère, les atténuer. En d'autres mots, cela ne devrait pas avoir d'importance qu'un problème soit résolu par le processus de consultation de l'Office ou par le processus de consultation de l'obligation de la Couronne définie dans l'arrêt *Nation haïda*.

La Couronne a-t-elle délégué l'obligation définie dans l'arrêt Nation haïda à l'Office?

[64] Selon ce que dit la Cour suprême dans l'arrêt *Nation haïda* et, plus récemment, dans l'arrêt *Carrier Sekani*, une loi appropriée peut déléguer l'obligation de la Couronne définie dans l'arrêt *Nation haïda* à un tribunal administratif.

[65] Aucune des parties au présent appel n'a allégué que la Loi sur l'ONE comportait des dispositions déléguant l'obligation de la Couronne définie dans l'arrêt *Nation haïda* à l'Office et je ne suis pas parvenu à découvrir dans cette loi de dispositions pouvant être interprétées de cette manière.

[66] Bien que le législateur ait le pouvoir d'exiger que l'Office s'acquitte de l'obligation de la Couronne définie dans l'arrêt *Nation haïda*, donner ce mandat à l'Office obligerait celui-ci à remplir des tâches qui n'entrent pas dans ses principaux domaines d'expertise technique. De plus, il me semble qu'exiger que l'Office consulte les Premières Nations au nom de la Couronne lui rendrait la tâche très difficile, sinon impossible, lorsque viendra ensuite pour lui le moment de se prononcer — en tant que tribunal quasi-judiciaire et cour d'archives — sur l'adéquation de ces consultations. Ces observations expliquent peut-être pourquoi le législateur n'a pas pris de mesures législatives pour élargir la compétence de l'Office en ajoutant ces tâches.

La lettre de réponse de la Couronne

[67] En l'espèce, la Couronne n'a pas été partie à la demande d'approbation du projet. Cependant, dans la

approval. However, in the Crown response letter, the Minister of Natural Resources stated as follows:

In your letter, you reference the importance of Crown consultation with Aboriginal groups under section 35 of the *Constitution Act, 1982*. I can assure you that the Government of Canada is committed to meeting its legal duty to consult whenever it contemplates conduct that could adversely affect an established or potential Aboriginal or treaty right. Where a duty to consult exists, the federal Crown will meet its consultation obligations in an effective and meaningful manner.

Later in that letter, the Minister stated that:

The National Energy Board's (NEB) regulatory review process is where the Government's jurisdiction on a pipeline project is addressed. The Government relies on the NEB processes to address potential impacts to Aboriginal and treaty rights stemming from projects under its mandate. The NEB provides an open, comprehensive and participatory venue for all affected parties to express their project-related concerns and interests.

[68] I do not accept that this latter passage constitutes an effective delegation to the Board of the Crown's responsibility for the performance of any portion of its *Haida* duty, if such a duty arose in relation to the Project. *Carrier Sekani* informs that the question of whether a tribunal has been given the power to carry out the Crown's *Haida* duties is to be determined from a review of the legislation that creates the tribunal. This implies that an effective delegation by the Crown of its *Haida* duties requires legislation to that effect. I leave open the question of whether some formal type of disposition other than legislation could be employed by the Crown to produce an effective delegation of its *Haida* duties. Suffice it to say that, in my view, the Crown response letter is insufficient to produce such a delegation, especially so when it is recalled that this letter was not sent until after the hearing before the Board ended.

[69] In my view, the existence of the Crown's *Haida* duty, if any, and the fulfillment of that duty, should it be found to exist, are issues that should not be taken to have

lettre de réponse de la Couronne, le ministre des Ressources naturelles a dit ce qui suit :

[TRADUCTION] Vous mentionnez dans votre lettre qu'il est important que la Couronne consulte les groupes autochtones, tels qu'ils sont définis à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je peux vous assurer que le gouvernement du Canada est déterminé à s'acquitter de son obligation légale de consulter chaque fois qu'il envisage de prendre une mesure susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur un droit ancestral ou issu de traités, qu'il s'agisse d'un droit reconnu ou éventuel. Lorsque cette obligation de consulter existe, la Couronne fédérale s'en acquittera de manière efficace et constructive.

Plus loin, le ministre a ajouté que :

[TRADUCTION] La compétence du gouvernement sur les projets de pipeline s'exerce par le truchement du processus d'examen réglementaire de l'Office national de l'énergie (ONE). Le gouvernement compte sur les processus de l'ONE pour atténuer les incidences éventuelles des projets qui relèvent du mandat de celui-ci sur les droits ancestraux ou issus de traités. L'ONE offre un lieu ouvert, global et participatif où toutes les parties touchées peuvent exprimer leurs craintes et leurs intérêts au sujet d'un projet.

[68] Je ne suis pas d'avis que ce dernier passage constitue une délégation effective à l'Office de la responsabilité de la Couronne pour l'exécution d'une partie ou une autre de son obligation de consulter définie dans l'arrêt *Nation haïda*, à supposer que cette obligation existe en ce qui concerne le projet. Selon l'arrêt *Carrier Sekani*, il faut procéder à un examen de la loi qui a créé un tribunal administratif pour déterminer si le pouvoir de s'acquitter des obligations de la Couronne définies dans l'arrêt *Nation haïda* lui a été confié, ce qui signifie que la délégation effective par la Couronne de ces obligations exige une loi à cet effet. Je n'aborderai pas la question de savoir si la Couronne pourrait effectivement déléguer ces obligations en se servant d'une autre disposition officielle qu'une loi. Je me contenterai de dire qu'à mon avis, la lettre de réponse de la Couronne n'est pas suffisante pour produire cette délégation, surtout, rappelons-le, qu'elle n'a été envoyée qu'après la fin de l'audience devant l'Office.

[69] Selon moi, il ne faut pas considérer que l'existence, le cas échéant, de l'obligation de la Couronne définie dans l'arrêt *Nation haïda*, et le respect de cette

been determined by the decision of the Board. It follows that the existence and fulfillment of any *Haida* duty on the part of the Crown in respect of the Project are matters in respect of which there has been no judicial pronouncement. For greater certainty, it is my view that the question of whether Parliament's enactment of the NEB Act, over 20 years before the enactment of the Constitution Act and over 40 years before the decision in *Haida Nation*, could be said to constitute Crown conduct that is sufficient to trigger the *Haida* duty is not a matter that was decided by the Board. If the enactment of the NEB Act constitutes the impugned Crown conduct and that conduct occurred over 60 years before the Project application, one is presented with the logical impossibility that the *Haida* consultations in respect of the Project were required to have taken place prior to the enactment of that legislation.

[70] In the same vein, one would wonder whether it can realistically be suggested that in enacting of the NEB Act,—over 20 years before the enactment of the Constitution Act and over 40 years before the *Haida* duty to consult was enunciated by the Supreme Court—the federal government was attempting “to avoid its duty to consult” (see paragraph 62 of *Carrier Sekani*).

[71] In contrast to the enactment of the NEB Act in the 1950's, the Province of Alberta recently enacted the *Responsible Energy Development Act*, S.A. 2012, c. R-17.3. Section 21 of that legislation specifically states that the Alberta Energy Regulator has no authority to make the *Haida* determinations, seemingly indicating an intention on the part of that legislative body that such determinations must be made by the courts.

[72] At the hearing of this appeal, the appellant acknowledged that the Crown response letter could have been regarded as a refusal by the Crown to engage in consultations and that an application for judicial review could have been brought with respect to that refusal.

obligation, à supposer que la Couronne s'en soit acquittée, ont été établis par la décision de l'Office. Il s'ensuit que l'existence de l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda* et son respect par la Couronne en ce qui concerne le projet sont des questions pour lesquelles il n'y a eu aucune décision judiciaire. Il est bien entendu que, selon moi, la question de savoir si la promulgation par le législateur de la Loi sur l'ONE, plus de 20 ans avant la promulgation de la Loi constitutionnelle et plus de 40 ans avant l'arrêt *Nation haïda*, pourrait être considérée comme une mesure de la Couronne suffisante pour que celle-ci soit tenue de s'acquitter de l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda* n'en est pas une sur laquelle l'Office a statué. Si la promulgation de la Loi sur l'ONE est la mesure de la Couronne contestée et que cette conduite a eu lieu plus de 60 ans avant la demande relative au projet, on se retrouve devant une impossibilité logique, puisque les consultations relatives au projet découlant de l'arrêt *Nation haïda* auraient dû avoir lieu avant la promulgation de cette loi.

