

T-153-13
2013 FC 900

T-153-13
2013 CF 900

Hupacasath First Nation (*Applicant*)

Première nation des Hupacasath (*demanderesse*)

v.

c.

The Minister of Foreign Affairs Canada and The Attorney General of Canada (*Respondents*)

Le ministre des Affaires étrangères du Canada et le procureur général du Canada (*défendeurs*)

INDEXED AS: HUPACASATH FIRST NATION v. CANADA (FOREIGN AFFAIRS)

RÉPERTORIÉ : PREMIÈRE NATION DES HUPACASATH c. CANADA (AFFAIRES ÉTRANGÈRES)

Federal Court, Crampton C.J.—Vancouver, June 5, 6 and 7; Ottawa, August 26, 2013.

Cour fédérale, juge en chef Crampton—Vancouver, 5, 6 et 7 juin; Ottawa, 26 août 2013.

Aboriginal Peoples — Judicial review of pending ratification of Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (CCFIPPA) — Applicant seeking declaration that Canada required to consult with, accommodate First Nations prior to ratifying CCFIPPA — Whether Canada having duty to consult with applicant prior to ratification of CCFIPPA — Whether duty to consult owed determined by test in Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests) — First, second elements of test satisfied, i.e. Crown aware of rights advanced by applicant; contemplated Crown conduct ratification of CCFIPPA — As to third element, evidence not demonstrating that adverse impacts of CCFIPPA on applicant's interests appreciable, non-speculative — No causal link between CCFIPPA, claimed adverse impacts — No potential for: CCFIPPA tribunal to find that measures protecting Aboriginal interests contravening expropriation provisions in CCFIPPA, Canada to refrain from implementing such measures — Not clear how uncertainty regarding scope of general, specific exemptions in CCFIPPA assisting applicant to establish that potential adverse effects on its Aboriginal rights appreciable, non-speculative — No evidence ratification of CCFIPPA giving rise to such non-speculative, appreciable risk — No evidence that Canada's scope of action would be constrained, fettered or influenced — Applicant's assertion speculative considering basic nature of minimum standard of treatment, expropriation obligations in CCFIPPA — Application dismissed.

Peuples autochtones — Demande de contrôle judiciaire concernant la ratification imminente de l'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection réciproque des investissements (l'Accord) — La demanderesse sollicitait un jugement déclaratoire portant que le Canada a l'obligation d'entreprendre un processus de consultation et d'accommodement avec les Premières Nations avant de ratifier l'Accord — Il s'agissait de savoir si le Canada avait l'obligation de consulter la demanderesse avant la ratification de l'Accord — Il s'agissait également de savoir si l'obligation de consultation était déterminée par le critère énoncé dans l'arrêt Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) — Les premier et second éléments du critère sont remplis, à savoir que la Couronne était au courant que les droits avaient été mis de l'avant par la demanderesse et que la mesure envisagée de la Couronne est la ratification de l'Accord — Quant au troisième élément, la preuve ne démontre pas que les effets préjudiciables de l'Accord sur les intérêts de la demanderesse sont importants et non-hypothétiques — Il n'existe aucun lien de causalité entre l'Accord et les effets préjudiciables allégués — Il n'existe aucune possibilité qu'un tribunal établi sous le régime de l'Accord conclue que des mesures ayant pour objet de protéger les droits ancestraux revendiqués contreviennent aux dispositions relatives à l'expropriation prévues à l'Accord ou que le Canada s'abstienne de mettre en œuvre ces mesures — Il demeure loin d'être clair en quoi l'incertitude concernant la portée des exceptions générales et des exceptions spécifiques de l'Accord aide la demanderesse à établir que les effets préjudiciables potentiels sur ses droits ancestraux revendiqués sont importants et non hypothétiques — Il n'existe aucune preuve que la ratification de l'Accord a fait naître un tel risque non hypothétique et important — Il n'existe aucune preuve que la marge de manœuvre du Canada serait limitée, entravée ou influencée — L'affirmation de la demanderesse est spéculative

Constitutional Law — Aboriginal and Treaty Rights — Duty to consult — Applicant seeking declaration that Canada required to consult with, accommodate First Nations prior to ratifying Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (CCFIPPA) — Submitting CCFIPPA having adverse effects on Aboriginal rights, i.e. significant change in legal framework applicable to land, resource regulation, impact on scope of self-government — Whether Canada having duty to consult with applicant prior to ratifying CCFIPPA — Aboriginal interests relevant herein those protected by Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests) applied — Evidence not demonstrating that adverse impacts of CCFIPPA on applicant's interests appreciable, non-speculative — Duty to consult applying solely to asserted Aboriginal rights — Not applying to contemplated conduct simply having potential adverse effects on applicant's future negotiating position, other interests not specifically concerning its asserted Aboriginal rights.

This was an application for judicial review of the pending ratification of the *Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments* (CCFIPPA).

The applicant sought a declaration that Canada is required to engage in a process of consultation and accommodation with First Nations, including the applicant, prior to ratifying or taking other steps that will bind Canada under the CCFIPPA. The applicant submitted that the ratification of the CCFIPPA would give rise to two general categories of adverse effects on its Aboriginal rights: (1) the CCFIPPA will result in a significant change in the legal framework applicable to land and resource regulation in Canada; and (2) the rights granted to Chinese investors under the CCFIPPA will directly and adversely impact the scope of self-government that the applicant can achieve, either through the exercise of its Aboriginal rights, through the treaty-making process, or through the exercise of delegated authority from Canada or the Government of British Columbia.

compte tenu de la nature rudimentaire de la norme minimale de traitement et des obligations en matière d'expropriation de l'Accord — Demande rejetée.

Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — Obligation de consulter — La demanderesse sollicitait un jugement déclaratoire portant que le Canada a l'obligation d'entreprendre un processus de consultation et d'accommodement avec les Premières Nations avant de ratifier l'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection réciproque des investissements (l'Accord) — Elle a soutenu que l'Accord entraînera des effets préjudiciables sur les droits ancestraux, c'est-à-dire un changement significatif dans le cadre juridique applicable à la réglementation en matière de terres et de ressources, et ce changement aura des effets sur le niveau d'autonomie gouvernementale — Il s'agissait de savoir si le Canada avait l'obligation de consulter la demanderesse avant la ratification de l'Accord — Les droits ancestraux qui sont pertinents en l'espèce sont ceux protégés par l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 — L'arrêt Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) a été appliqué — La preuve ne démontre pas que les effets préjudiciables de l'Accord sur les intérêts de la demanderesse sont importants et non-hypothétiques — L'obligation de consulter s'applique seulement aux droits ancestraux revendiqués — Cette obligation ne s'applique pas à la mesure envisagée qui pourrait simplement avoir des effets préjudiciables potentiels sur la position de négociation ultérieure de la demanderesse et aux autres intérêts qui ne concernent pas précisément les droits ancestraux qu'elle revendique.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire concernant la ratification imminente de l'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection réciproque des investissements (l'Accord).

La demanderesse sollicitait un jugement déclaratoire portant que le Canada a l'obligation d'entreprendre un processus de consultation et d'accommodement avec les Premières Nations, y compris la demanderesse, avant de ratifier l'Accord ou de prendre d'autres mesures qui lieront le Canada au titre de cet accord. La demanderesse a prétendu que la ratification de l'Accord entraînerait probablement les deux catégories générales suivantes d'effets préjudiciables sur ses droits ancestraux : 1) l'Accord entraînera un changement significatif dans le cadre juridique applicable à la réglementation en matière de terres et de ressources au Canada, et 2) les droits octroyés aux investisseurs chinois par l'Accord auront des effets directs préjudiciables sur le niveau d'autonomie gouvernementale que la demanderesse pourra réaliser, que ce soit par l'exercice de ses droits ancestraux, par l'entremise du processus de traité ou par l'exercice d'un pouvoir délégué par le Canada ou par le gouvernement de la Colombie-Britannique.

At issue was whether, prior to ratifying the CCFIPPA, Canada had a duty to consult with the applicant.

Held, the application should be dismissed.

The Aboriginal interests that were relevant in the present case were those interests that are protected by subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The present case solely concerned whether the preconditions that must be met to trigger a duty to consult were met. It did not concern the content of that duty, if the duty existed in respect of the ratification of the CCFIPPA. The question of whether the alleged duty to consult was owed to the applicant was determined by application of the test set forth in the Supreme Court of Canada decision *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*. The three elements of the test are (1) the Crown's knowledge, actual or constructive, of a potential Aboriginal claim or right; (2) contemplated Crown conduct; and (3) the potential that the contemplated conduct may adversely affect an Aboriginal claim or right.

The first and second elements of the test were satisfied, as the respondents confirmed that they were aware that the foregoing Aboriginal rights had been advanced by the applicant, both in treaty negotiations and in litigation, and it was determined that the contemplated Crown conduct in question was the ratification of the CCFIPPA.

As to the third element of the test, the evidence adduced did not demonstrate that any adverse impacts that the CCFIPPA may have upon the applicant's asserted Aboriginal interests would be appreciable and non-speculative. On the contrary, the adverse impacts that the applicant identified were speculative, remote and non-appreciable. In addition, the applicant did not demonstrate the required causal link between the CCFIPPA and those claimed potential adverse impacts. There did not appear to be an appreciable and non-speculative potential for either (i) an arbitral tribunal established under the CCFIPPA to find that measures designed to protect or accommodate the applicant's asserted Aboriginal interests contravene the expropriation provisions in the CCFIPPA, or (ii) Canada to refrain from implementing such measures due to a fear of being found liable to pay significant damages to one or more Chinese investors.

There was uncertainty regarding the scope of the general and specific exemptions in the CCFIPPA to ensure that the federal government and sub-national governments retain policy flexibility in key areas. However, it remained far from clear how this uncertainty assisted the applicant to establish

Il s'agissait de savoir si, avant de ratifier l'Accord, le Canada avait l'obligation de consulter la demanderesse.

Jugement : la demande doit être rejetée.

Les droits ancestraux qui sont pertinents en l'espèce sont ceux protégés par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La présente affaire portait seulement sur la question de savoir si les conditions préalables pour déclencher l'obligation de consulter étaient remplies. Elle ne portait pas sur la teneur de cette obligation, dans la mesure où celle-ci existait à l'égard de la ratification de l'Accord. La question de savoir si l'obligation alléguée de consulter la demanderesse existait en l'espèce devait être tranchée au moyen de l'application du critère exposé dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*. Les trois éléments du critère sont les suivants : 1) la connaissance par la Couronne, réelle ou imputée, de l'existence possible d'une revendication autochtone ou d'un droit ancestral, 2) la mesure envisagée de la Couronne et 3) la possibilité que cette mesure ait un effet préjudiciable sur une revendication autochtone ou un droit ancestral.

Les premier et second éléments du critère ont été remplis, étant donné que les défendeurs ont confirmé qu'ils étaient au courant que les droits ancestraux qui précèdent avaient été mis de l'avant par la demanderesse lors de négociation de traités et dans le contexte de litiges, et il a été déterminé que la mesure envisagée de la Couronne en l'espèce est la ratification de l'Accord.

Quant au troisième élément du critère, la preuve produite dans la présente n'a pas démontré que les effets préjudiciables que l'Accord pourrait avoir sur les droits ancestraux revendiqués par la demanderesse seraient importants et non hypothétiques. Au contraire, les effets préjudiciables relevés par la demanderesse étaient hypothétiques, improbables et non importants. De plus, la demanderesse n'a pas démontré l'existence du lien de causalité requis entre l'Accord et les effets préjudiciables potentiels allégués. Il ne semblait pas y avoir une possibilité importante et non hypothétique i) qu'un tribunal arbitral constitué en vertu de l'Accord conclue que des mesures ayant pour objet de protéger ou d'accommoder les droits ancestraux revendiqués par la demanderesse contreviennent aux dispositions relatives à l'expropriation de l'Accord, ou ii) que le Canada s'abstienne de mettre en œuvre de telles mesures en raison de sa crainte d'être condamné à verser des dommages-intérêts importants à un ou plusieurs investisseurs chinois.

Il existait une certaine incertitude concernant la portée des exceptions générales et des exceptions spécifiques mentionnées dans l'Accord pour garantir que le gouvernement fédéral et les gouvernements infranationaux conservent une certaine souplesse dans les domaines clés. Cependant, il demeurait loin

that the potential adverse effects on its asserted Aboriginal rights are appreciable and non-speculative. In the absence of any evidence to demonstrate that there was a non-speculative and appreciable risk that an arbitral panel might not only make such a finding in respect of an identifiable permit, but also that such a finding would adversely impact upon the applicant's asserted Aboriginal interests, the ratification of the CCFIPPA would not give rise to such a non-speculative and appreciable risk. The applicant did not adduce any evidence to persuasively demonstrate that, as a result of the fact that Canada will take into account the risk of an adverse arbitral panel ruling, in developing measures to protect or accommodate the applicant's asserted Aboriginal interests, there was an appreciable and non-speculative possibility that Canada's scope of action would be constrained, fettered or influenced in a way that would leave the applicant worse off than if the CCFIPPA was not implemented. In the absence of such evidence, and considering the very basic nature of the provisions in the CCFIPPA pertaining to minimum standard of treatment and expropriation obligations, as well as the fact that the general and specific exemptions of the CCFIPPA will afford policy flexibility to Canada, this assertion was found to be entirely speculative in nature.

A distinction was made between potential adverse effects on asserted Aboriginal rights and potential adverse effects on a First Nation's future negotiating position. The duty to consult applies solely to the former, where they are demonstrated to be non-speculative, appreciable and causally linked to particular conduct contemplated by the Crown. Stated alternatively, that duty does not apply to contemplated conduct that may simply have potential adverse effects on the applicant's future negotiating position. It also does not apply to other interests of the applicant that do not specifically concern its asserted Aboriginal rights. Accordingly, to the extent that any of the potential adverse impacts identified by the applicant concern matters that may, as a result of the CCFIPPA, be more or less likely to be addressed in any future treaty that the applicant may negotiate with Canada, and that do not directly concern its asserted Aboriginal rights themselves, those potential impacts cannot give rise to a duty to consult.

d'être clair en quoi cette incertitude aidait la demanderesse à établir que les effets préjudiciables potentiels sur ses droits ancestraux revendiqués sont importants et non hypothétiques. En l'absence d'une preuve démontrant qu'il existait un risque non hypothétique et important qu'un tribunal arbitral puisse non seulement prononcer une telle conclusion à l'égard d'un permis déterminé, mais aussi que cette conclusion aurait des effets préjudiciables sur les droits ancestraux revendiqués par la demanderesse, la ratification de l'Accord n'allait pas faire naître un tel risque non hypothétique et important. La demanderesse n'a pas produit de preuve qui démontre, de manière convaincante, que le fait que le Canada tienne compte du risque qu'un tribunal arbitral rende une décision défavorable à son endroit dans l'élaboration de mesures visant à protéger ou à accommoder les droits ancestraux revendiqués par la demanderesse a entraîné une possibilité importante et non hypothétique que la marge de manœuvre du Canada soit limitée, entravée ou influencée d'une manière qui aurait laissé la demanderesse dans une situation plus défavorable, que si l'Accord n'était pas mis en œuvre. En l'absence d'une telle preuve, et compte tenu de la nature très rudimentaire des dispositions de l'Accord relatives à la norme minimale de traitement et aux obligations en matière d'expropriation, ainsi que du fait que les exceptions générales et les exceptions spécifiques de l'Accord conféreront une certaine flexibilité au Canada, la Cour a conclu que cette affirmation n'était que pure conjecture.

Une distinction a été effectuée entre les effets préjudiciables potentiels sur les droits ancestraux revendiqués et les effets préjudiciables potentiels sur la position de négociation ultérieure d'une Première Nation. L'obligation de consulter s'applique seulement aux premiers de ces effets préjudiciables lorsqu'il est démontré que ceux-ci ne sont pas hypothétiques, qu'ils sont importants et qu'il existe un lien de causalité entre ces effets et la mesure précise envisagée par la Couronne. Autrement dit, cette obligation ne s'applique pas à la mesure envisagée qui pourrait simplement avoir des effets préjudiciables potentiels sur la position de négociation ultérieure de la demanderesse. L'obligation ne s'applique pas non plus aux autres intérêts de la demanderesse qui ne concernent pas précisément les droits ancestraux qu'elle revendique. Par conséquent, dans la mesure où les effets préjudiciables potentiels relevés par la demanderesse concernent des objets dont il est plus ou moins probable qu'ils soient abordés dans les traités qu'elle pourrait négocier ultérieurement avec le Canada en raison de l'Accord et qui ne concernent pas directement les droits ancestraux qu'elle revendique en soi, ces effets potentiels ne peuvent pas déclencher l'obligation de consulter.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B,

1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], art. 96.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35(1),(3).
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) “band”, 81, 82, 83.
Rules Amending the Federal Courts Rules (Expert Witnesses), SOR/2010-176.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, done at Vladivostok on 9 September 2012, Arts. 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 32, 33, 35, Annex B.8, B.10, online: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/china-text-chine.aspx?lang=eng>>.
Agreement on Trade-Related Investment Measures, Annex 1A of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, concluded at Marrakesh, Morocco, 15 April 1994, 1868 U.N.T.S. 186.
K'ómoks Agreement-in-Principle, March 24, 2012, online: <http://www.bctreaty.net/nations/agreements/Komoks_AIP_and_Appendices.pdf>.
Land Claims and Self-Government Agreement among the Tlicho and the Government of the Northwest Territories and the Government of Canada, August 25, 2003, online: <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/ccl_fagr_nwts_tliagr_tliagr_1302089608774_eng.pdf>.
Lheidli T'enneh Final Agreement, October 29, 2006, online: <http://www.bctreaty.net/files_3/pdf_documents/lheidli_final_agreement.pdf>.
Maa-nulth First Nations Final Agreement, December 9, 2006, online: <http://www.maanalth.ca/downloads/treaty/2010_maa-nulth_final_agreement_english.pdf>.
North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, December 17, 1992, [1994] Can T.S. No. 2, Art. 1105, Chapter 11.
Tla'amin Final Agreement, online: <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ-LDC/STAGING/texte-text/tla_1397237565325_eng.pdf>.
Tsawwassen First Nation Final Agreement, December 6, 2007, online: <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-BC/STAGING/texte-text/tfnfa_1100100022707_eng.pdf>.

Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 96.
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35(1),(3).
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) « bande », 81, 82, 83.
Règles modifiant les Règles des Cours fédérales (témoins experts), DORS/2010-176.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Accord d'autonomie gouvernementale de la Première Nation de Westbank, en ligne : <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/wfn_1100100031767_fra.pdf>.
Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2, art. 1105, chapitre 11.
Accord définitif concernant les premières nations maa-nulthes, 9 décembre 2006, en ligne : <http://www.maanalth.ca/downloads/treaty/2010_maa-nulth_final_agreement_french.pdf>.
Accord définitif de la Première Nation de Tsawwassen, 6 décembre 2007, en ligne : <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-BC/STAGING/texte-text/tfnfa_1100100022707_fra.pdf>.
Accord définitif de la Première Nation de Yale, en ligne : <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ-LDC/STAGING/texte-text/yfn_1336657047593_fra.pdf>.
Accord définitif des Tla'amins, en ligne : <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ-LDC/STAGING/texte-text/tla_1397237565325_fra.pdf>.
Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, fait à Vladivostok le 9 septembre 2012, art. 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 32, 33, 35, annexe B.8, B.10, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/china-text-chine.aspx?lang=fra>>.
Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce, annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, conclu à Marrakech, Maroc, le 15 avril 1994, 1868 R.T.N.U. 191.
Accord sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale entre le peuple Tlicho et le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest et le gouvernement

United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 13 September 2007, G.A. Res. A/61/295.

Westbank First Nation Self-Government Agreement, online: <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/wfn_1100100031767_eng.pdf>.

Yale First Nation Final Agreement, online: <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ-LDC/STAGING/texte-text/yfn_1336657047593_eng.pdf>.

Yekooche First Nation Agreement-in-Principle, August 22, 2005, online: <<http://www.bctreaty.net/nations/agreements/Yekooche%20AIP.pdf>>.

du Canada, 25 août 2003, en ligne : <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/ccl_fagr_nwts_tliagr_tliagr_1302089608774_fra.pdf>.

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, 13 septembre 2007, Rés. A.G. A/61/295.

Entente de principe de la Première Nation des K'ómoks, 24 mars 2012, en ligne : <http://www.bctreaty.net/nations/agreements/Komoks_AIP_and_Appendices.pdf> (anglais seulement).