[70] Dans la même veine, on peut se demander s'il est vraiment réaliste de penser qu'en promulguant la Loi sur l'ONE — plus de 20 ans avant la promulgation de la Loi constitutionnelle et plus de 40 ans avant que la Cour suprême ne formule l'obligation de consulter dans l'arrêt *Nation haïda* —, le gouvernement fédéral tentait de « se soustrai[r]e [...] à l'obligation de consulter » (voir le paragraphe 62 de l'arrêt *Carrier Sekani*).

[71] Alors que la Loi sur l'ONE a été promulguée dans les années 1950, la Province de l'Alberta a récemment promulgué la *Responsible Energy Development Act*, S.A. 2012, ch. R-17.3. L'article 21 de cette loi dit expressément que l'Alberta Energy Regulator n'a pas le pouvoir de procéder aux déterminations de l'arrêt *Nation haïda*, ce qui indique, semble-t-il, que ce législateur souhaite que ce soient les tribunaux qui s'en chargent.

[72] Lors de l'audition du présent appel, l'appelante a reconnu que la lettre de réponse de la Couronne aurait pu être considérée comme un refus de la Couronne de participer à des consultations et qu'une demande de contrôle judiciaire aurait pu être présentée au sujet de ce refus.

[73] Once before a court, the *Haida* determinations could be made in the context of the evidence and arguments presented by the parties and an appropriate remedy sought. The panoply of potential available judicial remedies was described by the Supreme Court at paragraph 37 of *Carrier Sekani*, as follows:

The remedy for a breach of the duty to consult also varies with the situation. The Crown's failure to consult can lead to a number of remedies ranging from injunctive relief against the threatening activity altogether, to damages, to an order to carry out consultation prior to proceeding further with the proposed government conduct: *Haida Nation*, at paras. 13-14.

[74] The scope of the remedial powers of a court or judicial review would also extend to declaratory relief such as that which was proposed by the Yukon Court of Appeal in *Ross River Dena Council v. Government of Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100. In that case, the Court recognized an acknowledgment from Crown counsel that the legislature of the Yukon might wish to make legislative amendments to address the consultation issues under consideration and, accordingly, it suspended the declarations that it was otherwise prepared to make. Such flexible relief can generally be provided by the Courts in judicial review proceedings.

[75] Indeed in the excerpt from the request for consultation letter (reproduced in paragraph 11 above), the appellant itself acknowledged a number of limitations on the jurisdiction of the Board to address all of their concerns about the impact of the project on them. However, it is not obvious to me that the consequence of the absence of provisions in the NEB Act (enacted over 50 years ago) that would enable the Board to meaningfully remediate any established breach by the Crown of its *Haida* duty ought to be that Enbridge's Project approval application must be held up indefinitely.

[76] An application for judicial review in relation to the existence and fulfillment of a *Haida* duty was heard

[73] Une fois le manquement porté devant un tribunal, les déterminations de l'arrêt *Nation haïda* auraient pu être effectuées dans le contexte de la preuve et des arguments présentés par les parties, et des mesures correctives appropriées auraient pu être demandées. La panoplie des mesures judiciaires éventuelles a été décrite par la Cour suprême au paragraphe 37 de l'arrêt *Carrier Sekani*, de la façon suivante :

Le recours pour manquement à l'obligation de consulter varie également en fonction de la situation. L'omission de la Couronne de consulter les intéressés peut donner lieu à un certain nombre de mesures allant de l'injonction visant l'activité préjudiciable, à l'indemnisation, voire à l'ordonnance enjoignant au gouvernement de consulter avant d'aller de l'avant avec son projet : *Nation Haïda*, par. 13-14.

[74] Les pouvoirs de réparation d'un tribunal ou d'un contrôle judiciaire s'étendraient également au jugement déclaratoire, comme celui qui a été proposé par la Cour d'appel du Yukon dans l'arrêt *Ross River Dena Council v. Government of Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100. Dans cette affaire, la Cour a pris acte de la reconnaissance par l'avocat de la Couronne de ce que l'Assemblée législative du Yukon pourrait souhaiter modifier la loi pour régler les questions de consultation examinées et a donc suspendu les conclusions qu'elle était prête à rendre. Les tribunaux peuvent en général accorder ce genre de mesure de réparation souple dans les contrôles judiciaires.

[75] De fait, dans l'extrait de la lettre de demande de consultation (précitée, au paragraphe 11), l'appelante elle-même reconnaît que le pouvoir de l'Office de répondre à toutes ses craintes sur l'incidence que le projet pourrait avoir sur elle connaît un certain nombre de limites. Cependant, il n'est pas évident pour moi que l'absence dans la Loi sur l'ONE (promulguée il y a plus de 50 ans) de dispositions qui permettraient à l'Office de réparer utilement l'omission avérée de la Couronne de s'acquitter de l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda* devrait avoir pour conséquence la suspension pour une période indéterminée de la demande d'approbation du projet présentée par Enbridge.

[76] La Cour fédérale s'est penchée sur une demande de contrôle judiciaire en relation avec l'existence et le

by the Federal Court in *Brokenhead Ojibway First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 484, 44 C.E.L.R. (3d) 1 (*Brokenhead*).

[77] In that regard, the holding of Justice Barnes, at paragraph 37 of *Brokenhead*, is worthy of note:

The Treaty One First Nations maintain that there must always be an overarching consultation regardless of the validity of the mitigation measures that emerge from a relevant regulatory review. This duty is said to exist notwithstanding the fact that Aboriginal communities have been given an unfettered opportunity to be heard. This assertion seems to me to represent an impoverished view of the consultation obligation because it would involve a repetitive and essentially pointless exercise. Except to the extent that Aboriginal concerns cannot be dealt with, the appropriate place to deal with project-related matters is before the [Board] and not in a collateral discussion with either the [Governor in Council] or some arguably relevant Ministry.

[78] In other words, achieving practical solutions to project-related problems by recourse to the mainstream regulatory jurisdiction of the Board is a worthy objective that should be pursued.

Conclusion

[79] For the foregoing reasons, I conclude that there has been no delegation by the Crown to the Board, under the NEB Act or otherwise, of the power to undertake the fulfillment of any applicable *Haida* duty of the Crown in relation to the Project.

VI. DISPOSITION

[80] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs to Enbridge. As neither the Crown nor the Board asked for costs, none will be awarded in their favour.

WEBB J.A.: I agree.

respect de l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda* dans la décision *Nation Ojibway de Brokenhead c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 484 (*Brokenhead*).

[77] À ce sujet, la décision du juge Barnes, au paragraphe 37 de la décision *Brokenhead*, est digne de mention :

Les Premières nations visées par le Traité n° 1 maintiennent qu'on doit toujours procéder à des consultations globales indépendamment de la justesse des mesures d'atténuation prises à la suite de l'examen réglementaire applicable. Cette obligation existerait malgré le fait que les collectivités autochtones se sont vues offrir une possibilité illimitée de se faire entendre. Cette affirmation me semble traduire une conception étriquée de l'obligation de consultation parce qu'elle supposerait un exercice répétitif et essentiellement dépourvu d'intérêt. Sauf dans la mesure où l'on ne peut donner suite aux préoccupations autochtones, c'est devant l'Office qu'il convient de traiter des questions se rapportant au projet et non devant la gouverneure en conseil ou le ministère qui pourrait être compétent en la matière dans le cadre d'une discussion parallèle.

[78] Autrement dit, parvenir à des solutions concrètes aux problèmes associés à un projet en ayant recours à la compétence réglementaire régulière de l'Office est un objectif valable qu'il faut s'efforcer d'atteindre.

Conclusion

[79] Pour les motifs qui précèdent, je conclus que la Couronne n'a pas délégué à l'Office, ni en vertu de la Loi sur l'ONE ni d'une autre façon, le pouvoir de s'acquiescer de l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda* en lien avec le projet qui peut être la sienne.

VI. DÉCISION

[80] Pour les motifs qui précèdent, je rejeterais l'appel et j'adjugerais les dépens à Enbridge. Ni la Couronne ni l'Office n'ayant demandé les dépens, aucuns ne leur seront accordés.

LE JUGE WEBB, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

RENNIE J.A. (dissenting):

I. Overview

[81] A point of divergence arises between my colleagues and I with respect to the effect of *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, on the responsibility of the Board to assess the adequacy of the *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511 [*Haida*] consultation. My colleagues have found that in the absence of the Crown as a party to the proceedings before the Board, it is not required to undertake the *Haida* analysis as a precondition to the exercise of its regulatory oversight jurisdiction. This result is predicated on the previous decision of this Court in *Standing Buffalo Dakota First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 FCA 308, [2010] 4 F.C.R. 500.

[82] In my view, the foundation on which *Standing Buffalo* was predicated has been altered by *Carrier Sekani*, such that it no longer ought to be followed. At a minimum, the factual and legal contexts in this appeal are markedly different from those in *Standing Buffalo* so as to require re-consideration of that decision. Insofar as this appeal raises the question of the role of a tribunal in respect of the duty to consult in circumstances where the Crown is not a party to the proceedings and the tribunal is the final decision maker, we are in uncharted waters.

II. The factual context

[83] On April 8, 1975, the Government of Canada entered into an agreement with Interprovincial Pipe Line Inc. (IPL) to construct a pipeline from Sarnia to Montréal (the Montréal Extension) in order to transport crude oil from western sources to eastern refineries. The Montréal Extension, now known as Line 9, was opened on June 4, 1976; Line 9 was built without the Crown having

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

LE JUGE RENNIE, J.C.A. (dissident) :

I. Vue d'ensemble

[81] Mes collègues et moi-même sommes en désaccord à propos des conséquences de l'arrêt *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil Tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, sur la responsabilité de l'Office d'évaluer l'adéquation de la consultation découlant de l'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511 [*Nation haïda*]. Mes collègues ont conclu que la Couronne n'étant pas partie à la procédure dont l'Office a été saisi, celui-ci n'était pas tenu, comme condition préalable à l'exercice de ses pouvoirs de surveillance réglementaire, de procéder à l'analyse définie dans l'arrêt *Nation haïda*. Ce résultat est fondé sur la décision antérieure de la Cour dans l'arrêt *Première nation dakota de Standing Buffalo c. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 CAF 308, [2010] 4 R.C.F. 500.

[82] Selon moi, l'arrêt *Carrier Sekani* a modifié les bases sur lesquelles reposait l'arrêt *Standing Buffalo*, de telle sorte que celui-ci ne doit plus être suivi. Tout au moins, les contextes factuel et juridique du présent appel diffèrent considérablement de ceux de l'arrêt *Standing Buffalo*, tellement que cette décision doit être réexaminée. Dans la mesure où le présent appel soulève la question du rôle d'un tribunal administratif en ce qui concerne l'obligation de consulter lorsque la Couronne n'est pas partie à la procédure et où le tribunal est le dernier décideur, nous sommes en territoire inconnu.

II. Le contexte factuel

[83] Le 8 avril 1975, le gouvernement du Canada a conclu un accord avec Pipeline Interprovincial Inc. (IPL) pour la construction d'un pipeline de Sarnia à Montréal (le prolongement de Montréal) afin de transporter du pétrole brut de l'Ouest jusqu'aux raffineries de l'Est. Le prolongement de Montréal, aussi appelé canalisation 9, a été inauguré le 4 juin 1976; la canalisation 9

consulted with the Chippewas of the Thames First Nation (the Chippewa).

[84] IPL reached an agreement with the Government of Canada on June 4, 1996, whereby IPL would continue to own and operate Line 9, and Canada was released from its rights and obligations under previous agreements.

[85] On November 29, 2012, Enbridge Pipelines Inc. (Enbridge), as the current owner and operator of Line 9, filed its application to the Board seeking approval to reverse the direction of flow for the 639-kilometer segment of Line 9 from North Westover, Ontario to Montréal (Line 9B), Quebec, and to increase the annual capacity of Line 9 from the current 240 000 barrels of diluted bitumen per day to 300 000 barrels of heavy crude per day.

[86] Line 9 is located in the traditional territory of the Chippewa and crosses the Thames River, from which the Chippewa and their ancestors have harvested resources. The Chippewa have Aboriginal and treaty rights in the Thames watershed, and assert an undetermined claim of title over the bed of the Thames River and its resources.

[87] On September 27, 2013, in advance of the Board's public hearings in regards to Enbridge's application, Chief Joe Miskokomon of the Chippewa and Chief Christopher Plain of the Aamjiwnaang First Nation (AFN) sent a letter to the Prime Minister, the Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development Canada, and the Minister of Natural Resources. The letter listed concerns relating to a breach of their Aboriginal and treaty rights, and specifically raised the issue of the Crown's failure to consult the respective First Nations about the proposed project:

Despite being clearly subject to this constitutional duty, the federal Crown has failed to consult us about the Project.

a été construite sans que la Couronne ait consulté la Première Nation des Chippewas de la Thames (les Chippewas).

[84] IPL est parvenue à un accord avec le gouvernement du Canada le 4 juin 1996, aux termes duquel la société reste propriétaire de la canalisation 9 et continue de l'exploiter, et le Canada cède ses droits et est libéré des obligations qui lui incombaient aux termes des accords antérieurs.

[85] Le 29 novembre 2012, Pipelines Enbridge Inc. (Enbridge), à titre de propriétaire exploitant actuel de la canalisation 9, a présenté à l'Office une demande d'approbation de l'inversion du sens de l'écoulement pour le segment de 639 kilomètres de la canalisation 9 allant de North Westover (Ontario) à Montréal (Québec) (canalisation 9B), et d'accroissement de la capacité annuelle de la canalisation 9, qui passerait des 240 000 barils de bitume dilué par jour qu'elle est actuellement à 300 000 barils de pétrole brut lourd par jour.

[86] La canalisation 9 est située dans le territoire traditionnel des Chippewas et traverse la rivière Thames, dont les Chippewas et leurs ancêtres ont exploité les ressources. Les Chippewas ont des droits ancestraux ou issus de traités dans le bassin hydrographique de la Thames et revendiquent le droit de propriété du lit de la rivière Thames et de ses ressources.

[87] Le 27 septembre 2013, avant les audiences publiques de l'Office au sujet de la demande d'Enbridge, le chef Joe Miskokomon de la Première Nation des Chippewas et le chef Christopher Plain de la Première Nation Aamjiwnaang (PNA) ont fait parvenir une lettre au premier ministre, au ministre des Affaires autochtones et du développement du Nord canadien et au ministre des Ressources naturelles. Cette lettre mentionnait leurs préoccupations en ce qui concerne la violation de leurs droits ancestraux ou issus de traités et soulevait en particulier la question de l'omission de la Couronne de consulter leur Première Nation respective sur le projet proposé :

[TRADUCTION] Bien qu'elle soit de toute évidence soumise à cette obligation constitutionnelle, la Couronne fédérale a omis de nous consulter au sujet du projet.

Unless you take the actions requested of you in this letter, there will be no opportunity in the future for the Crown to consult with AFN and [the Chippewa] about the Project. [...] The [Board] has the authority under s. 58 of the [Act] to make orders granting the exemptions without consulting you or the Governor-in-Council, meaning that there will be no further opportunities in the current regulatory approvals process for the Project for the federal Crown to consult with AFN and [the Chippewa].

[88] The Chippewa fully participated in the hearings before the Board and received generous funding in support. The Board's hearing process closed on October 18, 2013. It was not until January 30, 2014 that the Minister of Natural Resources (the Minister) replied to the Chiefs' letter. The Minister wrote:

I can assure you that the Government of Canada is committed to meeting its legal duty to consult whenever it contemplates conduct that could adversely affect an established or potential Aboriginal or treaty right. Where a duty to consult exists, the federal Crown will meet its consultation obligations in an effective and meaningful manner.

...

The National Energy Board's (NEB) regulatory review process is where the Government's jurisdiction on a pipeline project is addressed. The Government relies on the NEB processes to address potential impacts to Aboriginal and treaty rights stemming from projects under its mandate.

[89] Before the Board, the appellant repeated its request that the Minister attend the hearings so as to engage in consultations. The requests were not answered. Unlike *Standing Buffalo* where there had been many years of unproductive discussions between the First Nation and the Crown, here there have been none.

[90] It is important, in my view, not to conflate the substantive legal questions which underlie this appeal with the degree to which aboriginal title and treaty

À moins que vous ne preniez les mesures qui vous sont demandées par la présente, il n'y aura pas à l'avenir d'occasion pour la Couronne de consulter la PNA et [les Chippewas] sur le projet. [...] L'article 58 de la [Loi] donne à l'[Office] le pouvoir de rendre des ordonnances qui accordent les exemptions sans vous consulter ni consulter le gouverneur en conseil, ce qui signifie qu'il n'y aura pas d'autres occasions pour la Couronne fédérale de consulter la PNA et [les Chippewas] au cours du processus actuel des approbations réglementaires pour le projet.

[88] Les Chippewas ont pleinement participé aux audiences de l'Office, une participation pour laquelle ils ont reçu un généreux financement. Le processus d'audience de l'Office s'est terminé le 18 octobre 2013. Ce n'est que le 30 janvier 2014 que le ministre des Ressources naturelles (le ministre) a répondu à la lettre des chefs. Le ministre a écrit ceci :

[TRADUCTION] Je peux vous assurer que le gouvernement du Canada est déterminé à s'acquitter de son obligation légale de consulter chaque fois qu'il envisage de prendre une mesure susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur un droit ancestral ou issu de traités, qu'il s'agisse d'un droit reconnu ou éventuel. Lorsque cette obligation de consulter existe, la Couronne fédérale s'en acquittera de manière efficace et constructive.