Entente de principe de la Première Nation Yekooche, 22 août 2005, en ligne : <<http://www.bctreaty.net/nations/agreements/Yekooche%20AIP.pdf>> (anglais seulement).

Entente définitive des Lheidli T'enneh, 29 octobre 2006, en ligne : <http://www.bctreaty.net/files_3/pdf_documents/lheidli_final_agreement.pdf> (anglais seulement).

CASES CITED

APPLIED:

Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests), 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388.

DISTINGUISHED:

Hupacasath First Nation v. British Columbia (Minister of Forests) et al., 2005 BCSC 1712, 51 B.C.L.R. (4th) 133; *Gitxsan First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2002 BCSC 1701, 10 B.C.L.R. (4th) 126; *Huu-Ay-Aht First Nation et al. v. The Minister of Forests et al.*, 2005 BCSC 697, 33 Admin. L.R. (4th) 123; *Dene Tha' First Nation v. Canada (Minister of Environment)*, 2006 FC 1354, 25 C.E.L.R. (3d) 247; *Kwicksutaineuk Ah-Kwa-Mish First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 517, 45 Admin. L.R. (5th) 58; *Squamish Nation et al. v. Minister of Sustainable Resource Management et al.*, 2004 BCSC 1320, 34 B.C.L.R. (4th) 280.

CONSIDERED:

Nlaka'pamux Nation Tribunal Council v. British Columbia (Environmental Assessment Office), 2011 BCCA 78, 306 B.C.A.C. 105; *Hiawatha First Nation v. Ontario (Minister of the Environment)*, 2007 CanLII 3485, 27 C.E.L.R. (3d) 197 (Ont. S.C.J.); *R. v. Council of Canadians*, 2005 CanLII 28426 (Ont. S.C.J.), affd 2006 CanLII 40222, 277 D.L.R. (4th) 527 (Ont. C.A.); *Eli Lilly and Company v. Government of Canada*, NAFTA – Chapitre 11 – Investment, Notice of Intent, November 7, 2012; *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, NAFTA – Chapitre 11 – Investment, Award, June 8, 2009; *Mobil Investments*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts), 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Hupacasath First Nation v. British Columbia (Minister of Forests) et al., 2005 BCSC 1712, 51 B.C.L.R. (4th) 133; *Gitxsan First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2002 BCSC 1701, 10 B.C.L.R. (4th) 126; *Huu-Ay-Aht First Nation et al. v. The Minister of Forests et al.*, 2005 BCSC 697, 33 Admin. L.R. (4th) 123; *Première Nation Dene Tha' c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2006 CF 1354; *Première nation Kwicksutaineuk Ah-Kwa-Mish c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 517; *Squamish Nation et al. v. Minister of Sustainable Resource Management et al.*, 2004 BCSC 1320, 34 B.C.L.R. (4th) 280.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Nlaka'pamux Nation Tribunal Council v. British Columbia (Environmental Assessment Office), 2011 BCCA 78, 306 B.C.A.C. 105; *Hiawatha First Nation v. Ontario (Minister of the Environment)*, 2007 CanLII 3485, 27 C.E.L.R. (3d) 197 (C.S.J. Ont.); *R. v. Council of Canadians*, 2005 CanLII 28426 (C.S.J. Ont.), conf. par 2006 CanLII 40222, 277 D.L.R. (4th) 527 (C.A. Ont.); *Eli Lilly and Company c. Gouvernement du Canada*, ALÉNA – Chapitre 11 – Investissement, Notification d'intention, 7 novembre 2012; *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, ALÉNA – Chapitre 11 – Investissement, Award, 8 juin

Canada Inc. and Murphy Oil Corp. v. Government of Canada, NAFTA – Chapter 11 – Investment, Decision of Liability and on Principles of Quantum, May 22, 2012; *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, NAFTA – Chapter 11 – Investment, Award on Damages, May 31, 2002; *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Government of Canada*, NAFTA – Chapter 11 – Investment, Final Award, March 31, 2010; *Ahousaht First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2007 FC 567, [2007] 4 C.N.L.R. 1, affd 2008 FCA 212, 297 D.L.R. (4th) 722.

REFERRED TO:

R. v. Gladstone, [1996] 2 S.C.R. 723, (1996), 137 D.L.R. (4th) 648; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; *Quinn v. Bell Pole*, 2013 BCSC 892; *Black v. Canada (Prime Minister)*, 2001 CanLII 8537, 54 O.R. (3d) 215 (C.A.); *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Chief Joe Hall v. Canada (Attorney General)*, 2007 BCCA 133, 281 D.L.R. (4th) 752; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Dene Tha' First Nation v. British Columbia (Minister of Energy and Mines)*, 2013 BCSC 977, [2013] 11 W.W.R. 764; *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, (1995), 141 N.S.R. (2d) 1; *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (August 30, 2000), ICSID Case No. ARB (AF)/97/1; *R. v. Alfred*, 1993 CanLII 272, [1994] 3 C.N.L.R. 88 (B.C.S.C.); *S.D. Myers Inc. v. Government of Canada*, NAFTA – Chapter 11 – Investment, Partial Award, November 13, 2000; *Windstream Energy LLC v. Government of Canada*, NAFTA – Chapter 11 – Investment, Notice of Intent, October 17, 2012; *Lone Pine Resources Inc. v. Government of Canada*, NAFTA – Chapter 11 – Investment, Notice of Intent, November 8, 2012; *Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. v. United Mexican States* (May 29, 2003), ICSID Case No. ARB (AF)/00/2; *Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador* (Final Award, July 1, 2004), LCIA Case No. UN3467; *Toronto Area Transit Operating Authority v. Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 S.C.R. 32, (1997) 31 O.R. (3d) 576; *Tlichó v. Mackenzie Valley Impact Review Board*, 2011 NWTSC 31, [2012] 3 W.W.R. 97.

AUTHORS CITED

Aboriginal Affairs and Northern Development Canada.
Canada's Statement of Support on the United Nations
Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, onl ine:

2009; *Mobil Investments Canada Inc. et Murphy Oil Corp. c. Gouvernement du Canada*, ALÉNA – Chapitre 11 – Investissement, Décision sur la responsabilité et sur les principes de quantum, 22 mai 2012; *Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada*, ALÉNA – Chapitre 11 – Investissement, Award on Damages, 31 mai 2002; *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Gouvernement du Canada*, ALÉNA – Chapitre 11 – Investissement, Décision finale du tribunal d'arbitrage, 31 mars 2010; *Première Nation des Ahousaht c. Canada (Pêches et Océans)*, 2007 CF 567, conf. par 2008 CAF 212.

DÉCISIONS CITÉES :

R. c. Gladstone, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Quinn v. Bell Pole*, 2013 BCSC 892; *Black v. Canada (Prime Minister)*, 2001 CanLII 8537, 54 R.J.O. (3^e) 215 (C.A.); *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Chief Joe Hall v. Canada (Attorney General)*, 2007 BCCA 133, 281 D.L.R. (4th) 752; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Dene Tha' First Nation v. British Columbia (Minister of Energy and Mines)*, 2013 BCSC 977, [2013] 11 W.W.R. 764; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (30 août 30, 2000), ICSID Case No. ARB (AF)/97/1; *R. v. Alfred*, 1993 CanLII 272, [1994] 3 C.N.L.R. 88 (C.S.C.-B.); *S.D. Myers Inc. c. Gouvernement du Canada*, ALÉNA – Chapitre 11 – Investissement, Partial Award, 13 novembre 2000; *Windstream Energy LLC c. Gouvernement du Canada*, ALÉNA – Chapitre 11 – Investissement, Notification d'intention, 17 octobre 2012; *Lone Pine Resources Inc. c. Gouvernement du Canada*, ALÉNA – Chapitre 11 – Investissement, Notification d'intention, 8 novembre 2012; *Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. v. United Mexican States* (29 mai 2003), ICSID Case No. ARB (AF)/00/2; *Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador* (Final Award, 1^{er} juillet 2004), LCIA Case No. UN3467; *Régie des transports en commun de la région de Toronto c. Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 R.C.S. 32; *Tlichó v. Mackenzie Valley Impact Review Board*, 2011 NWTSC 31, [2012] 3 W.W.R. 97.

DOCTRINE CITÉE

Affaires autochtones et Développement du Nord Canada.
Énoncé du Canada appuyant la Déclaration des Nations
Unies sur les droits des peuples autochtones, en ligne :

<<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/eng/1309374239861/1309374546142>>.

Canada. House of Commons. Sessional Paper No. 8532-411-46, September 2012.

Foreign Affairs, Trade and Development Canada. Final Environmental Assessment of the Canada-China Foreign Investment Protection Agreement (FIPA), online: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/china-chine/finalEA-china-chine-EEfinale.aspx?lang=en>>.

Foreign Affairs, Trade and Development Canada. Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions (NAFTA Free Trade Commission, July 31, 2001), online: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx>>.

Framework Agreement to Negotiate a Treaty, July 27, 2007, online: <http://www.bctreaty.net/nations/agreements/Hup_frmwork.pdf>.

Newcombe, Andrew and Lluís Paradell. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Austin, Texas: Wolters Kluwer, 2009.

Ryan, Margaret Clare. “*Glamis Gold, Ltd. v. The United States and the Fair and Equitable Treatment Standard*” (2011), 56:4 *McGill L.J.* 919.

<<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1309374239861/1309374546142>>.

Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada. Évaluation environnementale définitive de l’Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) Canada-Chine, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/china-chine/finalEA-china-chine-EEfinale.aspx?lang=fra>>.

Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada. Notes d’interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 (Commission du libre-échange de l’ALENA – 31 juillet 2001), en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=fra>>.

Canada. Chambre des communes. Document parlementaire n° 8532-411-46, septembre 2012.

Framework Agreement to Negotiate a Treaty, 27 juillet 2007, en ligne : <http://www.bctreaty.net/nations/agreements/Hup_frmwork.pdf>.

Newcombe, Andrew et Lluís Paradell. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Austin, Texas : Wolters Kluwer, 2009.

Ryan, Margaret Clare. « *Glamis Gold, Ltd. v. The United States and the Fair and Equitable Treatment Standard* » (2011), 56:4 *R.D. McGill* 919.

APPLICATION for judicial review of the pending ratification of the *Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People’s Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*. Application dismissed.

DEMANDE de contrôle judiciaire concernant la ratification imminente de l’*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection réciproque des investissements*. Demande rejetée.

APPEARANCES

Mark Underhill and Catherine Boies Parker for applicant.

Tim Timberg, Judith Hoffman, Mara Tessier, Shane Spelliscy and Pierre-Olivier Savoie for respondents.

ONT COMPARU

Mark Underhill et Catherine Boies Parker pour la demanderesse.

Tim Timberg, Judith Hoffman, Mara Tessier, Shane Spelliscy et Pierre-Olivier Savoie pour les défendeurs.

SOLICITORS OF RECORD

Underhill, Boies Parker, Vancouver, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondents.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Underhill, Boies Parker, Vancouver, pour la demanderesse.

Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

The following are the reasons for judgment and judgment rendered in English by

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

[1] CRAMPTON C.J.: This is an application for judicial review regarding the pending ratification of the *Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments* (CCFIPPA [or Agreement]).

[2] The applicant, Hupacasath First Nation (HFN), seeks a declaration that Canada is required to engage in a process of consultation and accommodation with First Nations, including HFN, prior to ratifying or taking other steps that will bind Canada under the CCFIPPA.

[3] For the reasons that follow, I have concluded that:

(i) The potential adverse impacts that HFN submits the CCFIPPA may have on its asserted Aboriginal rights, due to changes that the CCFIPPA may bring about to the legal framework applicable to land and resource regulation in Canada, are non-appreciable and speculative in nature. I also find that HFN has not established the requisite causal link between those alleged potential adverse impacts and the CCFIPPA.

(ii) The same is true with respect to the potential adverse impacts that HFN submits the CCFIPPA may have on the scope of self-government which it can achieve.

(iii) Therefore, the ratification of the CCFIPPA by the Government of Canada (Canada) without engaging in consultations with HFN would not contravene the principle of the honour of the Crown or Canada's duty to consult HFN before taking any action that may adversely impact upon its asserted Aboriginal rights.

[4] This application will therefore be dismissed.

I. The CCFIPPA

[5] The CCFIPPA was signed at Vladivostok, Russia, on September 9, 2012.

[1] LE JUGE EN CHEF CRAMPTON : Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire concernant la ratification imminente de l'*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection réciproque des investissements* (l'Accord).

[2] La demanderesse, la Première Nation des Hupacasath (la PNH), sollicite un jugement déclaratoire portant que le Canada a l'obligation d'entreprendre un processus de consultation et d'accommodement avec les Premières Nations, y compris la PNH, avant de ratifier l'Accord ou de prendre d'autres mesures qui lieront le Canada au titre de cet accord.

[3] Pour les motifs exposés ci-après, j'ai conclu que :

i) Les effets préjudiciables potentiels que, selon la PNH, l'Accord pourrait avoir sur leurs droits ancestraux revendiqués en raison des modifications qu'il pourrait entraîner au cadre juridique applicable à la réglementation canadienne des terres et des ressources ne sont pas importants et sont de nature hypothétique. Je conclus aussi que la PNH n'a pas établi l'existence du lien causal nécessaire entre ces effets préjudiciables potentiels allégués et l'Accord.

ii) Il en va de même pour ce qui est des effets préjudiciables potentiels que, selon la PNH, l'Accord pourrait avoir sur l'étendue d'autonomie gouvernementale qu'elle pourrait réaliser.

iii) Par conséquent, la ratification de l'Accord par le gouvernement du Canada (Canada) sans entreprendre des consultations avec la PNH ne contreviendrait pas au principe de l'honneur de la Couronne ou à l'obligation de consulter la PNH avant de prendre quelque mesure pouvant avoir des effets préjudiciables sur leurs droits ancestraux revendiqués.

[4] La présente demande sera par conséquent rejetée.

I. L'Accord

[5] L'Accord a été signé à Vladivostok (Russie), le 9 septembre 2012.

[6] Pursuant to Article 35, Canada and the Government of the People's Republic of China (the "Contracting Parties") are required to notify each other through diplomatic channels that they have completed the internal legal procedures for the entry into force of their agreement. The CCFIPPA will enter into force on the first day of the month following the month in which the second of the two notifications is received and shall remain in force for a period of at least 15 years.

[7] After the expiration of the initial 15-year period, either party may terminate the CCFIPPA. Such termination will be effective one year after its receipt by the other Contracting Party. However, the Agreement will continue to be effective for an additional 15-year period with respect to investments made prior to its termination.

[8] It appears to be common ground between the parties to this proceeding (parties) that the substantive provisions in the CCFIPPA are highly similar to those in the *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States*, December 17, 1992, [1994] Can T.S. No. 2 (entered into force January 1, 1994) (NAFTA) and closely resemble the provisions in Canada's 2004 model Foreign Investment Promotion and Protection Agreement (2004 model FIPA). Indeed, HFN acknowledged that the provisions in the CCFIPPA that were the focus of this proceeding "are the same as those set out in NAFTA" (reply of the applicant (reply), at paragraph 33).

[9] According to the Explanatory Memorandum on the CCFIPPA [Canada, House of Commons, Sessional Paper No. 8532-411-46, September 2012] (Explanatory Memorandum), the CCFIPPA:

... is a bilateral treaty designed to protect and promote investment between Canada and the People's Republic of China (the "Parties") by assigning legally binding rights and obligations to both Parties in foreign investment matters.

The Agreement provides Canadian investors operating in the People's Republic of China with additional legal protection,

[6] Conformément à l'article 35, le Canada et le gouvernement de la République populaire de Chine (les Parties contractantes) doivent se notifier mutuellement, par la voie diplomatique, l'accomplissement des procédures juridiques internes nécessaires à l'entrée en vigueur de l'Accord. L'Accord entrera en vigueur le 1^{er} jour du mois qui suit la réception de la deuxième notification, et il restera en vigueur pendant une période d'au moins 15 années.

[7] L'une ou l'autre des parties peut mettre fin à l'Accord après l'expiration de la période initiale de 15 années. La dénonciation prendra effet un an après sa réception par l'autre Partie contractante. Cependant, s'agissant des investissements faits avant la date de dénonciation, l'Accord restera en vigueur pour une période additionnelle de 15 années après la date de dénonciation.

[8] Les parties à la présente instance (les parties) semblent convenir que les dispositions de fond de l'Accord présentent de nombreuses similitudes avec celles de l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) (l'ALÉNA) et qu'elles ressemblent étroitement aux dispositions du modèle canadien de 2004 de l'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (le modèle d'APIE de 2004). La PNH a effectivement reconnu que les dispositions de l'Accord qui sont le point de mire de la présente instance [TRADUCTION] « sont les mêmes que celles énoncées dans l'ALÉNA » (réponse de la demanderesse (la réponse), au paragraphe 33).

[9] Selon la Note explicative sur l'Accord [Canada, Chambre des communes, Document parlementaire n° 8532-411-46, septembre 2012] (la Note explicative), l'Accord :

[...] est un traité bilatéral qui vise à protéger et à promouvoir les investissements entre le Canada et la République populaire de Chine (les « Parties ») en attribuant aux deux Parties des droits et des obligations juridiquement contraignants en matière d'investissements étrangers.

L'Accord confère une protection juridique accrue aux investisseurs canadiens qui font des affaires en République populaire

setting out the manner in which Canadian investors should be treated and procedures through which they may pursue alleged breaches of the Agreement. Key provisions include: national treatment, most-favoured nation treatment, minimum standard of treatment, protection against expropriation, obligations for the free transfer of funds and an investor-State dispute settlement mechanism.

[10] The CCFIPPA provides the same protections described above to investors of the People’s Republic of China (China).

[11] The Explanatory Memorandum also notes that “[c]onsultations on the [CCFIPPA] took place under the ongoing consultation process by the Department of Foreign Affairs and International Trade with stakeholders.”

[12] It is common ground between the parties that such consultations did not include the HFN or other First Nations, notwithstanding that Canada released an initial environmental assessment of the CCFIPPA for public comment in February 2008.

[13] Shortly following the announcement of the signing of the CCFIPPA, HFN wrote to Prime Minister Harper to request that the ratification of the agreement be postponed “until there has been full and proper consultation between the Crown and the founding First Nations, including [HFN]”. Representatives of other First Nations have made similar requests. To date, HFN’s request has not been granted. It appears that the same is true with respect to the requests that have been made on behalf of other First Nations.

[14] No legislative amendments are required to implement the CCFIPPA.

[15] The CCFIPPA is similar in many respects to 24 other foreign investment protection agreements (FIPAs) that Canada has entered into since 1989, particularly those entered into since 1995 (affidavit of Vernon MacKay (MacKay affidavit), respondents’ record, Vol. I, Tab 1, at paragraphs 20–31 and 39–44).

de Chine, précisant la manière dont ceux-ci devraient être traités ainsi que les procédures dont ils peuvent se prévaloir en cas de violations alléguées de l’Accord. Les principales dispositions de l’Accord portent notamment sur le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée, la norme minimale de traitement, la protection contre l’expropriation, les obligations relatives au libre transfert de fonds et le mécanisme de règlement des différends opposant un investisseur et un État.

[10] L’Accord confère aussi les protections décrites ci-dessus aux investisseurs de la République populaire de Chine (la Chine).

[11] La Note explicative mentionne aussi que « [l]es consultations relatives à l’Accord ont été tenues dans le cadre du processus de consultation continu mené auprès des parties intéressées par le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international ».

[12] Les parties conviennent que ni la PNH ni les autres Premières Nations n’ont pas été consultées, et ce, malgré le fait que le Canada ait publié un examen environnemental initial de l’Accord afin de permettre au public de présenter des commentaires à ce sujet en février 2008.

[13] Peu après l’annonce de la signature de l’Accord, la PNH a écrit au premier ministre Harper pour lui demander que la ratification de l’Accord soit reportée [TRADUCTION] « jusqu’à ce qu’une consultation complète et en bonne et due forme ait lieu entre la Couronne et les Premières Nations fondatrices, y compris [la PNH] ». Des représentants d’autres Premières Nations ont fait des demandes similaires. On n’a pas acquiescé à la demande de la PNH à ce jour. Semble-t-il qu’il en va de même en ce qui a trait aux demandes qui ont été formulées pour le compte des autres Premières Nations.

[14] Aucune modification législative n’est nécessaire pour mettre en œuvre l’Accord.

[15] L’Accord est similaire à de nombreux égards aux 24 autres accords sur la protection des investissements étrangers (APIE) que le Canada a signés depuis 1989, particulièrement ceux qu’il a signés depuis 1995 (affidavit de M. Vernon MacKay (l’affidavit de MacKay), dossier des défendeurs, volume I, onglet 1, aux paragraphes 20 à 31 et 39 à 44).

II. The HFN

[16] The HFN, formerly known as the Opetchesaht Indian Band, is a “band” within the meaning of that term as defined in the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (*Indian Act*) [subsection 2(1)]. The Hupacasath Chief and Council represent approximately 285 band members, all of whom are Indians as defined in the *Indian Act*.

[17] According to an affidavit sworn by Carolyne Sayers (Sayers affidavit), a Council member of the HFN, the HFN’s band members live on two reserves near Port Alberni on Vancouver Island. It appears that those reserves are located on the banks of the Alberni Inlet, and are approximately 53.4 and 2.6 hectares, respectively, in size. The HFN has three additional reserves in that territory which are not occupied, due to the lack of infrastructure. In total, the HFN asserts Aboriginal rights and title with respect to approximately 232 000 hectares of land in central Vancouver Island, as reflected on the map set forth in Appendix 1 to these reasons.

[18] In her affidavit, which was authorized by, and sworn on behalf of, the HFN’s Chief and Council, Ms. Sayers stated that she is concerned that if the CCFIPPA is ratified and implemented the HFN will be negatively affected in a number of ways, including:

a. HFN may be prevented from exercising its rights to conserve, manage and protect lands, resources and habitats in accordance with traditional Hupacasath laws, customs and practices, and in the best interests of its members;

b. HFN may be prevented from negotiating a treaty which protects its rights to exercise its authority in the best interests of the Hupacasath people, including to conserve, manage and protect lands, resources and habitats and to engage in other governance activities, in accordance with traditional Hupacasath law, customs and practices, and in the best interests of its members;

II. La PNH

[16] La PNH, anciennement connue sous le nom de Bande indienne d’Opetchesaht, est une « bande » au sens de la définition prévue à la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 (la *Loi sur les Indiens*) [paragraphe 2(1)]. Le chef et le conseil de la PNH représentent les quelque 285 membres de la bande, qui sont tous des Indiens au sens de la *Loi sur les Indiens*.

[17] Selon l’affidavit souscrit par M^{me} Carolyne Sayers (l’affidavit de Sayers), une membre du conseil de la PNH, les membres de la bande de la PNH vivent à l’intérieur de deux réserves situées près de Port Alberni, sur l’île de Vancouver. Il semble que ces réserves soient situées sur les rives de l’inlet Alberni et qu’elles ont respectivement une superficie d’environ 53,4 et 2,6 hectares. La PNH a aussi trois autres réserves sur ce territoire : ces réserves ne sont pas occupées en raison du manque d’infrastructure. La PNH revendique en tout des droits ancestraux et le titre aborigène à l’égard d’un territoire d’environ 232 000 hectares dans la région du centre de l’île de Vancouver, comme le montre la carte reproduite à l’annexe 1 des présents motifs.

[18] Dans son affidavit, qu’elle a souscrit pour le compte du chef et du conseil de la PNH et qui était autorisé par ces derniers, M^{me} Sayers déclarait qu’elle est préoccupée par les effets préjudiciables qu’auront la ratification et la mise en œuvre de l’Accord sur la PNH à plusieurs égards, notamment :

a. la PNH pourrait être empêchée d’exercer ses droits en matière de conservation, de gestion et de protection des terres, des ressources et des habitats, selon les lois, coutumes et pratiques traditionnelles des Hupacasath, ainsi que dans l’intérêt supérieur de ses membres;

b. la PNH pourrait être empêchée de négocier un traité ayant pour effet de protéger ses droits d’exercer ses pouvoirs dans l’intérêt supérieur du peuple hupacasath, y compris en matière de conservation, de gestion et de protection des terres, ressources et habitats, et d’exercer d’autres activités en matière de gouvernance conformément aux lois, coutumes et pratiques traditionnelles des Hupacasath, ainsi que dans l’intérêt supérieur de ses membres;

c. disputes over resource use between HFN and companies with Chinese investors will be resolved by the application of international trade and investment law, which Ms. Sayers believes does not provide the same protections for Aboriginal rights and title as Canadian constitutional law;

d. because measures aimed at protecting HFN's rights and title may give rise to significant damage claims, the federal and provincial governments will be less likely to take steps to protect those rights, including engaging in adequate consultation and reasonable accommodation; and

e. the rights of Chinese investors, and the impact of any potential claim under the CCFIPPA on Canada may be taken into account by the government and courts in determining whether a specific measure HFN seeks to protect its rights and title would constitute reasonable accommodation.

III. Issue

[19] In its application, HFN sought:

a. A declaration that Canada is required to engage in a process of consultation and accommodation with First Nations, including HFN, prior to taking steps that will bind Canada under the CCFIPPA;

b. An order restraining the Minister of Foreign Affairs or any other official or representative of Canada from sending a letter to the People's Republic of China (China) stating that Canada has completed the internal legal procedures for the entry into force of the CCPIFFA, until the appropriate consultation and accommodation has been carried out; and

c. An interlocutory injunction restraining the Minister of Foreign Affairs or any other official or representative of Canada from sending a letter to China stating that Canada has completed the internal legal procedures for

c. les différends entre la PNH et les sociétés dans lesquelles des investisseurs chinois détiennent une participation relativement à l'utilisation des ressources seront résolus par l'application des règles de droit applicables au commerce international et aux investissements internationaux, qui, selon M^{me} Sayers, ne confèrent pas les mêmes protections des droits ancestraux et du titre aborigène que celle offerte par le droit constitutionnel canadien;

d. parce que les mesures visant à protéger les droits et le titre de la PNH peuvent donner lieu à d'importantes réclamations pour dommages, le gouvernement fédéral et les provinces seront moins portés à prendre des mesures, notamment d'entreprendre des consultations adéquates et d'offrir des accommodements raisonnables, pour protéger ces droits;

e. les droits des investisseurs chinois et les répercussions de toute éventuelle plainte en vertu de l'Accord sur le Canada peuvent être pris en considération par le gouvernement et les cours pour établir si une mesure précise que la PNH demande en vue de protéger ses droits et son titre constituerait un accommodement raisonnable.

III. La question en litige

[19] Dans sa demande, la PNH sollicitait :

a. un jugement déclarant que le Canada a l'obligation d'entreprendre un processus de consultation et d'accommodement avec les Premières Nations, y compris la PNH, avant de prendre des mesures qui lieront le Canada au titre de l'Accord;

b. une ordonnance interdisant au ministre des Affaires étrangères, ou à tout autre fonctionnaire ou représentant du Canada, d'envoyer à la Chine une lettre déclarant que le Canada a rempli toutes les procédures juridiques internes nécessaires à l'entrée en vigueur de l'Accord avant que le processus de consultation et d'accommodement approprié n'ait été effectué;

c. une injonction interlocutoire interdisant au ministre des Affaires étrangères, ou à tout autre fonctionnaire ou représentant du Canada, d'envoyer à la Chine une lettre déclarant que le Canada a rempli toutes les procédures

the entry into force of the CCFIPPA, until this application has been heard and determined by the Court.

[20] In their written submissions, the respondents stated that if this Court finds that a duty to consult with HFN has been triggered and breached, it would not be necessary for the Court to go beyond making a declaration that a such a duty is owed to HFN, “as it can be assumed that the government will comply with the law as stated by the courts”.

[21] Based on that statement, HFN withdrew its request for the relief described in subparagraphs 19(b) and (c) above.

[22] The respondents also submitted that any declaration that this Court may issue should be confined to addressing the asserted duty to consult with HFN, and should not address whether a duty to consult is owed to other First Nations. I agree.

[23] As the respondents noted, HFN did not commence a class action or bring a representative action on behalf of other First Nations. It also did not serve notice on all First Nations so that they could be added as parties. No other First Nations sought to be added as a party to this proceeding.

[24] In these circumstances, I agree that it would not be appropriate for this Court to address, in any declaration that may be made in this proceeding, the issue of whether a duty to consult is owed to other First Nations, even if the formidable practical impediments to workable and meaningful consultations with the over 600 First Nations bands that exist across the country could be overcome. My conclusion in this regard is reinforced by the fact that Aboriginal rights are both band- and fact-specific (*R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, at paragraph 65 and *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at paragraph 69); and representatives of Aboriginal groups need to be authorized to speak or to bring claims on behalf of their groups (*Quinn v. Bell Pole*, 2013

juridiques internes nécessaires à l’entrée en vigueur de l’Accord avant que la présente demande soit instruite et tranchée par la Cour.

[20] Dans leurs observations écrites, les défendeurs ont énoncé que si la Cour conclut que l’obligation de consulter la PNH a pris naissance et qu’elle a été violée, il ne serait pas nécessaire pour la Cour d’aller plus loin que de rendre un jugement déclarant qu’une telle obligation existe envers la PNH en l’espèce, [TRADUCTION] « puisque l’on peut tenir pour acquis que le gouvernement se conformera au droit énoncé par les tribunaux ».

[21] Compte tenu de cet énoncé, la PNH a retiré sa demande pour qu’on lui accorde les réparations décrites aux alinéas 19b) et c) ci-dessus.

[22] Les défendeurs ont aussi fait observer que tout jugement déclaratoire que la Cour pourrait rendre devra porter uniquement sur l’obligation alléguée de consulter la PNH en l’espèce et qu’il ne devra traiter de la question de savoir si cette obligation de consulter s’étend aux autres Premières Nations. Je souscris à cette observation.

[23] Comme l’ont fait remarquer les défendeurs, la PNH n’a pas introduit un recours collectif pour le compte d’autres Premières Nations. Elle n’a pas non plus signifié d’avis à toutes les Premières Nations pour qu’elles puissent être ajoutées comme parties. Aucune autre Première Nation n’a demandé à être mise en cause dans la présente instance.

[24] Dans ces circonstances, je conviens qu’il ne serait pas approprié pour la Cour de traiter, dans un jugement déclaratoire qui pourrait être rendu dans la présente instance, de la question de savoir si l’obligation de consulter existe en l’espèce envers les autres Premières Nations, dans la mesure où il serait possible de surmonter l’énorme difficulté sur le plan pratique de tenir des consultations viables et significatives auprès des plus de 600 bandes de Premières Nations à l’échelle du pays. Ma conclusion à cet égard est renforcée par le fait que les droits ancestraux sont à la fois propres à chaque bande et tributaires des faits (*R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, au paragraphe 65 et *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, au paragraphe 69), et que les

BCSC 892, at paragraph 17). Moreover, with one exception, no evidence has been led on behalf of other First Nations regarding the potential impact of the CCFIPPA on their Aboriginal interests.

[25] In its initial written submissions, HFN raised a threshold issue of whether the act of ratifying the CCFIPPA is something that could be subject to judicial review. HFN maintains that ratification of the CCFIPPA is subject to review on the basis that Canada's failure to consult HFN prior to ratification is a breach of its constitutional duty to consult with HFN in respect of a measure that may affect HFN's Aboriginal rights. That said, during the hearing, HFN underscored that it was not suggesting that the Court can review either Canada's prerogative to enter into the CCFIPPA or the content of the CCFIPPA. HFN acknowledges that these are matters of "high policy" that are not amenable to judicial review (*Black v. Canada (Prime Minister)*, 2001 CanLII 8537, 54 O.R. (3d) 215 (C.A.), at paragraph 52). The respondents have not contested this threshold issue. Indeed, it is clear that the exercise of the prerogative power of the Crown can be reviewed for constitutionality (*Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at paragraphs 36–37; *Black*, above, at paragraph 50).

[26] Accordingly, the only issue to be determined in this application is whether, prior to ratifying the CCFIPPA in accordance with Article 33 of the CCFIPPA, Canada has a duty to consult with HFN.

IV. Standard of Review

[27] The ratification of the CCFIPPA is an exercise of a prerogative power. It is common ground between the parties that the exercise of this power is subject to review on constitutional grounds. In this proceeding, HFN submits that Canada's failure to consult with HFN prior to ratifying the CCFIPPA would constitute a breach

représentants des groupes autochtones doivent être autorisés par le groupe qu'ils représentent pour parler en leur nom ou pour présenter des revendications pour leur compte (*Quinn v. Bell Pole*, 2013 BCSC 892, au paragraphe 17). De plus, à une exception près, aucune preuve n'a été présentée pour le compte d'autres Premières Nations au sujet des possibles effets de l'Accord sur leurs droits ancestraux.

[25] Dans ses observations écrites initiales, la PNH a soulevé la question initiale de savoir si la ratification de l'Accord est un acte qui peut être assujéti au contrôle judiciaire. La PNH soutient que la ratification de l'Accord est assujéti au contrôle judiciaire, au motif que l'omission du Canada de consulter la PNH avant la ratification constitue une violation de son obligation constitutionnelle de la consulter au sujet d'une mesure qui peut avoir une incidence sur ses droits ancestraux. Cela dit, au cours de l'audience, la PNH a souligné qu'elle ne laissait pas entendre que la Cour peut procéder au contrôle de la prérogative du Canada de signer l'Accord ou du contenu de l'Accord. La PNH reconnaît qu'il s'agit là de questions de « haute politique » qui ne peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire (*Black v. Canada (Prime Minister)*, 2001 CanLII 8537, 54 R.J.O. (3^e) 215 (C.A.), au paragraphe 52). Les défendeurs n'ont pas présenté d'opposition à l'égard de cette question préjudicielle. Effectivement, il ne fait aucun doute que l'exercice de la prérogative de la Couronne peut faire l'objet d'un contrôle sur le plan de sa constitutionnalité (*Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, aux paragraphes 36 et 37; *Black*, précité, au paragraphe 50).

[26] Par conséquent, la seule question devant être tranchée dans le contexte de la présente demande est celle de savoir si, avant la ratification de l'Accord, le Canada avait l'obligation de consulter la PNH, conformément à l'article 33 de l'Accord.

IV. La norme de contrôle applicable

[27] La ratification de l'Accord relève de l'exercice de la prérogative. Les parties conviennent que l'exercice de cette prérogative peut faire l'objet d'un contrôle pour des motifs constitutionnels. Dans la présente instance, la PNH soutient que l'omission du Canada de la consulter avant de ratifier l'Accord constituait une violation

of Canada's constitutional obligation to engage in consultations with HFN before taking any action which may adversely affect HFN. It also asserts that such action would be contrary to Canada's constitutional obligation to act honourably in all its dealings with Aboriginal peoples (*Chief Joe Hall v. Canada (Attorney General)*, 2007 BCCA 133, 281 D.L.R. (4th) 752, at paragraphs 47–49; *Nlaka'pamux Nation Tribunal Council v. British Columbia (Environmental Assessment Office)*, 2011 BCCA 78, 306 B.C.A.C. 105, at paragraph 68).

[28] Given the constitutional nature of this issue, it is subject to review on a standard of correctness (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 58; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association* 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraph 30).

V. Preliminary Issues

[29] In their written submissions, the respondents requested the Court to strike four affidavits sworn on behalf of the applicant by individuals who are not members of HFN. In the alternative, the respondents requested that portions of those affidavits be struck. The respondents maintain that those affidavits or portions thereof, are clearly irrelevant.

[30] The affidavits in question were sworn by Grand Chief Stewart Phillip, Chief James Ahnassay, Chief Bryce Williams and Chief Isadore Day.

[31] The first three of those affidavits focus primarily upon consultations that were requested in respect of the CCFIPPA, and the affiants' concerns regarding the potential implications of the CCFIPPA on (i) their bands' Aboriginal interests, treaty rights and ability to protect the environment in their territories or (ii) First Nations more generally. Grand Chief Phillip's affidavit also briefly discusses the history behind the establishment of the Union of British Columbia Indian Chiefs and that organization's principal objectives.

de son obligation constitutionnelle d'entreprendre des consultations auprès de la PNH avant de prendre toute mesure qui pourrait avoir un effet préjudiciable envers elle. La demanderesse affirme aussi qu'une telle mesure contreviendrait à l'obligation constitutionnelle du Canada d'agir honorablement dans tous ses rapports avec les peuples autochtones (*Chief Joe Hall v. Canada (Attorney General)*, 2007 BCCA 133, 281 D.L.R. (4th) 752, aux paragraphes 47 à 49; *Nlaka'pamux Nation Tribunal Council v. British Columbia (Environmental Assessment Office)*, 2011 BCCA 78, 306 B.C.A.C. 105, au paragraphe 68).

[28] Cette question en litige est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte, étant donné sa nature constitutionnelle (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 58; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, au paragraphe 30).

V. Les questions préliminaires

[29] Dans leurs observations écrites, les défendeurs demandent à la Cour de radier quatre affidavits souscrits pour le compte de la demanderesse par des personnes qui ne sont pas des membres de la PNH. Subsidiairement, les défendeurs ont demandé que des parties de ces affidavits soient radiées. Les défendeurs maintiennent que ces affidavits ou des parties de ceux-ci sont manifestement non pertinents.

[30] Les affidavits en question étaient souscrits par le grand chef Stewart Phillip, le chef James Ahnassay, le chef Bryce Williams et le chef Isadore Day.

[31] Parmi ces affidavits, les trois premiers portent principalement sur les consultations qui étaient demandées au sujet de l'Accord et sur les préoccupations des auteurs des affidavits concernant les possibles incidences de l'Accord sur i) les droits ancestraux et les droits issus de traités de leur bande, ainsi que leur capacité à protéger l'environnement dans leurs territoires ou ii) les Premières Nations en général. L'affidavit du grand chef Phillip traite aussi brièvement de l'historique de la fondation de l'Union of British Columbia Indian Chiefs et des principaux objectifs de cet organisme.

[32] Chief Day's affidavit, written on behalf of the Serpent River First Nation and the Chiefs of Ontario organization (COO), also focuses upon the potential implications of the CCFIPPA on First Nations' treaty and other rights. In addition, it provides an overview of the history of relations between First Nations and the Crown and a more detailed treatment of the concerns of First Nations than is provided in the other three affidavits mentioned immediately above.

[33] Notwithstanding that Grand Chief Phillip, Chief Ahnassay, Chief Williams and Chief Day are not authorized to represent HFN, and have focused on the potential impact of the CCFIPPA on their respective First Nations groups, or on First Nations in general, I have decided to exercise my discretion in favour of allowing their affidavits to remain on the Court record. My decision in this regard is based on my conclusion that those affidavits may potentially assist my understanding of the potential impact of the CCFIPPA on HFN. In the case of Chief Day's affidavit, I consider the history that he provides to be helpful in assisting me to understand the important context in which the Crown's legal duty to consult First Nations arose, particularly as that duty relates to the honour of the Crown and the objective of reconciliation.

VI. Experts

A. Mr. Gus Van Harten

[34] HFN's expert evidence was provided by Mr. Gus Van Harten, in a letter dated February 13, 2013 (Van Harten opinion) to HFN's counsel.

[35] Mr. Van Harten is an associate professor at Osgoode Hall Law School, at York University. He obtained his PhD in 2006 and has since published a number of articles, primarily on investment treaty arbitration. He has also written a book on that topic.

[36] Mr. Van Harten was retained to provide his expert opinion with respect to various aspects of the CCFIPPA.

[32] L'affidavit du chef Day, souscrit pour le compte de la Première Nation de Serpent River et de l'organisation des Chiefs of Ontario (la COO), met aussi l'accent sur les possibles incidences de l'Accord sur les droits issus de traités et les autres droits dont jouissent les Premières Nations. De plus, il contient un aperçu de l'historique des relations entre les Premières Nations et la Couronne et il traite de manière plus détaillée des préoccupations des Premières Nations que ne le faisaient les trois autres affidavits mentionnés immédiatement ci-dessus.

[33] Malgré que le grand chef Phillip, le chef Ahnassay, le chef Williams et le chef Day ne soient pas autorisés à représenter la PNH et qu'ils aient mis l'accent sur les possibles incidences de l'Accord sur leurs groupes respectifs de Premières Nations ou sur les Premières Nations en général, j'ai décidé d'exercer mon pouvoir discrétionnaire de permettre que leurs affidavits restent dans le dossier de la Cour. Ma décision à cet égard est fondée sur ma conclusion selon laquelle ces affidavits pourraient m'aider à comprendre les effets potentiels de l'Accord sur la PNH. En ce qui concerne l'affidavit du chef Day, j'estime que l'historique qu'il contient est utile pour m'aider à comprendre l'important contexte dans lequel l'obligation juridique de la Couronne de consulter les Premières Nations est née, notamment parce que cette obligation se rapporte à l'honneur de la Couronne et à l'objectif de réconciliation.