[...]

La compétence du gouvernement sur les projets de pipeline s'exerce par le truchement du processus d'examen réglementaire de l'Office national de l'énergie (ONE). Le gouvernement compte sur les processus de l'ONE pour atténuer les incidences éventuelles des projets qui relèvent du mandat de celui-ci sur les droits ancestraux ou issus de traités.

[89] À l'audience de l'Office, l'appelante a de nouveau demandé que le ministre soit présent aux audiences afin que des consultations aient lieu. Il n'y a pas eu de réponse à ces demandes. À la différence de ce qui s'est produit dans l'affaire *Standing Buffalo*, où des discussions improductives avaient été tenues pendant de nombreuses années entre la Première Nation et la Couronne, ici, il n'y en a eu aucune.

[90] Il est important, d'après moi, de ne pas confondre les questions juridiques de fond qui sont à la base du présent appel avec l'importance du préjudice que la

interests may be affected by Line 9. In order for the duty to consult to be engaged, the action must have an appreciable, adverse effect on the ability to exercise aboriginal rights; *Carrier Sekani*, paragraph 46. Here, the effects may in fact, be minimal. The Board found as much. Enbridge's section 58 application is to reverse the flow of the pipeline to its original direction and to change the content and volume of the line. But that is not the point. What is in issue is the question of the duty to consult where a tribunal is the final decision maker.

III. The legislative context

[91] The appeal in *Standing Buffalo* arose from three decisions of the Board that granted applications for approvals in respect of three pipeline projects pursuant to section 52 of the NEB Act. A company is not permitted to operate a pipeline unless the Board has issued a certificate under section 52 of the NEB Act.

[92] Decisions made pursuant to section 52 are not final. Rather, section 52 approval is a stop en route to the Governor in Council, the ultimate decision maker. Section 54 of the NEB Act allows the Governor in Council to either direct the Board to issue a certificate or to dismiss the application for a certificate. Thus, in *Standing Buffalo*, the role of the Board as a final decision maker with respect to the duty to consult was not engaged. A Crown decision or Crown action, in the form of the Governor in Council decision pursuant to section 54 awaited, clearly triggering the duty to consult.

[93] This appeal, however, arises from a decision of the Board to approve an application by the respondent under section 58 of the NEB Act. Section 58 enables the Board to exempt a proposed expansion or extension to an existing pipeline from the requirement of obtaining a new certificate. Additions or modifications to existing physical facilities qualify for a section 58 exemption

canalisation 9 peut causer au titre ancestral et aux intérêts issus de traités. Pour qu'il y ait obligation de consulter, la mesure envisagée doit avoir un effet préjudiciable important sur la capacité d'exercer les droits ancestraux; arrêt *Carrier Sekani*, paragraphe 46. Ici, les répercussions peuvent, en fait, être minimales. C'est ce que l'Office a conclu. La demande fondée sur l'article 58 présentée par Enbridge vise à inverser le débit du pipeline pour que l'écoulement se fasse dans le sens initial et à modifier le contenu et le volume de la canalisation. Mais là n'est pas la question. Ce qui est en cause, c'est l'obligation de consulter lorsqu'un tribunal administratif est le dernier décideur.

III. Le contexte législatif

[91] Dans l'affaire *Standing Buffalo*, l'appel a été interjeté à la suite de trois décisions de l'Office qui accordaient les approbations demandées au sujet de trois projets de pipeline, conformément à l'article 52 de la Loi sur l'ONE. Une société n'est pas autorisée à exploiter un pipeline à moins que l'Office ne lui ait délivré un certificat en vertu de l'article 52 de la Loi sur l'ONE.

[92] Les décisions rendues en vertu de l'article 52 ne sont pas finales. L'approbation accordée dans le cadre de cet article est plutôt une étape avant d'arriver au gouverneur en conseil, le décideur ultime. L'article 54 de la Loi sur l'ONE autorise le gouverneur en conseil à dire à l'Office s'il doit délivrer un certificat ou refuser une demande de certificat. Dans l'affaire *Standing Buffalo*, le décideur final en ce qui concerne l'obligation de consulter n'était par conséquent pas l'Office. Une décision ou une mesure de la Couronne, sous la forme d'une décision du gouverneur en conseil prise en application de l'article 54, était en réserve, donnant clairement naissance à l'obligation de consulter.

[93] Le présent appel, toutefois, découle d'une décision de l'Office d'approuver la demande de l'intimé fondée sur l'article 58 de la Loi sur l'ONE. L'article 58 autorise l'Office à soustraire un projet d'accroissement de la capacité ou de prolongement d'un pipeline existant à l'obligation d'obtenir un nouveau certificat. Les ajouts ou les modifications aux installations matérielles

where they involve 40 kilometers or less of existing pipeline.

[94] Importantly, subject to appeal to this Court with leave, the decision of the Board is final. The Minister has no power to direct the Board to revise or amend its decision. This is apparent on the face of the legislation, and was confirmed by counsel at the hearing of this appeal.

[95] The legislative framework which underlies this appeal is, therefore, markedly different than that of *Standing Buffalo*. In *Standing Buffalo*, final decision-making powers remained with the Governor in Council, and therefore there was no question of Crown action or conduct. Here, in a section 58 proceeding, the Board is the ultimate decision maker.

IV. Tribunals and the duty to consult

A. *The duty to consult*

[96] In order to situate the issue in this appeal a brief recapitulation of the role of tribunals in relation to the duty to consult is in order.

[97] The question was first considered in 1994 by the Supreme Court of Canada in *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159. In that case, the affected First Nation relied on the duty to consult as a basis for arguing that the NEB [National Energy Board] was subject to a heightened level of procedural fairness. Justice Iacobucci, delivering the judgment of the Court, rejected this argument and held that the duty to consult did not attach to quasi-judicial tribunals such as the NEB, as the duty to consult was based on the fiduciary duties owed to Aboriginal peoples as part of the honour of the Crown. Therefore, an imposition of such a duty on an independent tribunal would be inconsistent with the requirement of neutrality towards the parties to proceedings.

existant déjà sont admissibles à l'exemption prévue à l'article 58 si elles portent sur au plus 40 kilomètres de pipeline.

[94] Il est important de souligner que, sous réserve d'obtenir l'autorisation de porter la décision de l'Office en appel devant la présente cour, cette décision est finale. Le ministre ne peut ordonner à l'Office de réviser ou de modifier sa décision. C'est évident à la lecture du texte de la Loi et cela a été confirmé par les avocats lors de l'audition du présent appel.

[95] Le cadre législatif sur lequel repose cet appel est par conséquent très différent de celui de l'affaire *Standing Buffalo*. Dans l'affaire *Standing Buffalo*, le gouverneur en conseil conservait le pouvoir de prendre la décision finale, de sorte que la question des mesures ou de la conduite de la Couronne ne se posait pas. Ici, dans une procédure fondée sur l'article 58, l'Office est le décideur ultime.

IV. Les tribunaux administratifs et l'obligation de consulter

A. *L'obligation de consulter*

[96] Pour mettre la question à trancher dans le présent appel en perspective, une brève récapitulation du rôle des tribunaux administratifs en ce qui concerne l'obligation de consulter s'impose.

[97] La question a été examinée pour la première fois par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159. Dans cette affaire, la Première Nation concernée s'est appuyée sur l'obligation de consulter pour alléguer que l'ONE devait respecter un degré accru d'équité procédurale. Le juge Iacobucci, qui a rédigé le jugement de la Cour, a rejeté cet argument et a statué que les tribunaux quasi-judiciaires, comme l'ONE, ne sont pas tenus de consulter, puisque l'obligation de consulter repose sur les obligations fiduciaires envers les peuples autochtones qui mettent en jeu l'honneur de la Couronne. Imposer ce genre d'obligation à un tribunal indépendant irait donc à l'encontre de l'exigence de neutralité envers les parties à la procédure.

[98] A decade later, in 2004, the Supreme Court of Canada re-characterized the nature of the duty to consult. In *Haida*, the Court held that the duty arose from the honour of the Crown, and was not subsumed within the various fiduciary obligations owed by the Crown. It was, rather, an independent element of the honour of the Crown: *Haida*, at paragraphs 18–20. This conclusion, and other indicators within the judgment, led academics to opine that the “particular theory on which the Court had based its rejection of the First Nation’s argument in the 1994 *National Energy Board* case no longer held.” That is, the concept of independence “was no longer an impediment to the imposition of the duty to consult on judicial and quasi-judicial tribunals” [emphasis in original] (see David Mullan, “The Supreme Court and the Duty to Consult Aboriginal Peoples: A Lifting of the Fog?” (2011), 24 *CJALP* 233, at page 252).