VI. Les experts

A. M. Gus Van Harten

[34] M. Gus Van Harten a témoigné à titre d'expert de la PNH, au moyen d'une lettre datée du 13 février 2013 (l'opinion de Van Harten), lettre qu'il a transmise à l'avocat de la PNH.

[35] M. Van Harten est un professeur agrégé à la Faculté de droit Osgoode Hall de l'Université York. Il a obtenu son doctorat en 2006 et il a depuis publié un certain nombre d'articles, surtout sur l'arbitrage en matière de traités d'investissements. Il a aussi rédigé un livre à ce sujet.

[36] M. Van Harten a été retenu pour donner son témoignage d'expert au sujet de divers aspects de

These include the obligations that it imposes upon Canada, the manner in which it differs from other international treaties to which Canada is a party, how it will apply to federal and provincial government action and legislation, how it will apply to domestic judicial decisions which affect land and resources subject to Aboriginal or treaty rights claims, whether principles of domestic law will be taken into account by international arbitrators who are appointed to adjudicate under the CCFIPPA, and whether measures or actions taken by First Nations' governments could potentially put Canada out of compliance with the CCFIPPA.

[37] The respondents submitted that Mr. Van Harten's evidence should be accorded reduced weight because he has been a vocal critic of the type of investor state arbitration provisions that are included in the CCFIPPA and because he has frequently and publicly voiced his opposition to ratification of the CCFIPPA.

[38] Given that HFN acknowledged and did not dispute these allegations, I am inclined to agree with the respondents' position, primarily on the basis that Mr. Van Harten's ability "to assist the Court impartially," as required by the Court's Code of Conduct for Expert Witnesses, SOR/2010-176 [*Rules Amending the Federal Courts Rules (Expert Witnesses)*], would appear to be somewhat compromised.

B. Mr. J. Christopher Thomas, Q.C.

[39] The respondents' expert evidence was provided by Mr. Chris Thomas, Q.C. in a letter dated March 13, 2013 (Thomas opinion) to counsel to the respondents.

[40] Mr. Thomas is a senior principal research fellow at the National University of Singapore's Center for International Law. He has also practiced in the field of international economic law for over 25 years, taught at two Canadian universities, and worked for the federal Minister for International Trade during the launch of the

l'Accord. Ces aspects comprennent notamment les obligations que ce traité impose au Canada, la manière en quoi il diffère des autres traités internationaux auxquels le Canada est partie, la façon dont ce traité s'appliquera aux mesures gouvernementales et à la législation fédérale ainsi que provinciale, comment s'appliquera-t-il aux décisions judiciaires domestiques ayant une incidence sur les terres et les ressources faisant l'objet de revendications fondées sur les droits ancestraux ou sur les droits issus de traités, la question de savoir si les principes du droit national seront pris en compte par les arbitres internationaux désignés pour trancher les litiges relatifs à l'Accord et si les mesures prises ou les gestes posés par les gouvernements des Premières Nations pourraient éventuellement mettre le Canada en situation de non conformité à l'Accord.

[37] Les défendeurs ont soutenu que la Cour devrait accorder un poids réduit au témoignage de M. Van Harten, parce qu'il a vivement critiqué ce type de dispositions d'arbitrage entre investisseurs et États qui sont incluses dans l'Accord et parce qu'il a fréquemment et publiquement exprimé son opposition à la ratification de l'Accord.

[38] Étant donné que la PNH a pris connaissance de ces allégations et qu'elle ne les a pas contestées, je suis porté à souscrire à la position des défendeurs, surtout au motif qu'il appert que la capacité de M. Van Harten à « aider la Cour avec impartialité », comme l'exige le Code de déontologie régissant les témoins experts, DORS/2010-176 [*Règles modifiant les Règles des Cours fédérales (témoins experts)*], est quelque peu remise en question.

B. M. J. Christopher Thomas, c.r.

[39] M. Christopher Thomas, c.r. a témoigné à titre d'expert pour les défendeurs, au moyen d'une lettre transmise le 13 mars 2013 (l'opinion de Thomas) à l'avocat des défendeurs.

[40] M. Thomas est chercheur universitaire principal au centre de droit international de l'Université nationale de Singapour. Il a aussi pratiqué dans le domaine du droit économique international pendant plus de 25 ans et enseigné dans deux universités canadiennes, et il travaillait pour le ministre fédéral du Commerce

Uruguay Round of multilateral trade negotiations and the Canada-United States Free Trade Agreement negotiations. In addition, he acted for the Government of Mexico in relation to the negotiation of the NAFTA and two related agreements on labour and environmental co-operation. He has also practised as an international trade dispute panellist and an international arbitrator.

[41] Mr. Thomas was retained to provide his views on the Van Harten opinion, including its criticism of international investor-state arbitration; the extent to which the CCFIPPA differs from Canada's past agreements on investment protection; the extent to which the CCFIPPA may prevent a government from determining an appropriate level of environmental protection, from managing its international resources, or from making changes to its laws; the interaction between the CCFIPPA and Canadian domestic law; remedies that may be granted by an arbitral panel constituted under the CCFIPPA; the extent to which Canada can be held internationally responsible under the CCFIPPA for legislative or judicial decisions with respect to HFN; and the scope of the Aboriginal affairs' exception in the CCFIPPA.

C. General Observations

[42] Given Mr. Van Harten's acknowledged partiality, and given that I generally found Mr. Thomas to be more neutral, factually rigorous and persuasive, I generally accepted his evidence over Mr. Van Harten's when they did not agree. In any event, I found that Mr. Van Harten's evidence did not materially assist HFN to demonstrate that the potential impact of the CCFIPPA on its Aboriginal interests is appreciable and non-speculative, as required to trigger a duty to consult. To a large extent, this was due to the fact that his assertions on key issues were baldly stated and unsubstantiated.

international lors du lancement du Cycle d'Uruguay de négociations commerciales multilatérales et lors des négociations de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis. De plus, il avait représenté le gouvernement du Mexique dans le contexte des négociations de l'ALÉNA et de deux ententes connexes conclues en matière de travail et de coopération environnementale. Il a aussi exercé les fonctions de membre d'un tribunal arbitral en matière de commerce international et celles d'arbitre international.

[41] Les services de M. Thomas ont été retenus pour qu'il puisse donner son point de vue sur l'opinion de Van Harten, notamment sur sa critique de l'arbitrage international opposant un investisseur et un État; l'étendue des différences entre l'Accord et les ententes conclues par le Canada dans le passé en matière de protection des investissements; la mesure dans laquelle l'Accord peut empêcher un gouvernement de déterminer le niveau approprié de protection environnementale, de gérer ses ressources internationales ou d'apporter des modifications à sa législation; l'interaction entre l'Accord et le droit national du Canada; les réparations qui peuvent être accordées par un tribunal d'arbitrage constitué en vertu de l'Accord; la mesure dans laquelle le Canada peut être, au titre de l'Accord, tenu responsable sur le plan international à l'égard des mesures législatives et des décisions judiciaires concernant la PNH, ainsi que de la portée de l'exception pour affaires autochtones qui est prévue à l'Accord.

C. Observations générales

[42] Étant donné la partialité reconnue de M. Van Harten, et puisque j'ai généralement conclu que M. Thomas était plus neutre, plus rigoureux d'un point de vue factuel et plus convaincant, j'ai généralement préféré son témoignage à celui de M. Van Harten lorsque ceux-ci divergeaient. De toute façon, j'ai conclu que le témoignage de M. Van Harten n'aidait pas de manière importante la PNH à démontrer que les effets potentiels de l'Accord sur ses droits ancestraux sont importants et non hypothétiques, comme il est nécessaire pour faire naître l'obligation de consulter. Cela était attribuable, dans une grande mesure, au fait que ses affirmations quant à des questions cruciales étaient formulées de manière laconique et qu'elles n'étaient pas étayées.

VII. AnalysisA. Duty to Consult—General Principles

[43] The Government of Canada’s duty to consult with Aboriginal peoples, including HFN, and to accommodate their interests in certain circumstances is grounded in the honour of the Crown (*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511 (*Haida*), at paragraphs 16 and 20). In brief, “In all its dealings with Aboriginal peoples, from the assertion of sovereignty to the resolution of claims and the implementation of treaties, the Crown must act honourably.” This is necessary to achieve the important goal of “the reconciliation of the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown”. In turn, to achieve that goal, the principle of the honour of the Crown must be viewed generously (*Haida*, above, at paragraph 17). Likewise, the duty to consult must be approached in a “generous” and “purposive” manner (*Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650 (*Rio Tinto*), at paragraph 43).

[44] The honour of the Crown gives rise to different duties in different circumstances. Where, as in the present circumstances with HFN, a treaty with a particular Aboriginal group remains to be concluded, the honour of the Crown implies a duty to consult when the conditions described below are met. Moreover, when those conditions are met, the honour of the Crown further requires that the Aboriginal group’s relevant interests be reasonably accommodated, if appropriate (*Haida*, above, at paragraphs 18, 20, 27 and 33).

[45] The Aboriginal interests that are relevant for this purpose are those interests that are protected by 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)], which recognizes and affirms “[t]he existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada” (*Hiawatha First Nation v. Ontario (Minister of the Environment)*, 2007 CanLII 3485, 27 C.E.L.R. (3d) 197 (Ont. S.C.J.),

VII. AnalyseA. L’obligation de consulter — principes généraux

[43] L’obligation qu’a le gouvernement du Canada de consulter les peuples autochtones, y compris la PNH, et d’accommoder leurs intérêts dans certaines circonstances repose sur l’honneur de la Couronne (*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511 (*Haïda*), aux paragraphes 16 et 20). En résumé, « Dans tous ses rapports avec les peuples autochtones, qu’il s’agisse de l’affirmation de sa souveraineté, du règlement de revendications ou de la mise en œuvre de traités, la Couronne doit agir honorablement. » Cela est nécessaire pour atteindre l’important objectif de « concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté » ». Par ailleurs, pour atteindre cet objectif, le principe d’honneur de la Couronne doit recevoir une interprétation généreuse (*Haïda*, précité, au paragraphe 17). Dans la même veine, l’obligation de consulter doit être envisagée de manière « généreuse » et « téléologique » (*Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650 (*Rio Tinto*), au paragraphe 43).

[44] L’honneur de la Couronne fait naître différentes obligations, selon les circonstances. Dans un cas où, comme en l’espèce avec la PNH, il n’y a toujours pas de traité conclu avec un groupe autochtone en particulier, l’honneur de la Couronne entraîne une obligation de la consulter lorsque les conditions décrites ci-dessous sont satisfaites. De plus, lorsque ces conditions sont remplies, l’honneur de la Couronne exige de plus, si nécessaire, que les droits pertinents du groupe autochtone en question soient raisonnablement accommodés (*Haïda*, précité, aux paragraphes 18, 20, 27 et 33).

[45] Les droits ancestraux qui sont pertinents à cette fin sont ceux protégés par 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], lequel reconnaît et confirme [TRADUCTION] « les droits existants — ancestraux ou issus de traits — des peuples autochtones du Canada » (*Hiawatha First Nation v. Ontario (Minister of the Environment)*, 2007 CanLII 3485, 27 C.E.L.R. (3d) 197 (C.S.J. Ont.),

at paragraph 50). For greater certainty, subsection 35(3) clarifies that, for this purpose, “treaty rights” includes “rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.”

[46] Given the constitutional dimension of the honour of the Crown, the duty to consult is a “constitutional imperative” (*Nlaka’pamux Nation Tribal Council v. British Columbia (Environmental Assessment Office)*, 2011 BCCA 78 [cited above], at paragraph 68). It seeks to provide protection to Aboriginal and treaty rights while furthering the goals of reconciliation between Aboriginal peoples and the Crown (*Rio Tinto*, above, at paragraph 34; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at paragraph 66).

[47] Once triggered, the content of the duty to consult and accommodate varies with the circumstances. The jurisprudence in this area continues to evolve. However, in general terms “the scope of the duty is proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed” (*Haida*, above, at paragraph 39).

[48] The present case solely concerns whether the preconditions that must be met to trigger a duty to consult were met. It does not concern the content of that duty, if the duty exists in respect of the ratification of the CCFIPPA.

[49] In *Haida*, above, at paragraph 35, the Supreme Court stated that the duty to consult “arises when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it”.

[50] In *Rio Tinto*, above, at paragraph 31, the Court elaborated on this test as follows:

au paragraphe 50). Le paragraphe 35(3) précise qu’il est entendu, aux fins de cette disposition, que sont compris parmi les « droits issus de traités » les « droits existants issus d’accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d’être ainsi acquis ».

[46] Étant donné la dimension constitutionnelle du principe d’honneur de la Couronne, l’obligation de consulter est un [TRADUCTION] « impératif constitutionnel » (*Nlaka’pamux Nation Tribal Council v. British Columbia (Environmental Assessment Office)*, 2011 BCCA 78 [précité], au paragraphe 68). Elle vise à protéger les droits ancestraux et les droits issus de traités, ainsi que la réalisation de l’objectif de la réconciliation des peuples autochtones et de la Couronne (*Rio Tinto*, précité, au paragraphe 34; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, au paragraphe 66).

[47] L’obligation de consulter et d’accommoder, une fois déclenchée, a un contenu qui varie selon les circonstances. La jurisprudence à cet égard continue d’évoluer. Cependant, en termes généraux, « l’étendue de l’obligation dépend de l’évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l’existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre » (*Haida*, précité, au paragraphe 39).

[48] La présente affaire porte seulement sur la question de savoir si les conditions préalables pour déclencher l’obligation de consulter étaient remplies. Elle ne porte pas sur la teneur de cette obligation, dans la mesure où celle-ci existe à l’égard de la ratification de l’Accord.

[49] Dans l’arrêt *Haida*, précité, la Cour suprême du Canada a mentionné, au paragraphe 35, que l’obligation de consultation « prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l’existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d’avoir un effet préjudiciable sur celui-ci ».

[50] Dans l’arrêt *Rio Tinto*, précité, au paragraphe 31, la Cour suprême du Canada a apporté les précisions suivantes à l’égard de ce critère :

This test can be broken down into three elements: (1) the Crown's knowledge, actual or constructive, of a potential Aboriginal claim or right; (2) contemplated Crown conduct; and (3) the potential that the contemplated conduct may adversely affect an Aboriginal claim or right.

[51] I will address each of these three elements of the test separately below. Although HFN also briefly stated in its application that Canada's duty to consult also arises from the Crown's fiduciary obligations towards First Nations Peoples and the *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, G.A. Resolution A/61/295, 13 September 2007, I agree with the respondents that the question of whether the alleged duty to consult is owed to HFN must be determined solely by application of the test set forth immediately above. I would add in passing that HFN did not pursue these assertions in either written or oral argument, and that, in a press release issued by Aboriginal Affairs and Northern Development Canada, entitled Canada's Statement of Support on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, that Declaration is described as "an aspirational document" and as "a non-legally binding document that does not reflect customary international law nor change Canadian laws". HFN did not make submissions or lead evidence to the contrary.

B. The Crown's Knowledge of HFN's Claims or Rights

[52] It is common ground between the parties that this element of the test is satisfied.

[53] In her affidavit, Ms. Sayers characterized HFN's asserted Aboriginal rights as including the following:

a. The right to harvest, manage, protect and use fish, wildlife, and other resources in HFN's traditional territory in priority to all other users, subject only to conservation;

Ce critère comporte trois volets : (1) la connaissance par la Couronne, réelle ou imputée, de l'existence possible d'une revendication autochtone ou d'un droit ancestral, (2) la mesure envisagée de la Couronne et (3) la possibilité que cette mesure ait un effet préjudiciable sur une revendication autochtone ou un droit ancestral. J'examinerai chacun de ces volets plus en détail. D'abord, quelques remarques générales sont de mise concernant la source et la nature de l'obligation de consulter.

[51] Je traiterai de chacun de ces trois volets du critère de manière distincte ci-dessous. Bien que la PNH ait aussi succinctement mentionné dans sa demande que l'obligation de consulter qui incombe au Canada découle aussi de l'obligation fiduciaire de la Couronne à l'égard des peuples des Premières Nations ainsi que de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Résolution A.G. A/61/295, 13 septembre 2007, je conviens avec les défendeurs que la question de savoir si l'obligation alléguée de consulter la PNH existe en l'espèce doit être tranchée uniquement au moyen de l'application du critère exposé immédiatement ci-dessous. J'ajouterai en passant que la PNH n'a pas fait valoir ces affirmations dans ses observations écrites ou orales, et que, dans un communiqué de presse publié par Affaires autochtones et Développement du Nord Canada, intitulé Énoncé du Canada appuyant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, on y décrit la déclaration comme étant « un document d'aspirations » qui n'est « pas juridiquement contraignante, ne constitue pas une expression du droit international coutumier et ne modifie pas les lois canadiennes ». La PNH n'a pas présenté d'observations ou produit de preuve à l'effet contraire.

B. La connaissance, par la Couronne, des droits ou des revendications de la PNH

[52] Les parties conviennent que ce volet du critère est satisfait.

[53] Dans son affidavit, M^{me} Sayers a décrit de la manière suivante les droits ancestraux revendiqués par la PNH :

[TRADUCTION]

a. Le droit, prioritairement à tous les autres usagers et sous réserve uniquement de la conservation des ressources, d'exploiter, de gérer, de protéger et d'utiliser les ressources halieutiques, fauniques et autres du territoire traditionnel de la PNH;

b. Rights to the commercial sale of fish, wildlife and other resources to earn a livelihood;

c. The right to have access to exclusive and preferred areas to harvest or use fish, wildlife and other resources in their traditional territory;

d. The right to protect the habitats that sustain fish, wildlife and other resources which the Hupacasath have a right to harvest;

e. The right to harvest, use and conserve fish, wildlife and other resources and to protect and manage the habitat of fish, wildlife and other resources in accordance with traditional Hupacasath laws, customs, and practices both in their traditional and their modern form; and

f. The right to build, maintain and occupy structures incidental to harvesting, using, managing or conserving fish, wildlife and other resources in HFN's territory.

[54] The respondents confirmed that they are aware that the foregoing Aboriginal rights have been advanced by HFN, both in treaty negotiations and in litigation. As is immediately apparent, those rights essentially relate to the use, management and conservation of land and resources within HFN's claimed territory. The respondents acknowledge that those rights are rooted in section 35 of the Constitution. It is those rights, and those rights alone, that are relevant for the analysis below.

C. The Contemplated Crown Conduct

[55] It is common ground between the parties that the contemplated Crown conduct in question is the ratification of the CCFIPPA.

D. The Potential That The Contemplated Conduct May Adversely Affect HFN's Asserted Aboriginal Rights

[56] In assessing whether this third element of the duty to consult test is met, it is critical to determine "the degree to which the conduct contemplated by the Crown would adversely affect" the asserted Aboriginal rights (*Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of*

b. Les droits de commercialiser les ressources halieutiques, fauniques et autres pour assurer sa subsistance;

c. Le droit d'avoir accès à des zones exclusives et privilégiées pour exploiter ou utiliser les ressources halieutiques, fauniques et autres à l'intérieur de leur territoire traditionnel;

d. Le droit de protéger les habitats qui permettent la survie des ressources halieutiques, fauniques et autres que les Hupacasaths ont le droit d'exploiter;

e. Le droit d'exploiter et d'utiliser les ressources halieutiques, fauniques et autres, de veiller à leur conservation, ainsi que de protéger et de gérer l'habitat de ces ressources conformément aux lois, coutumes et pratiques ancestrales des Hupacasath, autant sous leur forme traditionnelle que sous leur forme moderne;

f. Le droit de construire, d'entretenir et d'occuper des structures inhérentes à l'exploitation, à l'utilisation, à la gestion ou à la conservation des ressources halieutiques, fauniques et autres du territoire de la PNH.

[54] Les défendeurs ont confirmé qu'ils étaient au courant que les droits ancestraux qui précèdent avaient été mis de l'avant par la PNH lors de la négociation de traités et dans le contexte de litiges. On constate d'entrée de jeu que ces droits se rapportent essentiellement à l'usage, la gestion et la conservation des terres et des ressources à l'intérieur du territoire revendiqué par la PNH. Les défendeurs reconnaissent que ces droits trouvent leurs origines dans l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ce sont ces droits, et seulement ces droits, qui sont pertinents pour l'analyse qui suit.