[99] In 2009 this Court, in *Standing Buffalo*, relied on the 1994 *National Energy Board* case for the finding that as a “quasi-judicial body”, the NEB was not itself under a *Haida* duty. The Court also held that the NEB had no statutory obligation to analyze and determine whether the Crown’s duty to consult had been triggered and discharged in respect of project applications: *Standing Buffalo*, at paragraphs 34 and 39.

B. Carrier Sekani

[100] The ultimate legal responsibility for consultation and accommodation will always remain with the Crown. However, procedural aspects of the duty to consult may be delegated: *Haida*, at paragraph 53. Thus, in *Carrier Sekani*, the Court held that whether a tribunal has the jurisdiction to consider the adequacy of consultation, or to carry out consultation itself, depends on the mandate conferred by the legislation that establishes the tribunal. On this basis alone, *Carrier Sekani* mandates revisiting the conclusion reached in *Standing Buffalo*.

[98] Une décennie plus tard, en 2004, la Cour suprême du Canada a redéfini la nature de l’obligation de consulter. Dans l’arrêt *Nation haïda*, la Cour suprême a statué que cette obligation fait intervenir l’honneur de la Couronne et n’entre pas dans les diverses obligations fiduciaires auxquelles la Couronne doit satisfaire. Il s’agit plutôt d’un élément indépendant de l’honneur de la Couronne : arrêt *Nation haïda*, aux paragraphes 18 à 20. Cette conclusion, ainsi que d’autres indices dans le jugement, a amené des chercheurs à se dire d’avis que [TRADUCTION] « la théorie sur laquelle la Cour s’était appuyée pour rejeter l’argument de la Première Nation dans l’affaire de l’*Office national de l’énergie* de 1994 ne tenait plus ». C’est-à-dire que le principe d’indépendance [TRADUCTION] « n’empêchait plus l’imposition de l’obligation de consulter aux tribunaux judiciaires et quasi-judiciaires » [italiques dans l’original] (voir David Mullan, « The Supreme Court and the Duty to Consult Aboriginal Peoples : A Lifting of the Fog? » (2011), 24 *CJALP* 233, à la page 252).

[99] En 2009, la Cour, dans l’arrêt *Standing Buffalo*, s’est appuyée sur l’arrêt *Office national de l’énergie* de 1994 pour conclure qu’en tant qu’« organisme quasi-judiciaire » l’ONE n’était pas lui-même tenu de satisfaire à l’obligation définie dans l’arrêt *Nation haïda*. La Cour a également statué que l’ONE n’était pas tenu par la loi de procéder à une analyse et de déterminer si l’obligation de consulter existait et si la Couronne y avait satisfait en ce qui concerne les demandes relatives au projet : arrêt *Standing Buffalo*, aux paragraphes 34 et 39.

B. L’arrêt Carrier Sekani

[100] La Couronne sera toujours au bout du compte légalement responsable de la consultation et des accommodements. Cependant, les aspects procéduraux de l’obligation de consulter peuvent être délégués : arrêt *Nation haïda*, au paragraphe 53. Dans l’arrêt *Carrier Sekani*, la Cour a donc statué qu’un tribunal a, ou non, compétence pour examiner l’adéquation de la consultation, ou pour procéder lui-même à la consultation, selon la mission qui lui a été confiée par sa loi habilitante. Pour ce motif à lui seul, l’arrêt *Carrier Sekani* oblige à revoir la conclusion de l’arrêt *Standing Buffalo*.

[101] The Court saw a clear demarcation between two duties—the jurisdiction to inquire as to the existence of a duty to consult and whether the consultations between the Crown and the respective First Nation were adequate, and the separate ability of the tribunal to conduct the consultations itself.

[102] The former can be implied from the ability to decide questions of law. That is, in determining whether a tribunal has the power to make a determination regarding adequacy of consultation, the Court in *Carrier Sekani* held, at paragraph 69, that “[t]he power to decide questions of law implies a power to decide constitutional issues that are properly before it, absent a clear demonstration that the legislature intended to exclude such jurisdiction from the tribunal’s power”. This holding is inconsistent with *Standing Buffalo* which held that a tribunal must be explicitly conferred the power to undertake a *Haida* analysis.

[103] In sum, the language of *Carrier Sekani* is unequivocal; the Board was required to consider whether consultation was required and whether it had taken place.

[104] The majority places considerable weight on the limited engagement of the Crown in the proceedings in respect of Line 9. In my view, *Carrier Sekani* changes the question from being whether the Crown is seeking relief or permission from the Board (as was B.C. Hydro), to one that focuses on the legislative mandate given the Board by Parliament. Whether or not the Crown shows up at regulatory proceedings cannot alter the responsibilities of the Board with respect to the Crown’s duty of consultation (see Promislow, Janna, “Irreconcilable? The Duty to Consult and Administrative Decision Makers” (2013), 22:1 *Const. Forum Const.* 63). The Board’s jurisdiction to assess consultation does not vary according to project proponent. This conclusion makes sense because at a practical level, the section 58 process culminates with a final decision, and any Aboriginal or treaty rights that might be affected by the proposed project are affected in the same way, regardless of the project proponent.

[101] La Cour a vu une nette distinction entre les deux obligations : le pouvoir de se renseigner sur l’existence de l’obligation de consulter et de voir si les consultations entre la Couronne et la Première Nation concernée étaient adéquates, d’une part, et la capacité du tribunal de procéder lui-même aux consultations, d’autre part.

[102] Le premier de ces pouvoirs peut faire implicitement partie de la capacité de trancher les questions de droit. C’est-à-dire qu’en décidant si un tribunal a le pouvoir de déterminer si la consultation a été adéquate, la Cour a estimé dans l’arrêt *Carrier Sekani*, au paragraphe 69, que « [l]e pouvoir d’un tribunal administratif de statuer en droit emporte celui de trancher une question constitutionnelle dont il est régulièrement saisi, sauf lorsqu’il est clairement établi que le législateur a voulu le priver d’un tel pouvoir ». Cette décision est incompatible avec les enseignements de la Cour dans l’arrêt *Standing Buffalo*, selon lesquels un tribunal doit s’être vu confier explicitement le pouvoir de procéder à l’analyse exigée par l’arrêt *Nation haïda*.

[103] En bref, la formulation de l’arrêt *Carrier Sekani* est sans équivoque : l’Office était tenu de se demander si l’obligation de consulter existait et si cette consultation avait eu lieu.

[104] La majorité accorde beaucoup de poids à la participation limitée de la Couronne à la procédure relative à la canalisation 9. Selon moi, l’arrêt *Carrier Sekani* modifie la question, qui ne consiste plus à savoir si la Couronne demande une réparation ou une autorisation à l’Office (comme l’a fait B.C. Hydro), mais quel est le mandat législatif confié par le législateur à l’Office. Que la Couronne soit ou non présente aux procédures réglementaires ne peut modifier les responsabilités de l’Office en ce qui concerne l’obligation de consulter de la Couronne (voir l’article de Promislow, Janna, intitulé « Irreconcilable? The Duty to Consult and Administrative Decision Makers », (2013), 22:1 *Const. Forum Const.* 63). Le pouvoir de l’Office d’évaluer l’adéquation de la consultation ne varie pas en fonction du promoteur du projet. Cette conclusion a du sens parce que, sur le plan pratique, le point culminant du processus de l’article 58 est une décision sans appel et que les droits ancestraux ou issus de traités qui peuvent être touchés par le projet

[105] Further, in *Carrier Sekani*, the Supreme Court of Canada “left for another day” the question as to whether a legislative action itself triggers the duty to consult or offends section 35 of the Constitution Act. In the particular circumstances of this case, the requirement of Crown conduct is satisfied by the regulatory regime which makes the Board the final decision maker. The duty to consult is rooted in section 35 of the Constitution Act, and it cannot be avoided by the Crown refusing to engage until it is too late in the decision-making process or by delegating the final decision making to a tribunal. The duty, like the honour of the Crown, does not evaporate simply because a final decision has been made by a tribunal established by Parliament, as opposed to Cabinet.

C. *The application of Carrier Sekani to the NEB*

[106] The Board must have, and exercise, the power to assess whether the duty to consult has been fulfilled, and to refuse to grant an approval if there is an unfulfilled duty to consult; otherwise the section 58 regime allows for the approval of projects which may adversely affect Aboriginal rights without the Crown ever consulting with the Aboriginal group in question. A project proponent can apply, go through the NEB’s hearing process, and receive approval. The Crown can remain silent, on the sidelines. No consultation with the Crown need occur at any point. Indeed, the Crown lacks the statutory authority to prevent an application from being approved by the Board, even if it should want to.