C. La mesure envisagée de la Couronne

[55] Les parties conviennent que la mesure envisagée de la Couronne en l'espèce est la ratification de l'Accord.

D. La possibilité que la mesure envisagée ait un effet préjudiciable sur les droits ancestraux revendiqués par la PNH

[56] Pour se prononcer sur la question de savoir si ce troisième élément du critère relatif à l'obligation de consulter est rempli, il est crucial de déterminer « la mesure dans laquelle les dispositions envisagées par la Couronne auraient un effet préjudiciable » sur les droits

Canadian Heritage), 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388 (*Mikisew*), at paragraph 34). While a generous and purposive approach to this element is required, “[m]ere speculative impacts” will not suffice. There must be “an ‘appreciable adverse effect on the First Nations’ ability to exercise their aboriginal right” (*Rio Tinto*, above, at paragraph 46). Moreover, the claimant “must show a causal relationship between the proposed government conduct or decision and a potential for adverse impacts on pending Aboriginal claims or rights” (*Rio Tinto*, above, at paragraph 45).

[57] In this regard, adverse impacts extend to any effect that may prejudice a pending Aboriginal claim or right. This includes high-level management decisions or structural changes to the management of a resource that may adversely affect Aboriginal claims or rights, even if such decisions have no immediate impact on the resource or the land upon which it is situated (*Rio Tinto*, above, at paragraph 47), and even if later opportunities for consultations exist in respect of specific actions that may be taken pursuant to such high level decisions or structural changes (*Dene Tha’ First Nation v. British Columbia (Minister of Energy and Mines)*, 2013 BCSC 977, [2013] 11 W.W.R. 764, at paragraph 114).

[58] HFN submits that the ratification of the CCFIPPA is such a high-level management decision or structural change and has a non-speculative potential to adversely affect its asserted Aboriginal rights in an appreciable way, even if it will have no immediate impact on its lands or the resources situated thereon. In this regard, HFN adds that Canada’s agreement to be bound by the CCFIPPA “may set the stage for further decisions that will have a *direct* adverse impact on land and resources” [emphasis in original] (*Rio Tinto*, above, at paragraph 47), by granting Chinese investors enforceable rights which must be taken into account when any level of government in Canada makes any kind of resource management decision.

ancestraux revendiqués (*Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388 (*Mikisew*), au paragraphe 34). Bien que cet élément doive être interprété de manière généreuse et téléologique, « de simples répercussions hypothétiques » ne suffiront pas. Il doit y avoir « un [TRADUCTION] “effet préjudiciable important sur la possibilité qu’une Première nation puisse exercer son droit ancestral” » (*Rio Tinto*, précité, au paragraphe 46). De plus, la Première Nation revendicatrice « doit établir un lien de causalité entre la mesure ou la décision envisagée par le gouvernement et un effet préjudiciable éventuel sur une revendication autochtone ou un droit ancestral » (*Rio Tinto*, précité, au paragraphe 45).

[57] À cet égard, l’effet préjudiciable peut englober toute répercussion risquant d’avoir un effet préjudiciable sur une revendication autochtone ou un droit ancestral. Cela comprend les décisions de haute gestion ou les modifications structurelles apportées à la gestion des ressources qui risquent d’avoir un effet préjudiciable sur une revendication autochtone ou un droit ancestral, et ce, même si ces décisions n’ont pas d’effet immédiat sur les ressources ou sur les terres où se trouvent la ressource (*Rio Tinto*, précité, au paragraphe 47), ou si des possibilités de consultations se présentent par la suite à l’égard de mesures précises qui pourraient être prises conformément à de telles décisions de haute gestion ou modifications structurelles (*Dene Tha’ First Nation v. British Columbia (Minister of Energy and Mines)*, 2013 BCSC 977, [2013] 11 W.W.R. 764, au paragraphe 114).

[58] La PNH soutient que la ratification de l’Accord constitue une telle décision de haute gestion ou modification structurelle et qui pourrait, de manière non hypothétique, avoir des effets préjudiciables importants sur les droits ancestraux qu’elle revendique, et ce, en dépit du fait qu’elle n’aura aucun effet immédiat sur ses terres ou sur les ressources qu’on y trouve. À cet égard, la PNH ajoute que le consentement du Canada à être lié par l’Accord « peut ouvrir la voie à d’autres décisions ayant un effet préjudiciable *direct* sur les terres et les ressources » [en italique dans l’original] (*Rio Tinto*, précité, au paragraphe 47), en raison de l’octroi, aux investisseurs chinois, de droits exécutoires dont un palier de gouvernement au Canada doit tenir compte lorsqu’il prend quelque décision que ce soit en matière de gestion des ressources.

[59] For the reasons set forth below, I respectfully disagree. In my view, the evidence adduced during this proceeding does not demonstrate that any adverse impacts that the CCFIPPA may have upon HFN's asserted Aboriginal interests will be appreciable and non-speculative. On the contrary, I am satisfied that the adverse impacts which HFN has identified are speculative, remote and non-appreciable. In addition, HFN has not demonstrated the required causal link between the CCFIPPA and those claimed potential adverse impacts.

[60] HFN submitted that the ratification of the CCFIPPA is likely to give rise to the following two general categories of adverse effects:

a. The CCFIPPA will result in a significant change in the legal framework applicable to land and resource regulation in Canada, and that various potential adverse effects on its Aboriginal rights will flow from that change;

b. The rights granted to Chinese investors under the CCFIPPA will directly and adversely impact the scope of self-government which HFN can achieve, either through the exercise of its Aboriginal rights, through the treaty-making process, or through the exercise of delegated authority from Canada or the Government of British Columbia.

[61] I will address these two broad categories of claimed adverse effects separately below. However, I will first address a threshold issue raised by the respondents.

(i) *Can it be said that the CCFIPPA cannot, as a matter of law, trigger a duty to consult?*

[62] The respondents submit that the ratification of the CCFIPPA cannot, as a matter of law, trigger a duty to consult with HFN. This position is based primarily on its assertions that (i) the ratification of the CCFIPPA will not alter Canadian domestic law or require existing laws or regulations to be changed, and (ii) the authority of arbitral tribunals established under the CCFIPPA will not extend into the domestic sphere. In this latter regard,

[59] En toute déférence, je ne puis souscrire à cette prétention, et ce, pour les motifs exposés ci-dessous. À mon avis, la preuve produite dans la présente instance ne démontre pas que les effets préjudiciables que l'Accord pourrait avoir sur les droits ancestraux revendiqués par la PNH seront importants et non hypothétiques. Au contraire, je suis convaincu que les effets préjudiciables relevés par la PNH sont hypothétiques, improbables et non importants. De plus, la PNH n'a pas démontré l'existence du lien de causalité requis entre l'Accord et les effets préjudiciables potentiels allégués.

[60] La PNH a prétendu que la ratification de l'Accord entraînera probablement les deux catégories générales suivantes d'effets préjudiciables :

a. L'Accord entraînera un changement significatif dans le cadre juridique applicable à la réglementation en matière de terres et de ressources au Canada, et ce changement occasionnera divers possibles effets préjudiciables sur leurs droits ancestraux;

b. Les droits octroyés aux investisseurs chinois par l'Accord auront des effets directs préjudiciables sur le niveau d'autonomie gouvernementale que la PNH pourra réaliser, que ce soit par l'exercice de ses droits ancestraux, par l'entremise du processus de traité ou par l'exercice d'un pouvoir délégué par le Canada ou par le gouvernement de la Colombie-Britannique.

[61] Je traiterai de ces deux catégories d'effets préjudiciables allégués de manière séparée ci-dessous. Cependant, je me prononcerai d'abord sur une question initiale soulevée par les défendeurs.

i) *Peut-on affirmer que l'Accord ne peut, d'un point de vue juridique, donner naissance à une obligation de consulter?*

[62] Les défendeurs soutiennent que la ratification de l'Accord ne peut, d'un point de vue juridique, faire naître une obligation de consulter la PNH. Cette thèse repose principalement sur leurs affirmations selon lesquelles i) la ratification de l'Accord n'entraînera pas de modifications au droit national canadien et ne nécessitera pas de modifications aux lois et aux règlements en vigueur, et ii) le pouvoir des tribunaux arbitraux établis

the respondents note that the remedial powers of such tribunals will be restricted by the CCFIPPA to awarding monetary damages or restitution of property, solely against Canada and China. As a result, in the event a measure passed by HFN were found by an arbitral tribunal to be in breach of Canada's obligations under the CCFIPPA, the tribunal would have no power to enjoin the measure and it would be Canada, not HFN, that would be responsible for paying damages or providing restitution. Put differently, any awards issued by arbitral panels under the CCFIPPA will have no binding effect upon HFN.

[63] In support of their position, the respondents rely upon *R. v. Council of Canadians*, 2005 CanLII 28426 (Ont. S.C.J.) (*Council of Canadians – OSCJ*); affd 2006 CanLII 40222, 277 D.L.R. (4th) 527 (Ont. C.A.) (*Council of Canadians – ONCA*). There, the Ontario Court of Appeal upheld a finding of first instance that the fact that the arbitral tribunals set up under Chapter 11 of the NAFTA have not been incorporated into Canada's domestic law negated one possible basis for applying section 96 of the Constitution [*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] to those tribunals (*Council of Canadians – ONCA*, above, at paragraph 25). However, the Court then declined to address the broader question of whether a tribunal established pursuant to an international treaty is *per se* exempt from section 96, because it was satisfied that the NAFTA tribunals do not violate section 96.

[64] Section 96 of the Constitution [1867] states:

96. The Governor General shall appoint the Judges of the Superior, District, and County Courts in each Province, except those of the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick.

sous le régime de l'Accord ne s'étendra pas à la sphère nationale. Concernant ce dernier point, les défendeurs font observer que l'Accord limite les pouvoirs de redressement de ces tribunaux arbitraux à l'attribution de dommages-intérêts pécuniaires ou à la restitution de biens, et ce, seulement à l'encontre du Canada et de la Chine. Il s'ensuit que, dans l'éventualité où un tribunal arbitral devait conclure qu'une mesure adoptée par la PNH contrevient aux obligations qui incombent au Canada au titre de l'Accord, le tribunal arbitral n'aurait pas compétence pour l'interdire, et ce serait le Canada, et non la PNH, qui aurait la responsabilité de payer les dommages-intérêts ou de procéder à la restitution. Autrement dit, toute décision rendue par un tribunal arbitral sous le régime de l'Accord ne serait pas contraignante à l'égard de la PNH.

[63] Les défendeurs invoquent la décision *R. v. Council of Canadians*, 2005 CanLII 28426 (C.S.J. Ont.) (*Council of Canadians – CSJO*); conf. par 2006 CanLII 40222, 277 D.L.R. (4th) 527 (C.A. Ont.) (*Council of Canadians – CAON*) à l'appui de leur thèse. Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario avait confirmé la conclusion tirée en première instance selon laquelle le fait que les tribunaux arbitraux constitués sous le régime du chapitre 11 de l'ALÉNA n'avaient pas été intégrés dans le droit national canadien écartait l'un des possibles fondements pour appliquer l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5] (*Council of Canadians – CAON*, précité, au paragraphe 25). Cependant, la Cour avait ensuite refusé de se pencher sur la question plus large de savoir si un tribunal établi sous le régime d'un traité international est intrinsèquement exempté de l'application de l'article 96, parce qu'elle était convaincue que les tribunaux constitués en vertu de l'ALÉNA ne contrevenaient pas à l'article 96.

[64] L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit ce qui suit :

96. Le gouverneur-général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick.

[65] In the course of its reasons, the Court of Appeal observed that although this provision is “framed as an appointing power accorded to the federal government, it is now well established that s. 96 was designed to ensure the independence of the judiciary and to provide some uniformity to the judicial system throughout the country” (*Council of Canadians* – ONCA, above, at paragraph 31).

[66] In reaching the conclusion that Chapter 11 of the NAFTA had not been incorporated into Canada’s domestic law, the applications Judge observed that international law, which governs NAFTA tribunals, and domestic law, operate in different spheres (*Council of Canadians* – OSCJ, above, at paragraph 41). She then proceeded to conclude that the establishment of tribunals under NAFTA cannot breach the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter), because (i) those tribunals have no authority to change Canada’s domestic laws or practices, (ii) their jurisdiction is limited to the international law issues before them and the remedies are also circumscribed, (iii) nothing in the NAFTA compels Canada to amend its laws and practices, and (iv) the arbitration of claims that Canada has failed to honour its treaty obligations does not affect or determine the rights of Canadians (*Council of Canadians* – OSCJ, above, at paragraph 65).

[67] The respondents rely on the foregoing reasoning to assert that the CCFIPPA cannot, as a matter of law, trigger the constitutional duty to consult.

[68] In my view, the fact that the arbitration provisions in the NAFTA, or similar provisions in other FIPAs, may not attract section 96 of the Constitution [*Constitution Act, 1867*] or breach the Charter does not preclude the possibility that the ratification of such agreements may trigger the application of the

[65] Dans ses motifs, la Cour d’appel de l’Ontario a fait remarquer que, bien que cette disposition soit [TRADUCTION] « formulée comme étant un pouvoir de nomination accordé au gouvernement fédéral », il est maintenant bien établi que l’article 96 avait pour objet de garantir l’indépendance du pouvoir judiciaire et de donner une certaine uniformité au système judiciaire dans l’ensemble du pays » (*Council of Canadians* – CAON, précité, au paragraphe 31).

[66] En parvenant à la conclusion que le chapitre 11 de l’ALÉNA n’avait pas été intégré dans le droit national canadien, la juge de première instance avait fait remarquer que le droit international, qui régit les tribunaux arbitraux de l’ALÉNA, et le droit national ne s’appliquent pas dans les mêmes sphères (*Council of Canadians* – CSJO, précitée, au paragraphe 41). Elle a ensuite conclu que la création de tribunaux arbitraux sous le régime de l’ALÉNA ne peut contrevenir à la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte), parce que i) ces tribunaux arbitraux n’ont pas le pouvoir de modifier les lois ou les pratiques nationales, ii) parce que leur compétence est circonscrite aux questions de droit international dont ils sont saisis et que les mesures de redressement sont elles aussi limitées, iii) parce qu’aucune disposition de l’ALÉNA contraint le Canada à modifier ses lois et ses pratiques, et iv) parce que l’arbitrage de plaintes portant que le Canada ne s’est pas acquitté des obligations qui lui incombent au titre du traité n’a aucune incidence sur les droits des Canadiens et ne peut déterminer ceux-ci (*Council of Canadians* – CSJO, précitée, au paragraphe 65).

[67] Les défendeurs se fondent sur le raisonnement qui précède pour affirmer que l’Accord ne peut, d’un point de vue juridique, déclencher l’obligation constitutionnelle de consulter.

[68] À mon avis, le fait que les dispositions relatives à l’arbitrage contenues dans l’ALÉNA, ou les dispositions similaires contenues dans les autres APIE, n’entraînent pas l’application de l’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et ne contreviennent pas à la Charte n’exclut pas la possibilité que la ratification de telles ententes puisse

constitutional principle of the honour of the Crown and a duty to consult with First Nations prior to such ratification. One reason why this is so is that the duty to consult is triggered where there is simply a non-speculative possibility of appreciable impacts on asserted Aboriginal rights, whereas Charter rights are only triggered when there is a more serious risk that the alleged violation will occur (*Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, at paragraph 108; *Council of Canadians – OSCJ*, above, at paragraph 62). Absent other legal considerations that have not been addressed in this proceeding, the question may need to be determined on the basis of the facts and evidence in each case, namely, whether they establish the three elements required to trigger the duty to consult. In any event, given the conclusions that I have reached below regarding the facts and evidence in this case, it is not necessary to make a definitive determination on the respondents' position that the CCFIPPA cannot, as a matter of law, trigger the duty to consult.

[69] However, I will note in passing that the respondents' position on this point is inconsistent with provisions that are included in a number of final agreements that Canada has entered into with First Nations, which require it to consult with those First Nations prior to consenting to be bound by a new international treaty which would give rise to new international legal obligations that may adversely affect a right of the First Nations. (See for example *Maa-nulth First Nations Final Agreement*, December 9, 2006, at 1.7.1; *Lheidli T'enneh Final Agreement*, October 29, 2006, at paragraph 11 [in Chapter 2]; *Tla'amin Final Agreement*, at paragraph 24 [in Chapter 2]; *Yale First Nation Final Agreement*, at 2.8.1; and *Tsawwassen First Nation Final Agreement*, December 6, 2007, clauses 30 and 31 in Chapter 2; see also *Land Claims and Self-Government Agreement among the Tlicho and the Government of the Northwest Territories and the Government of Canada*, August 25, 2003, at 7.13.2).

donner naissance à l'application du principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne ainsi qu'à une obligation de consulter des Premières Nations avant que cette ratification n'ait lieu. L'une des raisons pour lesquelles il en est ainsi est qu'une simple possibilité non hypothétique d'effets importants sur les droits ancestraux revendiqués suffit pour déclencher l'obligation de consulter, alors que les droits garantis par la Charte interviennent uniquement en présence d'un risque plus sérieux que la violation alléguée aura lieu (*Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, au paragraphe 108; *Council of Canadians – CSJO*, précitée, au paragraphe 62). En l'absence des autres considérations juridiques qui n'ont pas été traitées dans la présente instance, la question peut devoir être tranchée en fonction des faits et sur la preuve dans chaque situation, soit, la question de savoir si la Première Nation a établi les trois éléments nécessaires pour faire naître l'obligation de consulter. De toute façon, étant donné les conclusions auxquelles je suis parvenu ci-dessous à l'égard des faits et de la preuve dans la présente affaire, il n'est pas nécessaire que je me prononce de manière définitive sur la thèse des défendeurs selon laquelle l'Accord ne peut, d'un point de vue juridique, faire naître l'obligation de consulter.

[69] Je ferai cependant remarquer au passage que la position des défendeurs à cet égard ne concorde pas avec les dispositions contenues dans un certain nombre d'accords définitifs que le Canada a conclus avec les Premières Nations et qui l'obligent à consulter les Premières Nations avant de consentir à être lié par un nouveau traité international qui ferait naître de nouvelles obligations juridiques internationales pouvant avoir des effets préjudiciables à l'égard d'un droit appartenant aux Premières Nations. (Voir, à titre d'exemple, *Accord définitif concernant les premières nations maa-nulthes*, 9 décembre 2006, au paragraphe 1.7.1; *Entente définitive des Lheidli T'enneh*, 29 octobre 2006, au paragraphe 11 [du chapitre 2]; *Accord définitif des Tla'amins*, au paragraphe 24 [du chapitre 2]; *Accord définitif de la Première Nation de Yale*, au paragraphe 2.8.1; et *Accord définitif de la Première Nation de Tsawwassen*, 6 décembre 2007, articles 30 et 31 du chapitre 2; voir aussi *Accord sur les revendications territoriales et l'autonomie*

gouvernementale entre le peuple Tlicho et le gouvernement des Territoires-du-Nord-Ouest et le gouvernement du Canada, 25 août 2003, à l'article 7.13.2).

(ii) *Effects flowing from a change in the legal framework applicable to land and resource regulation*

ii) *Les effets découlant d'un changement dans le cadre législatif applicable à la réglementation des terres et des ressources*

[70] HFN submits that the ratification of the CCFIPPA triggers the duty to consult because it grants Chinese investors new, substantive, and enforceable rights with respect to any investments they may hold, or maintain, in areas over which HFN asserts Aboriginal or treaty rights. HFN maintains that this constitutes a significant change in the legal landscape pertaining to its lands and resources because, among other things, those rights necessarily involve a restriction of the options open to the Crown to address HFN's asserted Aboriginal and treaty claims, and to protect the resources which are the subject of those claims.

[70] La PNH soutient que la ratification de l'Accord fait naître l'obligation de consulter, parce qu'elle accorde aux investisseurs chinois des droits nouveaux, matériels et exécutoires relativement aux investissements qu'ils peuvent détenir ou maintenir à l'intérieur de territoires au sujet desquels la PNH revendique des droits ancestraux ou des droits issus de traités. La PNH soutient que cela constitue une modification considérable dans le paysage juridique concernant ses terres et ses ressources parce que, entre autres, ces droits entraînent inéluctablement une limite quant aux possibilités dont dispose la Couronne pour répondre aux revendications ancestrales et fondées sur des traités de la PNH ainsi que pour protéger les ressources qui sont visées par ces revendications.