[107] This may be contrasted with the regime under section 52, where (pursuant to section 54) the Governor in Council has the final say. This moment of Crown involvement is crucial, because it is obvious in the sections 52 and 54 scenario that it would violate the Crown’s *Haida* obligations for the Governor in Council to grant final approval without consulting. In the present case, however, Parliament has set up a scheme

proposé sont touchés de la même manière, peu importe le promoteur.

[105] De plus, dans l’arrêt *Carrier Sekani*, la Cour suprême du Canada a remis à « une affaire ultérieure » la question de savoir si une mesure législative en elle-même fait naître l’obligation de consulter ou enfreint l’article 35 de la Loi constitutionnelle. Dans les circonstances particulières en l’espèce, le régime réglementaire qui fait de l’Office le décideur final satisfait à l’exigence de la mesure envisagée par la Couronne. L’obligation de consulter est fondée sur l’article 35 de la Loi constitutionnelle et la Couronne ne peut éviter de s’en acquitter en refusant de participer jusqu’à ce qu’il soit trop tard au cours du processus décisionnel ou en déléguant la décision finale à un tribunal. L’obligation, comme l’honneur de la Couronne, ne s’envole pas en fumée simplement parce qu’une décision sans appel a été rendue par un tribunal établi par le Parlement, plutôt que par le Cabinet.

C. *Application de l’arrêt Carrier Sekani à l’ONE*

[106] L’Office doit avoir, et exercer, le pouvoir d’évaluer si l’obligation de consulter a été remplie, et de refuser une approbation si elle ne l’a pas été; sinon, le régime de l’article 58 autorise l’approbation de projets qui peuvent avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux sans que la Couronne n’ait jamais consulté le groupe autochtone en cause. Le promoteur d’un projet peut présenter une demande, participer au processus d’audience de l’ONE, et se voir accorder l’approbation. La Couronne peut rester silencieuse et ne pas intervenir. Aucune consultation avec la Couronne n’est nécessaire à ce moment-là. En fait, la Couronne n’a pas le pouvoir légal d’empêcher l’Office d’approuver une demande, même si elle le voulait.

[107] Cette situation peut être comparée au régime établi par l’article 52, dans lequel (conformément à l’article 54) le gouverneur en conseil a le dernier mot. Le moment de la participation de la Couronne est crucial, parce qu’il est évident dans le scénario des articles 52 et 54 que cela violerait les obligations de la Couronne définies dans l’arrêt *Nation haïda* si le gouverneur en conseil donnait l’approbation finale sans que des consultations

where infringing projects may be approved without Crown consultation.

[108] In *Ross River Dena Council v. Government of Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100, the Yukon Court of Appeal considered an analogous situation. Under the *Quartz Mining Act*, S.Y. 2003, c. 14 (*Quartz Mining Act*), an individual acquires mineral rights by physically staking a claim and then recording it with the mining recorder. The mining recorder had no discretion to refuse to record a claim that complied with the statutory requirements. The Government of Yukon argued that the recording of a mineral claim was not “contemplated Crown conduct” and therefore there was no duty to consult.

[109] The [Yukon] Court of Appeal rejected this argument, and held at paragraph 37 that “[s]tatutory regimes that do not allow for consultation and fail to provide any other equally effective means to acknowledge and accommodate Aboriginal claims are defective and cannot be allowed to subsist.” The [Yukon] Court of Appeal issued declarations that the Government of Yukon has a duty to consult; however it also noted that the Government of Yukon “may well wish to make statutory and regulatory changes in order to provide for appropriate consultation”. The Court suspended its declarations for one year to allow for amendments to the *Quartz Mining Act*. Leave to appeal [to S.C.C.] was refused, [2013] 3 S.C.R. vii (S.C.C. File No. 35236, September 19, 2013).

[110] The mining recorder, whose duties were essentially clerical, had no statutory authority to decide questions of law, including the question of whether a *Haida* duty existed. There was thus no way to close the loophole. If the Board is found to be similarly lacking in competence, then section 58 would be similarly infirm. This, however, is not the case; the Board had the power to consider the issue of *Haida* duties. The NEB legislation avoids the problems of the *Quartz Mining Act*

aient eu lieu. En l’espèce, cependant, le législateur a établi un mécanisme par lequel des projets attentatoires peuvent être approuvés sans consultations de la Couronne.

[108] Dans l’affaire *Ross River Dena Council v. Government of Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100, la Cour d’appel du Yukon a examiné une situation analogue. En vertu de la *Loi sur l’extraction du quartz*, L.Y. 2003, ch. 14 (*Loi sur l’extraction du quartz*), une personne acquiert des droits miniers en jalonnant un claim, puis en l’enregistrant chez le registraire minier. Le registraire minier ne peut refuser d’enregistrer un claim qui respecte les exigences imposées par la Loi. Le gouvernement du Yukon a allégué que l’enregistrement d’un claim minier n’était pas une « mesure envisagée de la Couronne » et qu’il n’existait donc pas d’obligation de consulter.

[109] La Cour d’appel [du Yukon] a rejeté cet argument et a statué au paragraphe 37 que [TRADUCTION] « les régimes législatifs qui ne permettent pas la consultation et ne prévoient pas d’autres moyens tout aussi efficaces de tenir compte des revendications autochtones et de trouver des accommodements sont viciés et ne peuvent être autorisés à subsister ». La Cour d’appel [du Yukon] a rendu un jugement déclaratoire portant que le gouvernement du Yukon est tenu de consulter, mais a aussi fait remarquer que celui-ci [TRADUCTION] « pourrait bien envisager d’apporter des changements législatifs et réglementaires afin de prescrire des consultations adéquates ». La Cour a suspendu son jugement déclaratoire pendant un an pour que la *Loi sur l’extraction du quartz* soit modifiée. L’autorisation d’interjeter appel [à la C.S.C.] a été refusée, [2013] 3 R.C.S. vii (dossier de la C.S.C. n° : 35236, 19 septembre 2013).

[110] Le registraire minier, dont les tâches sont essentiellement administratives, n’avait pas le pouvoir légal de décider de questions de droit, dont celle de savoir si l’obligation définie dans l’arrêt *Nation haïda* existait. Il n’y avait donc pas de façon de combler l’échappatoire. Si l’Office n’a pas non plus compétence, l’article 58 sera lui aussi déficient. Ce n’est toutefois pas le cas; l’Office avait le pouvoir d’examiner la question des obligations définies dans l’arrêt *Nation haïda*. La loi habilitante de

because the NEB can check to make sure the duty to consult has been fulfilled.

[111] Applying this reasoning, the Board should have considered whether there was a duty to consult, and if so whether it had been fulfilled, and granted approval only if there were no unfulfilled duty to consult. If the board had understood that it had this power, and exercised it, it would have been consistent with the duty to consult, which, it must be remembered, is derived from section 35 of the Constitution Act.

[112] As a final decision maker, *Carrier Sekani* requires the Board to ask, in light of its understanding of the project and aboriginal title and treaty interests, whether the duty to consult was triggered. If so, it was required to ask whether the consultations had taken place. The answers to those two questions, on the facts of this case were respectively affirmative and negative. Given its understanding that there was an outstanding unfulfilled duty to consult, it ought not to have rendered its approval.

[113] The majority view this result as unfair to a proponent, who should not be caught in the middle of a ministerial refusal to consult and an inchoate and perhaps unreasonable expectation by the band as to the fruits of that consultation.

[114] There are several answers to this. First, it is important to recall what is in issue. The duty to consult with Aboriginal peoples and accommodate their interests is a constitutional duty invoking the honour of the Crown, which requires that the Crown act with good faith to provide meaningful consultation appropriate to the circumstance: *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 256; *Carrier Sekani; Haida*, at paragraph 41. The inconvenience to the proponent pales when measured against that principle.

[115] Second, from a practical standpoint, the courts are available to determine whether the duty to consult has been discharged. This is routine business.

l'ONE évite les problèmes de la *Loi sur l'extraction du quartz*, parce que l'ONE peut vérifier que l'obligation de consulter a été remplie.

[111] Appliquant ce raisonnement, l'Office aurait dû se demander s'il y avait obligation de consulter et, dans l'affirmative, si cette obligation avait été remplie, et n'accorder son approbation que s'il n'existait aucune obligation de consulter insatisfaite. Si l'Office avait compris qu'il avait ce pouvoir, et l'avait exercé, cela aurait été conforme à l'obligation de consulter qui, il faut le rappeler, dérive de l'article 35 de la Loi constitutionnelle.