[71] It is common ground between the parties that there does not appear to have been a previous case in which the courts in Canada have been called upon to assess whether a duty to consult exists in respect of any other investment treaty or similar international agreement.

[71] Les parties conviennent qu'il ne semble pas y avoir eu de précédents dans lesquels les tribunaux canadiens avaient été appelés à se pencher sur la question de savoir s'il existe une obligation de consulter à l'égard de tout autre traité d'investissement ou d'un accord international similaire.

a. Duty to consult jurisprudence relied upon by HFN

a. La jurisprudence invoquée par la PNH concernant l'obligation de consulter

[72] In support of its assertion that ratification of the CCFIPPA would constitute a high-level management decision or structural change that has an appreciable and non-speculative potential to adversely affect its asserted Aboriginal rights, HFN relies on a line of cases in which a duty to consult was found to exist in respect of conduct that was found to meet this test.

[72] La PNH se fonde, à l'appui de son affirmation selon laquelle la ratification de l'Accord constituerait une décision de haute gestion ou un changement structurel qui aurait des effets préjudiciables importants et non hypothétiques sur les droits ancestraux qu'elle revendique, sur un ensemble de précédents dans lesquels on a conclu à l'existence de l'obligation de consulter à l'égard d'une mesure qui répondait à ce critère.

[73] I agree with the respondents that those cases are all distinguishable on the basis that the high-level decisions or structural changes in each of those cases all directly related to land or resources in respect of which Aboriginal peoples have asserted or established

[73] Je conviens avec les défendeurs que ces précédents peuvent tous être différenciés de la présente affaire, parce que les décisions de haut niveau ou les changements structurels dans chacun de ces précédents se rapportaient directement aux terres et aux ressources

Aboriginal rights. By contrast, the CCFIPPA is a broad, national framework investment treaty that does not directly relate to any particular lands or resources. Rather than being directly or even broadly related to land or resources, it is designed to protect and promote investment between Canada and China by ensuring basic legally binding rights and obligations to investors of both Contracting Parties.

[74] In *Hupacasath First Nation v. British Columbia (Minister of Forests) et al.*, 2005 BCSC 1712, 51 B.C.L.R. (4th) 133 (*Hupacasath*), the Crown conduct which gave rise to the duty to consult was the removal of certain lands from a tree farm license (TFL) within claimed HFN territory. It was determined that the removal of those lands from the TFL had the potential to result in a lower level of possible government intervention in the activities on the land than existed under the TFL regime. Justice Lynn Smith elaborated as follows at paragraph 223:

There is a reduced level of forestry management and a lesser degree of environmental over-sight. Access to the land by the Hupacasath becomes, in practical terms, less secure because of the withdrawal of the Crown from the picture. There will possibly be increased pressure on the resources on the Crown land in the TFL as a result of the withdrawal of the Removed Lands. The lands may now be developed and re-sold.

[75] Justice Smith added, among other things, that by agreeing to the removal of the lands in question from the TFL, “the Crown decided to relinquish control over the activities on the land, control that permitted a degree of protection of potential aboriginal rights over and above that which flows from the continued application of federal and provincial legislation” (*Hupacasath*, above, at paragraph 225). As further explained in the reasons below, no similar relinquishment of control or non-speculative attenuation of the Crown’s ability to

à l’égard desquelles les peuples autochtones en question avaient revendiqué des droits ancestraux ou en avaient établi l’existence. En revanche, l’Accord est un traité général créant un cadre national d’investissement et qui ne se rapporte pas directement à des terres ou à des ressources en particulier. Le traité ne se rapporte pas directement, ou même de façon générale, aux terres ou aux ressources; il a plutôt pour objet de protéger et promouvoir les investissements entre le Canada et la Chine en garantissant l’existence de droits et obligations élémentaires et exécutoires à l’égard des investisseurs des deux Parties contractantes.

[74] Dans la décision *Hupacasath First Nation v. British Columbia (Minister of Forests) et al.*, 2005 BCSC 1712, 51 B.C.L.R. (4th) 133 (*Hupacasath*), la mesure de la Couronne qui a fait naître l’obligation de consulter était le fait que certaines terres avaient été exclues d’une concession de ferme forestière (CFF) à l’intérieur du territoire revendiqué par la PNH. On avait conclu que le fait que ces terres avaient été exclues de la CFF pouvait entraîner un plus faible degré d’intervention gouvernementale dans les activités sur la terre que celui existant sous le régime de la CFF. La juge Lynn Smith a donné des détails suivants au paragraphe 223 :

[TRADUCTION] Il y a baisse du niveau de gestion forestière ainsi qu’une baisse plus importante de la surveillance environnementale. Le retrait de la Couronne fait en sorte que, concrètement, l’accès à la terre par les Hupacasath devient moins certain. Il y aura possiblement une pression accrue sur les ressources des terres de la Couronne à l’intérieur de la CFF en raison du fait que les terres exclues n’y sont pas assujetties. Les terres peuvent maintenant faire l’objet de développement et être revendues.

[75] La juge Smith a entre autres ajouté qu’en consentant à exclure les terres en question de la CFF, [TRADUCTION] « la Couronne décidait de renoncer au contrôle des activités sur les terres, contrôle qui permettait un degré de protection des possibles droits ancestraux supérieur à celui qui découle de l’application continue de la législation fédérale et provinciale » (*Hupacasath*, précitée, au paragraphe 225). Comme je l’explique plus en détail dans les motifs ci-dessous, la ratification de l’Accord n’entraînera pas une telle

protect HFN's asserted Aboriginal rights will occur as a result of the ratification of the CCFIPPA.

[76] In *Gitksan First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2002 BCSC 1701, 10 B.C.L.R. (4th) 126, Justice Tysoe found that the Minister of Forests' consent to a change in corporate control of a company which held a TFL gave rise to a duty to consult. In reaching that conclusion, Justice Tysoe found that the change in the controlling mind of the company, as well as the fact that the effect of the change in control was to protect the company from bankruptcy, gave rise to a non-speculative potential for an adverse effect on the First Nation applicant's Aboriginal rights and title. This was in part due to the fact that the philosophy of the persons making the decisions associated with the licenses may have changed. In addition, any sale by a trustee in bankruptcy (in the absence of such a change in control) would have required the Minister's consent, and he would have been required to consult with the applicants before giving such consent. Once again, ratification of the CCFIPPA has no similar non-speculative potential to adversely impact upon any of the lands or resources over which HFN has asserted Aboriginal rights.

[77] Likewise, the Crown conduct at issue in the other duty to consult cases relied upon by HFN also directly concerned the applicant First Nations' claimed lands or specific resources on those lands. For example:

• In *Huu-Ay-Aht First Nation et al. v. The Minister of Forests et al.*, 2005 BCSC 697, 33 Admin. L.R. (4th) 123, the Crown conduct was a forest and range revitalization policy which, among other things, took back 20 percent of the annual allowable cut from major replaceable forest licences and tree farm licences throughout the province, and allocated back to First Nations some of what was taken, based upon a formula that was rejected by the applicants. The Crown unsuccessfully argued that a duty to consult did not arise until a future

renonciation au contrôle des activités ou diminution non hypothétique de la capacité de la Couronne à protéger les droits ancestraux que la PNH revendique.

[76] Dans la décision *Gitksan First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2002 BCSC 1701, 10 B.C.L.R. (4th) 126, le juge Tysoe concluait que le consentement donné par le ministre des Forêts à un changement dans le contrôle d'une société qui détenait une CFF faisait naître l'obligation de consulter. En parvenant à cette conclusion, le juge Tysoe a jugé que le changement de tête dirigeante de la société, ainsi que le fait que ce changement avait eu pour effet de mettre la société à l'abri de la faillite, entraînait un possible effet préjudiciable non hypothétique à l'égard des droits ancestraux et du titre aborigène de la Première Nation demanderesse. Cela était en partie attribuable au fait que les personnes qui prenaient les décisions à l'égard des concessions pouvaient changer de philosophie. De plus, toute vente faite par un syndic de faillite (en l'absence d'un tel changement dans le contrôle de la société) aurait nécessité le consentement du ministre, lequel aurait eu l'obligation de consulter la demanderesse avant de donner un tel consentement. Une fois de plus, la ratification de l'Accord n'a pas un tel potentiel non hypothétique d'avoir des effets préjudiciables sur les terres ou les ressources à l'égard desquelles la PNH a revendiqué des droits ancestraux.

[77] Dans la même veine, les mesures de la Couronne qui étaient en cause dans les autres précédents relatifs à l'obligation de consulter que la PNH a invoqués concernaient aussi directement les terres revendiquées par les Premières Nations demanderesse ou les ressources précises de ces terres. Par exemple :

• Dans la décision *Huu-Ay-Aht First Nation et al. v. The Minister of Forests et al.*, 2005 BCSC 697, 33 Admin. L.R. (4th) 123, la mesure de la Couronne consistait en une politique de revitalisation de la forêt et des parcours naturels qui, entre autres choses, reprenait 20 p. 100 des droits de coupe annuels des permis remplaçables d'exploitation forestière majeure et des concessions de ferme forestière dans l'ensemble de la province et en avait redistribué une partie aux Premières Nations, selon une formule qui avait été rejetée par la demanderesse.

point in time at which decisions to grant or renew specific licences on specific parcels of land occurred.

- In *Dene Tha' First Nation v. Canada (Minister of Environment)*, 2006 FC 1354, 25 C.E.L.R. (3d) 247, the Crown conduct at issue was the design of an oversight mechanism, or blueprint, for the construction of the Mackenzie Gas Pipeline (MGP), from which all ensuing environmental and review processes would flow. That mechanism, or Cooperation Plan, conferred no rights, but established the means by which future activities in relation to the MGP, which ran through the applicant's territory, would be managed.

- In *Kwicksutaineuk Ah-Kwa-Mish First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 517, 45 Admin. L.R. (5th) 58, the Crown conduct at issue was the reissuance of finfish aquaculture licences in the applicant's territories by the federal government following the assumption of this jurisdiction from the provincial government. The applicant sought consultation because it was concerned that the licences authorizing aquaculture at particular farm sites posed significant risks to the health of nearby wild fisheries, upon which the exercise of their Aboriginal fishing rights depended.

- In *Squamish Nation et al. v. Minister of Sustainable Resource Management et al.*, 2004 BCSC 1320, 34 B.C.L.R. (4th) 280 (*Squamish*), the Crown conduct at issue was a decision to allow a change in the control and expansion of a proposed ski and golf resort, on lands over which the applicant claimed Aboriginal rights and title. In the course of finding that a duty to consult existed, the Court characterized the practical implications of the decision to allow a change in control as having been "dramatic" (*Squamish*, above, at paragraph 78).

La Couronne a prétendu, sans succès, qu'une obligation de consulter ne prenait pas naissance avant que ne soit prise l'éventuelle décision d'octroyer ou de renouveler des permis spécifiques relatifs à des parcelles de terre en particulier.

- Dans la décision *Première Nation Dene Tha' c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2006 CF 1354, la mesure de la Couronne en cause était l'élaboration d'un mécanisme ou d'un plan de surveillance relativement à la construction du gazoduc Mackenzie (GM), duquel tous les processus environnementaux et d'examen à venir découleraient. Ce mécanisme, ou plan de coopération, ne conférait aucun droit, mais établissait les moyens par lesquels les éventuelles activités en lien avec le GM, qui traversait le territoire de la demanderesse, seraient gérées.

- Dans la décision *Première Nation Kwicksutaineuk Ah-Kwa-Mish c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 517, la mesure de la Couronne en cause était le renouvellement des permis d'aquaculture de poissons qui étaient situées à l'intérieur des territoires de la demanderesse par le gouvernement fédéral après avoir assumé la compétence à cet égard, laquelle était jusque-là assumée par le gouvernement provincial. La demanderesse demandait à être consultée, parce qu'elle était préoccupée du fait que les licences autorisant l'aquaculture de poissons dans certains sites présentaient des risques importants à l'égard de la santé des poissons sauvages de la région, dont ils avaient besoin pour exercer leurs droits de pêche ancestraux.

- Dans la décision *Squamish Nation et al. v. Minister of Sustainable Resource Management et al.*, 2004 BCSC 1320, 34 B.C.L.R. (4th) 280 (*Squamish*), la mesure de la Couronne en cause était une décision de permettre un changement de contrôle ainsi que l'expansion d'un centre de ski/club de golf projeté sur des terres à l'égard desquelles la demanderesse revendiquait des droits ancestraux et le titre aborigène. Dans sa conclusion selon laquelle il existait une obligation de consulter, la Cour a qualifié de [TRADUCTION] « dramatiques » les conséquences concrètes de la décision de permettre le changement de contrôle (*Squamish*, précitée, au paragraphe 78).

[78] The foregoing cases all involved Crown conduct which directly concerned the applicant First Nation's claimed territories or the resources situated upon those territories. They are all distinguishable from the ratification of the CCFIPPA, because the CCFIPPA does not address any specific lands, potential projects involving specific lands, or specific resources. It is simply a broad, national, framework agreement that provides additional legal protections to Chinese investors in Canada, and Canadian investors in China, which parallel the rights provided in several existing investment protection and trade agreements to which Canada is already a party.

b. Potential adverse effects identified by HFN

[79] Nevertheless, it remains important to consider each of the principal adverse impacts on its Aboriginal rights that HFN alleges may result from the ratification of the CCFIPPA. For the reasons set forth below, I have concluded that each of those claimed impacts are speculative and non-appreciable. In the absence of more specific asserted interests that may be adversely impacted and more specific measures that may be found to contravene the CCFIPPA, it is also difficult to ascertain the required causal link between the CCFIPPA and a potential adverse impact on HFN's asserted Aboriginal interests.

[80] It is common ground between the parties that the jurisprudence on what is or is not a speculative or non-appreciable impact is not well developed.

[81] HFN's principal concern appears to be the possibility that the rights conferred upon Chinese investors under the CCFIPPA may be used to challenge or discourage measures which would have the effect of preserving lands and resources that are the subject of its asserted Aboriginal claims. Stated differently, HFN submits that the CCFIPPA may oblige or lead Canada to refrain from taking certain types of measures which would otherwise have been open to it to address conflicts that may develop between Chinese investors and

[78] Les affaires susmentionnées portaient toutes sur des mesures de la Couronne qui se rapportaient directement aux territoires revendiqués par la Première Nation demanderesse ou aux ressources situées sur ces territoires. Elles peuvent toutes être différenciées de la ratification de l'Accord, parce que l'Accord ne porte pas sur des terres en particulier, ni sur d'éventuels projets concernant des terres précises, ni sur des ressources précises. Il s'agit simplement d'un accord consistant en un vaste cadre national qui confère des protections juridiques supplémentaires aux investisseurs chinois au Canada ainsi qu'aux investisseurs canadiens en Chine et qui vont de pair avec les droits prévus par plusieurs traités de protection des investissements en vigueur et dans plusieurs accords commerciaux auxquels le Canada est déjà partie.

b. Les effets préjudiciables potentiels relevés par la PNH

[79] Néanmoins, il est toujours important d'examiner chacun des principaux effets préjudiciables que, selon ce qu'allègue la PNH, la ratification de l'Accord pourrait avoir sur ses droits ancestraux. Pour les motifs exposés ci-dessous, j'ai conclu que chacun de ces effets allégués est hypothétique et non important. En l'absence de droits revendiqués plus précis qui pourraient subir des effets préjudiciables et de mesures plus précises qui pourraient être jugées comme contrevenant à l'Accord, il est aussi difficile d'identifier l'existence du lien de causalité requis entre l'Accord et l'effet préjudiciable potentiel sur les droits ancestraux revendiqués par la PNH.

[80] Les parties conviennent que la jurisprudence est peu développée quant à la question de savoir ce qu'est un effet non hypothétique et important.

[81] La principale préoccupation de la PNH semble être la possibilité que les droits conférés aux investisseurs chinois au titre de l'Accord puissent être invoqués pour contester ou pour décourager des mesures qui auraient pour effet de préserver les terres et les ressources qui sont visées par ses droits ancestraux revendiqués. Autrement dit, la PNH soutient que l'Accord peut contraindre ou mener le Canada à s'abstenir de prendre certains types de mesures qu'il lui aurait sinon été loisible de prendre pour régler des différends

HFN, for example, if HFN takes action to protect its lands and resources for the future.

[82] With respect to the potential “chilling effect” of the CCFIPPA on the government, HFN asserts that even the spectre of potentially substantial awards that may be issued by arbitral panels in favour of Chinese investors may well factor into Canada’s analysis of whether to proceed with a proposed measure to protect HFN’s asserted Aboriginal rights. In this regard, HFN placed significant weight on evidence provided by Mr. MacKay, Acting Director, Investment Trade Policy Division, Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT). In cross-examination, Mr. MacKay confirmed that, when developing regulatory or other policy initiatives, including measures that may be taken to accommodate Aboriginal peoples, the responsible government department is strongly advised to consult with the government’s Trade Law Bureau to ensure that the obligations or measures in question are consistent with Canada’s international trade and investment obligations (cross-examination on affidavit of Vernon John MacKay, April 3, 2013 (MacKay cross), applicant’s record, Volume II, at pages 482, 483 and 537).

[83] Given the foregoing, HFN further maintains that ratification of the CCFIPPA will significantly change the equation for the balancing exercise that the Crown is required to conduct where accommodation is required in making decisions that may adversely affect HFN’s asserted Aboriginal interests. As a result, HFN states that those interests will be less likely to receive the protection which is currently required in order to maintain the honour of the Crown. For example, if HFN’s preferred form of accommodation would expose Canada to significant potential liability to one or more Chinese investors, this may be a factor in Canada’s determination of whether such a measure is reasonable.

qui pourraient surgir entre les investisseurs chinois et la PNH, par exemple, si la PNH adopte des mesures en vue de protéger ses terres et ses ressources pour l’avenir.

[82] En ce qui a trait à [TRADUCTION] « l’effet dissuasif » que l’Accord pourrait avoir sur le gouvernement, la PNH affirme que même la possibilité que les tribunaux arbitraux accordent des dommages-intérêts importants en faveur des investisseurs chinois pourrait bien entrer en ligne de compte dans l’analyse que fera le Canada quant à la question de savoir s’il va de l’avant avec une mesure proposée qui vise à protéger les droits ancestraux revendiqués par la PNH. À cet égard, la PNH a accordé un poids important au témoignage donné par M. MacKay, le Directeur intérimaire de la Division de la politique commerciale sur l’investissement du ministère des Affaires étrangères et Commerce international (le MAÉCI). Il a confirmé en contre-interrogatoire que les ministères chargés de l’élaboration de mesures réglementaires ou de d’autres initiatives stratégiques, y compris de mesures qui peuvent être adoptées en vue d’accommoder les peuples autochtones, sont fortement conseillés de consulter la Direction générale du droit commercial pour s’assurer que les obligations ou les mesures en question sont compatibles avec les obligations du Canada en matière de commerce international et d’investissements internationaux (contre-interrogatoire sur affidavit de Vernon John MacKay, le 3 avril 2013 (le contre-interrogatoire de MacKay), dossier de la demanderesse, volume II, aux pages 482, 483 et 537).

[83] Compte tenu de ce qui précède, la PNH soutient aussi que la ratification de l’Accord entraînera un changement important dans les facteurs qui seront pris en compte dans le contexte de l’exercice de pondération que la Couronne a l’obligation d’effectuer dans les cas où des accommodements sont requis lorsqu’elle prend des décisions qui pourraient avoir des effets préjudiciables sur les droits ancestraux revendiqués par la PNH. La PNH affirme par conséquent que ces droits seront moins susceptibles de recevoir la protection qui est effectivement requise pour préserver l’honneur de la Couronne. Par exemple, si la forme d’accommodement que privilégierait la PNH pouvait exposer le Canada à

[84] In support of its positions, HFN relied primarily upon the experience to date under the NAFTA, the international experience with agreements providing for investor-state arbitration, and the ongoing uncertainty regarding how arbitral panels are likely to assess claims under the CCFIPPA. However, HFN also encouraged the Court to look beyond the experience to date under NAFTA and other international trade and investment agreements, because that experience has been limited and continues to evolve. HFN also dismissed Canada's experience under the approximately 24 bilateral investment protection treaties that are currently in force, on the basis that, in most cases, the other party to the treaty has little investment in Canada. In contrast, HFN noted that Chinese investment in Canada increased from approximately \$228 million in 2003 to over \$12 billion in 2009, prior to the acquisition earlier this year of Nexen Inc. by CNOOC Ltd., a Chinese state-owned oil company, in a transaction valued at approximately \$15 billion. HFN attaches further significance to the fact that much of the investment in Canada by Chinese entities to date has been by enterprises having links to the Chinese government, which HFN contends has been reported to have a strong, centralized interest in securing natural resources in Canada and elsewhere.

[85] With respect to the NAFTA, HFN notes that it is the only other international trade or investment agreement with investor-state arbitration provisions, under which Canada hosts a significant level of foreign investment. HFN observes that most of the obligations in the CCFIPPA are the same as those set out in the NAFTA, and that as a result of its experience under the NAFTA, Canada ranks sixth on a list of 90 countries published by the United Nations Conference on Trade and Development in 2012, in terms of claims made by

une responsabilité potentielle importante à l'égard d'un ou de plusieurs investisseurs chinois, cela pourrait être pris en compte lorsque le Canada déterminera si une telle mesure est raisonnable.

[84] À l'appui de ses prétentions, la PNH se fondait surtout sur l'expérience sous le régime de l'ALÉNA, sur celle acquise par d'autres dans le cadre des accords prévoyant l'arbitrage opposant un investisseur et un État et sur l'incertitude actuelle quant à la manière dont les tribunaux arbitraux vont probablement examiner les réclamations fondées sur l'Accord. Cependant, la PNH a aussi encouragé la Cour à aller au-delà de l'expérience acquise à ce jour sous le régime de l'ALÉNA et des autres accords internationaux en matière de commerce et d'investissement, parce que cette expérience est restreinte et qu'elle continue d'évoluer. La PNH a aussi écarté l'expérience du Canada dans le cadre des quelque 24 traités bilatéraux de protection des investissements qui sont actuellement en vigueur, au motif que, dans la plupart des cas, l'autre partie au traité a peu investi au Canada. En revanche, la PNH a fait remarquer que les investissements chinois au Canada se sont accrus : ils ont passé d'environ 228 millions de dollars en 2003 à plus de 12 milliards de dollars en 2009, et ce, avant l'acquisition, un peu plus tôt cette année, de Nexen Inc. par CNOOC Ltd., une société d'État chinoise œuvrant dans le secteur du pétrole, dans le cadre d'une transaction évaluée à environ 15 milliards de dollars. La PNH accorde aussi beaucoup d'importance au fait qu'une grande partie des investissements réalisés par les sociétés chinoises au Canada jusqu'à maintenant provenaient d'entreprises ayant des liens avec le gouvernement chinois, lequel aurait, selon la PNH, un intérêt important et centralisé à obtenir des ressources naturelles au Canada ainsi qu'ailleurs dans le monde.

[85] En ce qui a trait à l'ALÉNA, la PNH mentionne qu'il s'agit du seul autre accord international en matière de commerce ou d'investissement qui prévoit des instances d'arbitrage opposant un investisseur et un État dans le cadre duquel le Canada reçoit une importante quantité d'investissements étrangers. La PNH fait observer que la plupart des obligations prévues dans l'Accord sont les mêmes que celles prévues dans l'ALÉNA, et qu'en raison de son expérience au sein de l'ALÉNA, le Canada se classe sixième sur une liste de 90 pays qui a

foreign investors against governments. HFN further observes that whereas the NAFTA can be terminated at any time by any of its three signatories with one year's notice, the CCFIPPA has a minimum period of 15 years and its protection for investments existing at the end of that period will extend for a further 15 years.

[86] With respect to legal uncertainty, HFN makes two general points. First, it notes that the arbitrators who will be appointed to adjudicated claims brought under the CCFIPPA are not judges and are not provided with the hallmarks of judicial independence, such as security of tenure and financial security. It notes that Mr. Van Harten provided evidence, which does not appear to be disputed, that many arbitrators work as counsel while also working as arbitrators. Second, it notes that there is a significant level of uncertainty regarding how important provisions in the CCFIPPA will be applied. This will be discussed further below. In general, it states that arbitrators' decisions under the CCFIPPA will be subject to judicial review on a very limited basis, and that to date, judicial reviews of decisions by tribunals constituted under the NAFTA have been dismissed in their entirety, with one exception (*Metalclad Corporation v. United Mexican States* (August 30, 2000), ICSID Case No. ARB (AF)/97/1), where a portion of the award was set aside.

[87] HFN acknowledges that arbitral awards under the CCFIPPA can only be made against, and bind, the parties to the CCFIPPA, i.e., China and Canada, pursuant to Article 32 of the CCFIPPA. Specifically, it acknowledges that an arbitral panel would have no power to invalidate a measure that may be adopted by HFN or Canada to protect HFN's asserted interests. It also acknowledges the possibility that the parties to the CCFIPPA may choose to simply pay damage awards and maintain regulations or other measures that have been found to contravene the CCFIPPA. However, based on

été publiée par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement en 2012 en ce qui a trait aux réclamations faites par des investisseurs étrangers à l'encontre de gouvernements. La PNH fait de plus remarquer que, alors que l'ALÉNA peut être dénoncé à tout moment par un de ses trois signataires au moyen d'un préavis d'un an, l'Accord restera en vigueur pendant une période d'au moins 15 années et la protection qu'il confère aux investissements faits avant la fin de cette période restera en vigueur pendant une période additionnelle de 15 années.

[86] La PNH présente deux points d'ordre général en ce qui a trait à l'incertitude juridique. Premièrement, elle relève que les arbitres qui seront désignés pour trancher les plaintes intentées en vertu de l'Accord ne sont pas des juges et qu'ils ne jouissent pas des caractéristiques de l'indépendance judiciaire, comme l'inamovibilité et la sécurité financière. La demanderesse relève que M. Van Harten a relaté dans son témoignage, et ce point ne semble pas être contesté, que de nombreux arbitres exercent aussi la profession d'avocat. Deuxièmement, elle relève qu'il y a un degré important d'incertitude quant à la manière dont les dispositions importantes de l'Accord seront appliquées. Ce point sera abordé davantage ci-dessous. D'un point de vue général, elle affirme que les décisions rendues par les arbitres sous le régime de l'Accord pourront faire l'objet d'un contrôle judiciaire uniquement pour des motifs très limités et que, à ce jour, les demandes de contrôle judiciaire visant des décisions rendues par des tribunaux constitués sous le régime de l'ALÉNA ont été rejetées dans leur intégralité, à une exception près (*Metalclad Corporation v. United Mexican States* (30 août 2000), ICSID Case No. ARB (AF)/97/1), où une partie de la décision a été annulée.

[87] La PNH reconnaît que les décisions arbitrales rendues sous le régime de l'Accord peuvent uniquement être prononcées à l'encontre des parties à l'Accord, c'est-à-dire, le Canada et la Chine, et qu'elles ont force obligatoire uniquement entre celles-ci, conformément à l'article 32 de l'Accord. Plus précisément, elle reconnaît qu'un tribunal arbitral n'a pas compétence pour invalider une mesure que la PNH ou le Canada pourrait adopter en vue de protéger les droits revendiqués par la PNH. La demanderesse reconnaît qu'il est possible que les parties à l'Accord choisissent simplement de

terms that are contained in various final agreements that the Government of Canada has entered into with First Nations, it asserts that it is likely that HFN will be required to remedy any measures that it may implement (assuming that it eventually enters into a Final Agreement containing similar terms), if those measures are found to contravene the CCFIPPA. HFN maintains that Canada is not likely to maintain any such measures in the face of such a finding.

[88] In addition to the foregoing general submissions, HFN makes various specific submissions with respect to articles 4 and 10 of the CCFIPPA, which deal with the minimum standard of treatment to be accorded to Chinese investors, and expropriation, respectively. It appears to be common ground between the parties that, based on past experience internationally, if any challenges are brought by Chinese investors under the CCFIPPA, they are more likely to be based on one or both of these two provisions than on other provisions. HFN adds that these are the two provisions that have been most likely to lead to significant awards under other investment treaties.

[89] HFN also made submissions with respect to the scope of certain of the exceptions in the CCFIPPA, including (i) measures that Canada has reserved the right to adopt pursuant to Annex B.8, which includes measures denying Chinese investors any rights or preferences provided to Aboriginal peoples, and (ii) environmental measures.

[90] The parties' submissions with respect to the provisions in the CCFIPPA pertaining to minimum standard of treatment (MST), expropriation and exceptions are discussed separately below.

[91] However, before addressing those submissions, I pause to note that, in the absence of a modern treaty, it appears to be common ground between the parties

verser les dommages-intérêts et de laisser en vigueur la réglementation ou les autres mesures qui ont été jugées contraires à l'Accord. Cependant, compte tenu des modalités qui sont contenues dans les diverses ententes définitives que le gouvernement du Canada a conclues avec les Premières Nations, la demanderesse prétend qu'il est peu probable qu'elle ait l'obligation d'offrir une réparation relativement aux mesures qu'elle pourrait mettre en œuvre (si l'on tient pour acquis qu'elle conclura ultérieurement une entente définitive contenant des modalités similaires), dans l'éventualité où ces mesures sont jugées contraires à l'Accord. La PNH maintient qu'il est peu probable que le Canada maintienne de telles mesures si une telle conclusion est prononcée.

[88] En plus des observations générales exposées ci-dessus, la PNH a formulé diverses observations portant précisément sur l'article 4 et sur l'article 10 de l'Accord, qui traitent respectivement de la norme minimale de traitement qui doit être accordée aux investisseurs étrangers et de l'expropriation. Les parties conviennent que, selon les expériences internationales antérieures, si les investisseurs chinois intentent des contestations au titre de l'Accord, celles-ci seront probablement fondées sur l'une de ces deux dispositions, ou sur les deux, plutôt que sur d'autres dispositions. La PNH ajoute qu'il s'agit là des deux dispositions qui ont été les plus susceptibles d'entraîner l'adjudication de montants importants sous le régime des autres traités d'investissement.

[89] La PNH a aussi fait des observations au sujet de la portée de certaines des exceptions prévues à l'Accord, y compris i) les mesures que le Canada se réserve le droit d'adopter conformément à l'annexe B.8, lesquelles comprennent des mesures n'accordant pas aux investisseurs chinois des droits ou des privilèges accordés aux peuples autochtones, et ii) les mesures environnementales.

[90] Les observations des parties au sujet des dispositions de l'Accord relatives à la norme minimale de traitement (la NMT), à l'expropriation et aux exceptions sont abordées de manière distincte ci-dessous.

[91] Cependant, avant de me pencher sur ces observations, je m'empresse de faire observer que, en l'absence d'un traité moderne, il semble que les parties s'entendent

that the HFN's existing law-making powers are limited to the authority provided under sections 81 and 83 of the *Indian Act*, above. Section 81 authorizes band councils to make by-laws that are not inconsistent with that legislation or any regulation made by the Governor in Council or the Minister, regarding various purposes, including health, traffic, zoning and land use planning, construction and maintenance of buildings and infrastructure, the protection of wildlife and gaming. Section 83 provides the authority for band councils to make by-laws, subject to the Minister's approval, pertaining to matters such as local taxation, the licensing of businesses, the appointment of local officials, the payment of local officials and the raising of money from band members to support band projects. HFN laws passed pursuant to sections 81 and 83 apply only on HFN reserves (*R. v. Alfred*, 1993 CanLII 272, [1994] 3 C.N.L.R. 88 (B.C.S.C.), at paragraph 18).

[92] HFN also has a Land Use Plan that Ms. Sayers acknowledged is consultative in nature (cross-examination on affidavit of Carolyne Brenda Sayers (Sayers cross), respondent's record, Volume III, at pages 919–921). An important component of that plan is HFN's Cedar Access Strategy, which, like the Land Use Plan, HFN seeks to implement with the consent and cooperation of third parties (Sayers cross, at page 922). It appears to be common ground between the parties that, as consultation documents (rather than legal instruments), the Land Use Plan and the Cedar Access Strategy are not instruments that fall within the potential scope of the CCFIPPA.

1. Minimum standard of treatment

[93] The provisions with respect to MST are set forth in Article 4 of the CCFIPPA. Pursuant to paragraph 1 of Article 4, the Contracting Parties are required to “accord to covered investments fair and equitable treatment and full protection and security, in accordance with international law.” Pursuant to paragraph 2 of Article 4,

pour dire que les pouvoirs législatifs dont dispose la PNH se limitent à ceux conférés par les articles 81 et 83 de la *Loi sur les Indiens*, précitée. L'article 81 autorise les conseils de bande à prendre des règlements administratifs qui ne sont pas incompatibles avec la *Loi sur les Indiens* ou avec un règlement pris par le gouverneur en conseil ou par le ministre relativement à divers objets, y compris la santé, la circulation, le zonage et la planification et l'aménagement du territoire, la construction ainsi que l'entretien des bâtiments et des infrastructures, la protection de la faune et le jeu. L'article 83 accorde aux conseils de bande le pouvoir de prendre des règlements administratifs, sous réserve de l'approbation du ministre, pour des objets tels que les taxes locales, la délivrance de permis, la nomination de fonctionnaires locaux, la rémunération des fonctionnaires locaux et la réunion de fonds provenant des membres de la bande et destinés à supporter des entreprises de la bande. Les lois que la PNH adopte en vertu des articles 81 et 83 s'appliquent uniquement sur les réserves de la PNH (*R. v. Alfred*, 1993 CanLII 272, [1994] 3 C.N.L.R. 88 (C.S.C.-B.), au paragraphe 18).

[92] La PNH est aussi dotée d'un plan d'aménagement du territoire, que M^{me} Sayers reconnaît être de nature consultative (contre-interrogatoire sur affidavit de Carolyne Brenda Sayers (le contre-interrogatoire de Sayers), dossier des défendeurs, volume III, aux pages 919 à 921). Un des éléments importants de ce plan est la Stratégie d'accès au cèdre (Cedar Access Strategy) (la CAS) de la PNH, que, à l'instar de son plan d'aménagement du territoire, la PNH cherche à mettre en œuvre avec le consentement et la coopération de tierces parties (contre-interrogatoire de Sayers, à la page 922). Les parties semblent s'entendre sur le fait que, à titre de documents consultatifs (et non de documents juridiques), le plan d'aménagement du territoire et la CAS ne sont pas des documents qui relèvent du champ d'application potentiel de l'Accord.

1. La norme minimale de traitement

[93] Les dispositions relatives à la NMT sont exposées à l'article 4 de l'Accord. Conformément au paragraphe 1 de l'article 4, les parties contractantes doivent « accorde[r] aux investissements visés un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales, conformément au droit international ». Au

“[t]he concepts of ‘fair and equitable treatment’ and ‘full protection and security’” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the international MST of aliens, as evidenced by general state practices accepted as law. It is common ground between the parties that this latter provision, which is virtually identical to the language in the Notes of Interpretation issued by the NAFTA Free Trade Commission in 2001 [Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions (NAFTA Free Trade Commission, July 31, 2001)] (2001 Interpretation Note) regarding the MST provisions in Article 1105 of the NAFTA (Thomas opinion, at paragraph 102), contemplates the minimum standard of treatment required by customary international law.

[94] Apparently relying largely upon decisions that pre-date the 2001 Interpretation Note, HFN asserts that “fair and equitable treatment” includes a wide range of procedural and substantive protections, including a requirement for states to satisfy legitimate expectations of foreign investors and to maintain a stable legal or regulatory framework for foreign investors. It adds that this standard would not allow Canada to defend a challenge based on an argument that the measure in question was required to fulfill Canada’s constitutional responsibilities under section 35 of the Constitution. Citing the recent Notice of Intent filed by Eli Lilly and Company, HFN states that it would even be open to a Chinese investor to challenge judicial doctrines developed to give effect to section 35, on the ground that those doctrines give rise to an unstable regulatory framework for investment. In its Notice of Intent, Eli Lilly challenges the “promise of the patent” doctrine developed in this Court, and in the Federal Court of Appeal (*Eli Lilly and Company v. Government of Canada*, NAFTA – Chapter 11 – Investment, Notice of Intent, November 7, 2012).

[95] By contrast, the respondents took the position that the MST obligation simply provides for a very low procedural “baseline” below which the treatment of

titre du paragraphe 2 de l’article 4, « [I]es concepts de “traitement juste et équitable” et de “protection et sécurité intégrales” » n’exigent pas un traitement supplémentaire ou supérieur à celui prescrit par la NMT des étrangers en droit international, tel qu’en fait foi la pratique générale des États acceptée comme étant le droit. Les parties s’entendent sur le fait que cette disposition, dont le libellé est à toutes fins pratiques identique à celui employé dans les Notes d’interprétation publiées par la Commission du libre-échange de l’ALÉNA en 2001 [Notes d’interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 (Commission du libre-échange de l’ALÉNA – 31 juillet 2001)] (la Note d’interprétation de 2001) au sujet des dispositions relatives à la NMT à l’article 1105 de l’ALÉNA (opinion de Thomas, au paragraphe 102), envisage la norme minimale de traitement exigée par le droit international coutumier.

[94] La PNH, en se fondant apparemment en grande partie sur des décisions antérieures à la Note d’interprétation de 2001, affirme que le « traitement juste et équitable » s’entend d’un vaste éventail de protections de fond et de protections procédurales, notamment l’exigence, pour les États, de répondre aux attentes légitimes des investisseurs étrangers et de maintenir un cadre législatif et réglementaire stable pour ces derniers. Elle ajoute que cette norme ne permettra pas au Canada de se défendre contre une contestation en se fondant sur l’argument selon lequel la mesure en question était nécessaire pour que le Canada s’acquitte de ses responsabilités qui lui incombent au titre de l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La PNH énonce, en invoquant une récente notification d’intention déposée par Eli Lilly and Company, qu’il serait même loisible à un investisseur chinois de contester des théories judiciaires élaborées en vue de donner effet à l’article 35, au motif que ces théories entraînent une instabilité réglementaire à l’égard de l’investissement. Eli Lilly conteste aussi dans sa notification d’intention la théorie de la « promesse du brevet » élaborée par cette Cour, ainsi que par la Cour d’appel fédérale (*Eli Lilly and Company c. Gouvernement du Canada*, ALÉNA – Chapitre 11 – Investissement, Notification d’intention, 7 novembre 2012).

[95] Les défendeurs ont pour leur part adopté la position selon laquelle l’obligation relative à la NMT prévoit simplement [TRADUCTION] « une exigence de base » très

Chinese investors may not fall. This position was supported by Mr. Thomas, whose evidence on this point I accept. In this regard, he observed that the MST obligation in Article 4 “is considered to be a basic standard of treatment that all members of the international community are capable of meeting” (Thomas opinion, at paragraph 119). Citing the recent arbitral panel ruling in *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, NAFTA – Chapter 11 – Investment, Award, June 8, 2009 (*Glamis Gold*), at paragraph 627, the respondents described this standard as:

... sufficiently egregious and shocking—a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons—so as to fall below accepted international standards

[96] Based on *Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Government of Canada*, NAFTA – Chapter 11 – Investment, Decision on Liability and on Principles of Quantum, May 22, 2012 (*Mobil*), at paragraph 153, the respondents maintain that this standard does not prohibit regulatory changes even if they have a negative effect on an investor. In that case, an arbitral panel stated:

Article 1105 [of the NAFTA] may protect an investor from changes that give rise to an unstable legal and business environment, but only if those changes may be characterized as arbitrary or grossly unfair or discriminatory, or otherwise inconsistent with the customary international law standard. In a complex international and domestic environment, there is nothing in Article 1105 to prevent a public authority from changing the regulatory environment to take account of new policies and needs, even if some of those changes may have far-reaching consequences and effects, and even if they impose significant additional burdens on an investor.

[97] According to Mr. Thomas, whose evidence I once again accept, the fact that a regulatory measure may adversely affect an investment, increase the investor’s

basse en matière procédurale, à l’égard de laquelle le traitement accordé aux investisseurs chinois ne peut être inférieur. Cette position a été appuyée par M. Thomas; j’accepte d’ailleurs son témoignage à ce sujet. À cet égard, il a fait remarquer que l’obligation relative à la NMT prévue à l’article 4 [TRADUCTION] « est considérée comme étant une norme de traitement de base que tous les membres de la communauté internationale sont capables de satisfaire » (opinion de Thomas, au paragraphe 119). Les défendeurs ont décrit cette norme ainsi, en invoquant la récente décision rendue par un tribunal arbitral dans l’affaire *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, ALÉNA – Chapitre 11 – Investissement, Award, 8 juin 2009 (*Glamis Gold*), au paragraphe 627 :

[TRADUCTION] [...] suffisamment flagrante et choquante — le déni de justice évident, le caractère manifestement arbitraire, l’iniquité frappante, l’absence totale d’application régulière de la loi, la discrimination patente ou l’absence manifeste de motifs — pour qu’elle ne réponde pas aux normes internationales établies [...]