[112] L'arrêt *Carrier Sekani* exige que l'Office, en tant que décideur final, se demande, à la lumière de ce qu'il sait du projet et des titres ancestraux ou intérêts issus de traités, s'il y avait obligation de consulter. Si c'était le cas, il était tenu de se demander si les consultations avaient eu lieu. À la lumière des faits en l'espèce, les réponses à ces deux questions étaient respectivement affirmative et négative. Compte tenu de ce qu'il savait que l'obligation de consulter n'avait pas été remplie, l'Office n'aurait pas dû accorder son approbation.

[113] La majorité considère ce résultat comme injuste pour le promoteur, qui ne devrait pas se retrouver coincé entre le refus ministériel de consulter et les attentes vagues et peut-être déraisonnables de la bande pour ce qui est des fruits de cette consultation.

[114] Il y a plusieurs réponses à cela. Premièrement, il est important de rappeler ce qui est en cause. L'obligation de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements pour leurs intérêts est une obligation constitutionnelle mettant en jeu l'honneur de la Couronne, qui exige que celle-ci agisse de bonne foi pour offrir des consultations utiles appropriées aux circonstances : arrêt *Nation Tsilhqot'in Nation c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 256; arrêt *Carrier Sekani*; arrêt *Nation haïda*, au paragraphe 41. L'inconvénient pour le promoteur paraît dérisoire en regard de ce principe.

[115] Deuxièmement, du point de vue pratique, les tribunaux sont là pour déterminer si l'obligation de consulter a été remplie. C'est une affaire de routine.

[116] Third, the problem could have been avoided had the Minister followed the direction of this Court and the Supreme Court. Recall that it was on January 30, 2014, three and one-half months after the hearing concluded, and a month before the Board decision was publically released (March 6, 2014), that the Minister stated his position.

[117] The consultation process is reciprocal and cannot be frustrated by the refusal of either party to meet or participate: *Brokenhead Ojibway First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 484, 44 C.E.L.R. (3d) 1, at paragraph 42 citing *Ahousaht First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2008 FCA 212, 297 D.L.R. (4th) 722, at paragraphs 52 and 53. Consultation itself is a distinct constitutional process “requiring powers to effect compromise and do whatever is necessary to achieve reconciliation of divergent Crown and Aboriginal interests”: *Carrier Sekani*, at paragraph 74. The “common thread on the Crown’s part must be ‘the intention of substantially addressing [Aboriginal] concerns’ as they are raised ... through a meaningful process of consultation”: *Haida*, at paragraph 42 citing *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at paragraph 168. Responsiveness is key and the Crown, even where a duty to consult is at the low end of the spectrum, is required to engage directly with the affected First Nation: *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, at paragraph 25; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, at paragraph 64.

[118] Fourth, on the majority understanding of *Carrier Sekani*, consultation in this context becomes an afterthought, precisely what the Supreme Court criticized in *Mikisew Cree*, at paragraph 64 *per* Binnie J. The substantive content of consultations and the options available to both parties would also be constrained to monetary compensation—an outcome inconsistent with the

[116] Troisièmement, le problème aurait pu être évité si le ministre avait suivi l’orientation de la Cour et de la Cour suprême. Souvenons-nous que c’est le 30 janvier 2014, trois mois et demi après la fin de l’audience, et un mois avant que la décision de l’Office ne soit publiée (le 6 mars 2014), que le ministre a fait connaître sa position.

[117] Les parties ont l’obligation réciproque de mener le processus de consultation à terme et de ne pas l’entraver en refusant de rencontrer l’autre partie ou de participer : décision *Nation Ojibway de Brokenhead c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 484, au paragraphe 42, citant l’arrêt *Première Nation des Ahousaht c. Canada (Pêches et Océans)*, 2008 CAF 212, aux paragraphes 52 et 53. La consultation elle-même est une démarche constitutionnelle distincte « exigeant le pouvoir de transiger et d’accomplir tout ce qui est nécessaire pour concilier les intérêts divergents de la Couronne et des Autochtones » : arrêt *Carrier Sekani*, au paragraphe 74. « Le fil conducteur du côté de la Couronne doit être “l’intention de tenir compte réellement des préoccupations [des Autochtones]” à mesure qu’elles sont exprimées [...], dans le cadre d’un véritable processus de consultation » : arrêt *Nation haïda*, au paragraphe 42, citant l’arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, au paragraphe 168. La volonté de répondre aux préoccupations des Autochtones est un élément clé et la Couronne, même lorsque l’obligation de consulter se limite au strict minimum, est tenue de participer directement avec la Première Nation touchée : arrêt *Première Nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d’évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, au paragraphe 25; arrêt *Première Nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388, au paragraphe 64.

[118] Quatrièmement, selon l’interprétation que donne la majorité dans l’arrêt *Carrier Sekani*, la consultation dans ce contexte vient après coup, ce que la Cour suprême a précisément désapprouvé sous la plume du juge Binnie dans l’arrêt *Première Nation crie Mikisew*, au paragraphe 64. La teneur des consultations et les options offertes aux deux parties se limiteraient aux indemnités

objective of reconciliation which underlies the duty to consult.

[119] Finally, public policy interests are better served if consultation moves in parallel with established regulatory proceedings. As Kirk N. Lambrecht, Q.C. wrote in *Aboriginal Consultation, Environmental Assessment, and Regulatory Review in Canada* (Regina: University of Regina Press, 2013), the identification of aboriginal interests and engagement of communities early in the decision-making process enhances positive and respectful relationships and dialogue, by elements of reconciliation. In my respectful view, the result proposed in this case creates a disincentive to timely, good faith and pragmatic consultations, and undermines the overarching objective of reconciliation.

[120] For even further clarity, none of this is to say that the Board had the duty or power to actually perform the consultation. It is a point of agreement between myself and the majority, and indeed between the parties, that the Board is incapable of actually fulfilling the duty to consult. To the extent that the Minister purported to rely on the Board to fulfill the duty to consult, he did so in error. The Board's duty, instead, was simply to ensure that when consultation had not occurred, it did not discharge its mandate.

D. Remedies

[121] As noted at the outset, this case raises novel issues with respect to the duty to consult where a tribunal is the final decision maker. This is equally so with respect to remedy. Again, we are sailing in uncharted waters. The Board was required, by *Carrier Sekani*, to ask whether the duty to consult had been triggered and if so, whether the consultation had been adequate. Had it asked those questions it would have found that, as a final decision maker of the project which would affect aboriginal interests, the duty was triggered. As the Minister did not engage, it could not answer the second in the affirmative.

financières, un résultat incompatible avec l'objectif de conciliation sur lequel repose l'obligation de consulter.

[119] Enfin, les intérêts de la politique publique sont mieux servis si la consultation a lieu parallèlement aux procédures réglementaires établies. Comme l'a écrit Kirk N. Lambrecht, c.r. dans l'ouvrage intitulé *Aboriginal Consultation, Environmental Assessment, and Regulatory Review in Canada* (Regina : University of Regina Press, 2013), déterminer quels sont les intérêts autochtones et faire participer les collectivités dès le début du processus décisionnel améliore le dialogue et les relations, que les éléments de conciliation rendent plus positifs et plus respectueux. À mon humble avis, le résultat proposé dans la présente affaire dissuade les participants de mener en temps opportun des consultations pragmatiques et de bonne foi, et sape l'objectif primordial de conciliation des intérêts.

[120] Pour plus de clarté encore, je précise que rien de tout cela ne signifie que l'Office a le devoir ou le pouvoir de procéder lui-même à la consultation. C'est un point sur lequel la majorité et moi-même, et en fait les parties, sommes d'accord : l'Office n'est pas en mesure de remplir l'obligation de consulter. Pour autant que le ministre ait voulu s'appuyer sur l'Office pour s'acquitter de cette obligation, il a fait erreur. L'obligation de l'Office consistait plutôt simplement, la consultation n'ayant pas eu lieu, à ne pas remplir son mandat.

D. Mesures de réparation

[121] Comme je l'ai fait remarquer au début, cette affaire soulève des questions nouvelles en ce qui concerne l'obligation de consulter lorsqu'un tribunal administratif est le décideur final. Il en va de même aussi en ce qui a trait aux réparations. De nouveau, nous sommes en territoire inconnu. L'Office était tenu, par l'arrêt *Carrier Sekani*, de se demander s'il y avait obligation de consulter et, dans l'affirmative, si la consultation avait été adéquate. S'il s'était posé ces questions, il aurait conclu, en tant que décideur final d'un projet qui aurait des répercussions sur des intérêts autochtones, que cette obligation existait. Le ministre n'ayant pas participé, l'Office ne pouvait répondre à la deuxième question par l'affirmative.

(1) Judicial review

[122] The majority concluded that the Minister's response letter dated January 30, 2014, can be taken as a refusal by the Crown to engage in *Haida* consultations. At the hearing of this appeal, the Minister agreed that judicial review of the letter, as a Crown decision, is open to the appellant (presumably declaratory, injunctive or other relief under section 18.1 of the *Federal Courts Act* (R.S.C., 1985, c. F-7) or rule 372 and following of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106]). In such a proceeding, however, the Minister stated that he would assert that the Board proceeding "entirely discharges" the duty to consult.

[123] Judicial review of the Minister's letter, in the circumstances, is an empty remedy. The Minister ultimately has no power in respect of the section 58 order. The decision of the Board is final. A final decision in respect of the section 58 application was made by the Board on March 6, 2014. The Minister does not propose to do anything and has no power in respect of the decision. There is nothing to be enjoined, quashed or compelled.

[124] Substantively, any consultation or accommodation which might flow from a successful judicial review would be too late. The direction from the Supreme Court is that if consultation is to be meaningful it must take place at the stage of the grant or renewal of the licence or permit in question. That is, consultation must be timely: see *Carrier Sekani*, at paragraph 35; *Haida*, at paragraph 76; *Sambaa K'e Dene First Nation v. Duncan*, 2012 FC 204, [2012] 2 C.N.L.R. 369, at paragraph 165; *The Squamish Nation et al v. The Minister of Sustainable Resource Management et al*, 2004 BCSC 1320, 34 B.C.L.R. (4th) 280, at paragraphs 74 and 75; and *Gitxaala Nation v. Canada (Transport, Infrastructure and Communities)*, 2012 FC 1336, 51 Admin. L.R. (5th) 79, at paragraph 40.

[125] The suggestion that the only remedy lies in an after-the-fact judicial review of a Minister's letter is

1) Contrôle judiciaire

[122] La majorité a conclu que la lettre de réponse du ministre datée du 30 janvier 2014 peut être considérée comme un refus de la Couronne de participer aux consultations découlant de l'arrêt *Nation haïda*. À l'audience du présent appel, le ministre a convenu que, cette lettre étant une décision de la Couronne, l'appelante pouvait en demander le contrôle judiciaire (sans doute un jugement déclaratoire, une injonction ou une autre mesure prévue par l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* (L.R.C. (1985), ch. F-7) ou la règle 372 et suivantes des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106]). Le ministre a toutefois affirmé que, dans ce genre de procédure, il alléguerait que la procédure de l'Office [TRADUCTION] « satisfait complètement » à l'obligation de consulter.

[123] Le contrôle judiciaire de la lettre du ministre est, dans les circonstances, une réparation vide de sens. Le ministre n'a en fin de compte aucun pouvoir en ce qui concerne l'ordonnance rendue aux termes de l'article 58. La décision de l'Office est sans appel. Une décision finale a été rendue par l'Office le 6 mars 2014 en ce qui concerne la demande fondée sur l'article 58. Le ministre n'a pas l'intention de faire quoi que ce soit et n'a aucun pouvoir en ce qui concerne la décision. Il n'y a rien à ordonner, à annuler ou à imposer.

[124] Essentiellement, toute consultation ou tout accommodement qui pourrait faire suite à un contrôle judiciaire fructueux arriverait trop tard. Selon la Cour suprême, pour que la consultation soit valable, elle doit avoir lieu à l'étape où la licence ou le permis en cause est accordé ou renouvelé. C'est-à-dire que la consultation doit avoir lieu au moment opportun : voir l'arrêt *Carrier Sekani*, au paragraphe 35; l'arrêt *Nation haïda*, au paragraphe 76; la décision *Première Nation des Dénés de Sambaa K'e c. Duncan*, 2012 CF 204, au paragraphe 165; la décision *The Squamish Nation et al v. The Minister of Sustainable Resource Management et al*, 2004 BCSC 1320, 34 B.C.L.R. (4th) 280, aux paragraphes 74 et 75; et la décision *Nation Gitxaala c. Canada (Transports, Infrastructure et Collectivités)*, 2012 CF 1336, au paragraphe 40.

[125] Dire que la seule réparation est un contrôle judiciaire après le fait d'une lettre du ministre va à l'encontre

inconsistent with the Supreme Court in *Tsilhqot'in*, at paragraph 78 where the Court reiterated that the duty to consult “must be discharged prior to carrying out the action that could adversely affect the right.” According to the jurisprudence, the duty to consult should have been discharged prior to the issuance of a section 58 order. This can be achieved by requiring the Board to ask the questions required by *Carrier Sekani*.

(2) Declaratory relief

[126] There is a gap in the regulatory scheme and the section 58 approvals process which allows the duty to consult, by design or otherwise, to fall through the cracks. The appellant was attuned to this as evidenced by the September 27, 2013 letter sent from Chief Miskokomon and Chief Plain to the Prime Minister, the Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development Canada and the Minister of Natural Resources Canada:

There is a gap in the current approvals process for the Project which has resulted in the Crown failing to consult with AFN, COTTFFN, and other Aboriginal peoples whose rights may be severely impacted by the Project. It is incumbent on you to act immediately and honourably fill that gap by initiating consultation with each of AFN and COTTFFN now.

[127] The mischief foreshadowed by the Supreme Court at paragraph 62 in *Carrier Sekani* has thus, in this case, materialized:

The fact that administrative tribunals are confined to the powers conferred on them by the legislature, and must confine their analysis and orders to the ambit of the questions before them on a particular application, admittedly raises the concern that governments may effectively avoid their duty to consult by limiting a tribunal’s statutory mandate. The fear is that if a tribunal is denied the power to consider consultation issues, or if the power to rule on consultation is split between tribunals so as to prevent any one from effectively dealing with consultation arising from particular government actions, the government might effectively be able to avoid its duty to consult. [Emphasis added.]

du paragraphe 78 de l’arrêt *Tsilhqot'in*, dans lequel la Cour suprême affirme de nouveau que l’obligation de consulter « doit être respectée avant la prise de mesures pouvant avoir un effet préjudiciable sur le droit ». Selon la jurisprudence, l’obligation de consulter aurait dû être remplie avant le prononcé de l’ordonnance prise en application de l’article 58. Pour ce faire, il faut exiger que l’Office pose les questions requises par l’arrêt *Carrier Sekani*.

2) Jugement déclaratoire

[126] Il y a une lacune dans le mécanisme réglementaire et le processus des approbations de l’article 58 qui permet, à dessein ou non, de négliger l’obligation de consulter. L’appelante en était consciente, comme le montre la lettre du 27 septembre 2013 envoyée au premier ministre, au ministre des Affaires autochtones et du développement du Nord canadien et au ministre des Ressources naturelles du Canada par le chef Miskokomon et le chef Plain :

[TRADUCTION] Il y a, dans le processus actuel des approbations du projet, une lacune en raison de laquelle la Couronne n’a pas consulté la PNA, la PNCT et les autres peuples autochtones sur les droits desquels le projet pourrait avoir des conséquences graves. Il vous incombe d’agir immédiatement et de manière honorable en entreprenant dès maintenant de consulter la PNA et la PNCT.

[127] Le méfait qu’anticipait la Cour suprême au paragraphe 62 de l’arrêt *Carrier Sekani* s’est donc, dans la présente affaire, concrétisé :

Qu’un tribunal administratif doive s’en tenir à l’exercice de ses pouvoirs légaux et ne faire porter son analyse et ses décisions que sur les questions particulières dont il est saisi comporte certes le risque qu’un gouvernement se soustraie de fait à l’obligation de consulter en limitant le mandat d’un tribunal administratif. On peut craindre en effet qu’en privant un tribunal administratif du pouvoir d’examiner les questions relatives à la consultation ou en répartissant le pouvoir de statuer en la matière entre plusieurs tribunaux administratifs de manière qu’aucun d’eux ne puisse se pencher sur l’obligation de consulter que font naître certaines mesures gouvernementales, le gouvernement se soustraie de fait à cette obligation. [Non souligné dans l’original.]

[128] Declaratory relief similar to that obtained in *Ross River* was not sought in this Court, nor was the point argued. It would be inappropriate to resort to it in these circumstances. Indeed, it is unnecessary, as the Board has the legislative mandate to ask the questions mandated by *Carrier Sekani* and ensure that consultation is discharged before it makes a final decision.

[129] I would therefore allow the appeal with costs.

[128] Un jugement déclaratoire similaire à celui qui a été obtenu dans l'arrêt *Ross River* n'a pas été demandé à la Cour, et aucun argument n'a non plus été présenté sur la question. Il serait inapproprié dans ces circonstances d'y avoir recours. De fait, ce n'est pas nécessaire, puisque l'Office s'est vu confier par la loi le pouvoir de poser les questions exigées par l'arrêt *Carrier Sekani* et de veiller à ce que l'obligation de consulter ait été remplie avant de rendre sa décision finale.

[129] Par conséquent, j'accueillerais l'appel avec dépens.