[96] Les défendeurs maintiennent, en se fondant sur la décision *Mobil Investments Canada Inc. et Murphy Oil Corporation c. Gouvernement du Canada*, ALÉNA – Chapitre 11 – Investissement, Décision sur la responsabilité et sur les principes de quantum, 22 mai 2012 (*Mobil*), au paragraphe 153, que cette norme n’interdit pas les modifications au régime réglementaire, et ce, même si ces changements ont des incidences défavorables sur un investisseur. Un tribunal arbitral a énoncé ce qui suit dans cette affaire :

[TRADUCTION] L’article 1105 [de l’ALÉNA] peut protéger un investisseur contre des changements qui entraînent un environnement instable sur le plan juridique et commercial, mais seulement si ces changements peuvent être caractérisés d’arbitraires, de manifestement injustes ou discriminatoires, ou s’ils sont par ailleurs incompatibles avec les normes du droit international coutumier. Dans un environnement international et national de nature complexe, l’article 1105 n’empêche en rien les pouvoirs publics de modifier le cadre réglementaire pour tenir compte des nouvelles politiques et des nouveaux besoins, et ce, même si certains de ces changements peuvent avoir de profondes conséquences et incidences, et même s’ils imposent des fardeaux supplémentaires importants à un investisseur.

[97] Selon M. Thomas, dont j’accepte une fois de plus le témoignage, le fait qu’une mesure réglementaire puisse avoir un effet défavorable sur un investissement,

cost of doing business, or result in reduced profitability does not, in and of itself, constitute indirect expropriation (Thomas opinion, at paragraphs 32 and 131).

[98] In support of its position that Chinese investors may rely on the MST provisions in Article 4 to challenge measures that may be adopted to protect or accommodate HFN's asserted interests, and to seek substantial damages claims, HFN refers to several claims or notices of intent to file claims which have been made against Canada under NAFTA (e.g., *S.D. Myers Inc. v. Government of Canada*, NAFTA – Chapter 11 – Investment, Partial Award, November 13, 2000 (*S.D. Myers*); *Windstream Energy LLC v. Government of Canada*, NAFTA – Chapter 11 – Investment, Notice of Intent, October 17, 2012; *Lone Pine Resources Inc. v. Government of Canada*, NAFTA – Chapter 11 – Investment, Notice of Intent, November 8, 2012; *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, NAFTA – Chapter 11 – Investment, Award on Damages, May 31, 2002 (*Pope & Talbot*) as well as claims that have been made against other countries (e.g., *Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. v. United Mexican States* (May 29, 2003), ICSID Case No. ARB (AF)/00/2; *Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador* (Final Award, July 1, 2004), LCIA Case No. UN 3467).

[99] HFN acknowledges that the above-mentioned 2001 Interpretation Note was issued in response to the expansive interpretation given to that provision in prior decisions, particularly *Pope & Talbot*, above. HFN also acknowledges that the interpretation of the MST obligation in NAFTA has been incorporated into the language of Article 4 of the CCFIPPA, as quoted above. However, HFN maintains that the most-favoured nation (MFN) obligations in Article 5 of the CCFIPPA may lead an arbitral panel to interpret the MST obligation in the same “expansive” manner as in *Pope & Talbot* and other cases that were decided prior to the adoption of the 2001 Interpretation Note. HFN further notes that, in the more recent decision of *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Government of Canada*, NAFTA – Chapter 11

accroître les coûts engagés par un investisseur pour exploiter une entreprise ou entraîner une baisse de rentabilité ne constitue pas en soi une expropriation indirecte (opinion de Thomas, aux paragraphes 32 et 131).

[98] À l'appui de sa thèse selon laquelle les investisseurs chinois peuvent invoquer les dispositions relatives à la NMT prévues à l'article 4 pour contester des mesures qui pourraient être adoptées en vue de protéger ou d'accommoder les droits revendiqués par la PNH et pour tenter d'obtenir des montants importants à titre de dommages-intérêts, la PNH fait référence à plusieurs plaintes ou notifications d'intention de déposer des plaintes qui ont été présentées à l'encontre du Canada sous le régime de l'ALÉNA (p. ex. : *S.D. Myers Inc. c. Gouvernement du Canada*, ALÉNA – Chapitre 11 – Investissement, Partial Award, 13 novembre 2000 (*S.D. Myers*); *Windstream Energy LLC c. Gouvernement du Canada*, ALÉNA – Chapitre 11 – Investissement, Notification d'intention, 17 octobre 2012; *Lone Pine Resources Inc. c. Gouvernement du Canada*, ALÉNA – Chapitre 11 – Investissement, Notification d'intention, 8 novembre 2012; *Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada*, ALÉNA – Chapitre 11 – Investissement, Award in Respect of Damages, 31 mai 2002 (*Pope & Talbot*) ainsi qu'à des plaintes formulées à l'encontre d'autres pays (p. ex. : *Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. v. United Mexican States* (29 mai 2003), ICSID Case No. ARB (AF)/00/2; *Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador* (Final Award, 1^{er} juillet 2004), LCIA Case No. UN 3467).

[99] La PNH reconnaît que la Note d'interprétation de 2001, précitée, avait été publiée en réponse à l'interprétation large qui avait été donnée à cette disposition dans les décisions antérieures, et plus particulièrement *Pope & Talbot*, précitée. La PNH reconnaît aussi que l'interprétation donnée à l'obligation relative à la NMT prévue à l'ALÉNA a été intégrée au libellé de l'article 4 de l'Accord, comme il a été mentionné ci-dessus. Cependant, la PNH maintient que les obligations relatives à la nation la plus favorisée (NPF) prévues à l'article 5 de l'Accord peuvent conduire un tribunal arbitral à donner une interprétation large à l'obligation relative à la NMT, comme cela a été le cas dans *Pope & Talbot* et dans les autres affaires qui avaient été tranchées avant l'adoption de la Note d'interprétation

– Investment, Final Award, March 31, 2010 (*Merrill & Ring*), the arbitral panel adopted an interpretation of the MST obligations in NAFTA that was broader than the interpretation advanced by Canada, and found that the MST established in customary international law continues to evolve in accordance with the realities of the international community (*Merrill & Ring*, above, at paragraph 193). The arbitral panel proceeded to find that this standard “provides for the fair and equitable treatment of alien investors within the confines of reasonableness” (*Merrill & Ring*, above, at paragraph 213). Nevertheless, as noted by the respondents, the arbitral panel then concluded that regardless of whether the lower standard advocated by the investor or the higher standard advocated by Canada were adopted, damages had not been established (*Merrill & Ring*, above, at paragraph 266).

[100] Professor Van Harten stated in his affidavit that the MFN provisions in Article 5 of the CCFIPPA would likely be found by an arbitral tribunal to have the effect of negating the language in Article 4 that incorporates the “customary international law” standard that was articulated in the above-mentioned 2001 Interpretation Note (applicant’s record, at page 85). He appears to base this belief on the view that there are some bilateral investment treaties that entered into force subsequent to January 1, 1994 which do not contain that language, and the limitations that it imports into the MST standard. (Pursuant to paragraph 1 of Article 8 of the CCFIPPA, the MFN provisions in Article 5 do not apply to treatment afforded under any bilateral or multilateral agreement in force prior to January 1, 1994.) However, Mr. Van Harten did not identify any post-1993 trade agreements or FIPAs that contain broader protections for investors than those set forth in Article 4 of the CCFIPPA.

de 2001. La PNH fait aussi remarquer que, dans la décision plus récente rendue dans l’affaire *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Gouvernement du Canada*, ALÉNA – Chapitre 11 – Investissement, Décision finale du tribunal d’arbitrage, 31 mars 2010 (*Merrill & Ring*), le tribunal arbitral a retenu l’interprétation selon laquelle les obligations relatives à la NMT contenues dans l’ALÉNA étaient plus larges que l’interprétation mise de l’avant par le Canada et il a conclu que la NMT établie par le droit international coutumier continue d’évoluer, en fonction des réalités de la communauté internationale (*Merrill & Ring*, précitée, au paragraphe 193). Le tribunal arbitral concluait ensuite que cette norme [TRADUCTION] « assure un traitement juste et équitable des investisseurs étrangers, dans les limites de la raisonnable » (*Merrill & Ring*, précitée, au paragraphe 213). Néanmoins, comme l’ont fait remarquer les défendeurs, le tribunal arbitral a ensuite conclu que, indépendamment de la question de savoir si la norme retenue était la norme moins sévère mise de l’avant par l’investisseur ou la norme plus sévère mise de l’avant par le Canada, les dommages n’avaient pas été établis (*Merrill & Ring*, précitée, au paragraphe 266).

[100] Le professeur Van Harten a mentionné dans son affidavit qu’un tribunal arbitral conclurait probablement que les dispositions relatives à la NPF qui se trouvent à l’article 5 de l’Accord auraient pour effet de rendre inapplicables les dispositions de l’article 4 qui ont pour effet d’intégrer la norme du « droit international coutumier » formulée dans la Note d’interprétation de 2001, à laquelle j’ai fait référence précédemment (dossier de la demanderesse, à la page 85). Sa croyance semble s’appuyer sur l’idée selon laquelle certains traités bilatéraux d’investissements entrés en vigueur après le 1^{er} janvier 1994 ne contenaient pas de telles dispositions, ni les limites que ces dispositions apportaient à la NMT. (Conformément au paragraphe 1 de l’article 8 de l’Accord, les dispositions relatives à la NPF prévues à l’article 5 ne s’appliquent pas au traitement accordé en vertu de tout accord international bilatéral ou multilatéral en vigueur avant le 1^{er} janvier 1994.) Cependant, M. Van Harten n’a pas relevé d’accords commerciaux ou d’APIE postérieurs à 1993 qui conféraient des protections plus larges aux investisseurs que celles prévues à l’article 4 de l’Accord.

[101] In cross-examination, Mr. MacKay acknowledged the possibility that the MFN provision in Article 5 could potentially negate the language in Article 4 that was incorporated from the FTC [Free Trade Commission] 2001 Interpretation Note. However, he maintained that the 2001 Interpretation Note simply clarifies the standard that has been in the NAFTA from the outset, and that is embodied in each of the other post-1993 international trade agreements and FIPAs to which Canada is a party (applicant's record, at pages 509–510).

[102] Mr. Thomas did not address this specific issue, although he testified on cross-examination, in the context of discussing the interpretative note on expropriation in Annex B.10 of the CCFIPPA, that the specific language of the substantive provisions in a treaty would likely be given very serious consideration by an arbitral tribunal, and perhaps ultimately given priority to the MFN clause (applicant's record, at pages 769–772).

[103] In my view, the evidence on this point is inconclusive. I accept HFN's position that there is some uncertainty as to whether a Chinese investor may be able to persuade an arbitral tribunal constituted under the CCFIPPA to give it the benefit of any MST obligation negotiated in another, post-1993 investment protection treaty, which does not contain the limiting language set forth in Article 4. However, HFN led no evidence to demonstrate that there is any more favourable language in the MST provisions of other agreements that are within the scope of Article 5. As a result, I am left speculating as to whether this may in fact be the case.

[104] I also accept HFN's position that, even without considering the MFN provisions in Article 5, there is some ongoing uncertainty regarding the scope of the MST obligation enshrined in Article 4. (See also Margaret Clare Ryan, "*Glamis Gold, Ltd. v. The United States* and the Fair and Equitable Treatment Standard", (2011) 56:4 *McGill L.J.* 919, at page 957.) However, once again, HFN did not lead any material evidence to

[101] M. MacKay a reconnu, au stade du contre-interrogatoire, la possibilité que la disposition relative à la NPF prévue à l'article 5 pourrait possiblement rendre inapplicable les dispositions de l'article 4 qui reprenaient celles de la Note d'interprétation de 2001 de la CLÉ [Commission du libre-échange]. Cependant, il a maintenu que la Note d'interprétation de 2001 ne faisait que clarifier la norme qui était prévue à l'ALÉNA depuis le départ et qui est consacrée dans tous les autres accords commerciaux et traités d'investissements internationaux postérieurs à 1993 auxquels le Canada est partie (dossier de la demanderesse, aux pages 509 et 510).

[102] M. Thomas n'a pas traité de cette question précise, bien qu'il ait relaté au cours du contre-interrogatoire, alors qu'il discutait de la note interprétative concernant l'expropriation à l'annexe B.10 de l'Accord, que le texte même des dispositions de fond d'un traité serait probablement examiné de manière très sérieuse par un tribunal arbitral et que ces dispositions auraient peut-être, en fin de compte, préséance sur la clause de la NPF (dossier de la demanderesse, aux pages 769 à 772).

[103] Je suis d'avis que la preuve à cet égard ne s'avère pas concluante. J'accepte la thèse de la PNH selon laquelle il existe une certaine incertitude quant à la question de savoir si un investisseur chinois pourrait convaincre un tribunal arbitral constitué en vertu de l'Accord de lui faire bénéficier d'une obligation relative à la NMT qui avait été négociée dans un autre traité de protection des investissements postérieur à 1993 ne contenant pas les dispositions limitatives prévues à l'article 4. Cependant, la PNH n'a pas produit de preuve démontrant qu'il y existe d'autres accords munis de dispositions relatives à la NMT qui entrent dans le champ d'application de l'article 5 et dont le libellé est plus favorable. Il s'ensuit que je dois m'en remettre à des conjectures quant à savoir si cela est effectivement le cas.

[104] Je souscris aussi à la thèse de la PNH selon laquelle, même si on ne tient pas compte des dispositions relatives à la NPF de l'article 5, il existe une certaine incertitude en ce moment au sujet de la portée des obligations relatives à la NMT qui sont consacrées à l'article 4. (Voir aussi Margaret Clare Ryan, « *Glamis Gold, Ltd. v. The United States* and the Fair and Equitable Treatment Standard », (2011) 56:4 *R.D.*

demonstrate how, as a practical matter, it would face a non-speculative possibility of an appreciable adverse impact on its asserted Aboriginal interests, if an arbitral panel were to give a Chinese investor the benefit of a standard that is different from the one contemplated by the quotes above from *Glamis Gold* and *Mobil*. Indeed, Mr. Thomas' uncontradicted evidence is that only one of 11 cases that post-date the 2001 Interpretation Note and that have raised a challenge under the MST obligation in Article 1105 of the NAFTA have succeeded (cross-examination on affidavit of John Christopher Thomas (Thomas cross), applicant's record, at page 785). That said, I recognize that the tribunal in *Pope & Talbot*, above, concluded that the measure challenged under Article 1105 in that case would have contravened even the more limited interpretation of MST reflected in the 2001 Interpretation Note. However, I also note that the total number of cases in which Canada has been found to have violated the MST obligations set forth in the NAFTA and the other 24 FIPAs to which Canada is a party is extremely small.

[105] Considering the foregoing, together with the fact that the current aggregate level of investment from Chinese investors into Canada is only a small fraction of the aggregate level of U.S. investment in Canada in each year over the last two decades, I am satisfied that the potential for HFN's asserted Aboriginal rights to be adversely impacted as a result of the MST obligations in the CCFIPPA is speculative and non-appreciable.

2. Expropriation

[106] Among other things, paragraph 1 of Article 10 of the CCFIPPA provides as follows:

1. Covered investments or returns of investors of either Contracting Party shall not be expropriated, nationalized or subjected to measures having an effect equivalent to expropriation or nationalization in the territory of the other Contracting

McGill 919, à la page 957). Cependant, une fois de plus, la PNH n'a pas présenté de preuve concrète pour démontrer en quoi, dans l'éventualité où un tribunal arbitral devait accorder à un investisseur chinois les avantages d'une norme qui est différente de celle envisagée par des citations susmentionnées tirées des décisions *Glamis Gold* et *Mobil*, elle serait concrètement exposée à une possibilité non hypothétique que cette situation entraîne des effets préjudiciables importants à l'égard des droits ancestraux qu'elle revendique. Effectivement, selon le témoignage non contesté de M. Thomas, une seule des 11 affaires qui est postérieure à la Note d'interprétation de 2001 et qui soulevait une contestation fondée sur l'obligation relative à la NMT au titre de l'article 1105 de l'ALÉNA a été accueillie (contre-interrogatoire sur affidavit de John Christopher Thomas (le contre-interrogatoire de Thomas), dossier de la demanderesse, à la page 785). Cela dit, je reconnais que, dans la décision *Pope & Talbot*, précitée, le tribunal avait conclu que la mesure contestée en vertu de l'article 1105 dans cette affaire aurait contrevenu même à l'interprétation plus restrictive de la NMT qui figurait dans la Note d'interprétation de 2001. Cependant, je remarque aussi qu'il existe très peu d'affaires dans lesquelles on a conclu que le Canada avait manqué à ses obligations relatives à la NMT prévues à l'ALÉNA et aux 24 autres APIE auxquels il est partie.

[105] Compte tenu de ce qui précède, ainsi que du fait que le niveau global actuel d'investissements au Canada qui proviennent d'investisseurs chinois ne représente uniquement une petite partie du niveau global d'investissements au Canada qui proviennent d'américains sur une base annuelle au cours des deux dernières décennies, je suis convaincu que la possibilité que les obligations relatives à la NMT contenues dans l'Accord aient des effets préjudiciables sur les droits ancestraux revendiqués par la PNH est hypothétique et qu'elle n'est pas importante.

2. L'expropriation

[106] Le paragraphe 1 de l'article 10 de l'Accord prévoit entre autres ce qui suit :

1. Les investissements visés des investisseurs de l'une ou l'autre Partie contractante ou le rendement obtenu par ces derniers ne peuvent faire l'objet d'une expropriation, d'une nationalisation ou de mesures ayant un effet équivalent à celui

Party ... except for a public purpose, under domestic due procedures of law, in a non-discriminatory manner and against compensation.

[107] It is common ground between the parties that this obligation protects investors against both direct and indirect expropriation.

[108] HFN maintains that the prohibition on direct and indirect expropriation without compensation is specifically designed to ensure that Chinese investors will be compensated in circumstances where they would not be compensated under domestic law. Stated differently, HFN asserts that once the CCFIPPA is ratified, it will no longer be open to any Canadian legislative body to expropriate investments of Chinese investors without full compensation. As a result, HFN submits that Canada will have given up a significant degree of flexibility in its ability to protect lands and resources that are within the scope of its asserted Aboriginal interests.

[109] In response, the respondents state that Canada has a long-standing policy of not expropriating third party interests in order to settle land claims, and that lands held by third parties are only ever acquired on a “willing seller, willing buyer” basis. This was supported by documentation from the Department of Aboriginal Affairs and Northern Development Canada. As a result, the respondents maintain that, as a practical matter, there will be no change in the range of potential options that would be realistically considered and available to Canada to protect or accommodate HFN’s asserted Aboriginal interests. Citing *Toronto Area Transit Operating Authority v. Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 S.C.R. 32, at paragraphs 20–23, the respondents note that there is a strong presumption in Canadian law that whenever land is expropriated, compensation will be paid, unless the words of the statute authorizing expropriation clearly state otherwise.

d’une nationalisation ou d’une expropriation sur le territoire de l’autre Partie contractante [...], si ce n’est dans l’intérêt public, dans le respect des principes internes d’application régulière de la loi, de façon non discriminatoire et moyennant le versement d’une compensation.

[107] Les parties conviennent que cette obligation protège les investisseurs contre l’expropriation directe et indirecte.

[108] La PNH soutient que l’interdiction de procéder à une expropriation directe ou à une expropriation indirecte sans compensation est précisément conçue pour garantir que les investisseurs chinois seront compensés dans la situation où ces investisseurs ne pourraient obtenir de compensation sous le régime du droit national. Autrement dit, la PNH affirme que, lorsque l’Accord sera ratifié, les organes législatifs canadiens ne pourront plus procéder à l’expropriation d’un investissement fait par des investisseurs chinois sans leur verser une compensation intégrale. Par conséquent, la PNH soutient que le Canada renoncera ainsi à un important degré de flexibilité dans sa capacité de protéger les terres et les ressources qui se rapportent aux droits ancestraux qu’elle revendique.

[109] En réponse, les défendeurs affirment que le Canada observe, depuis longtemps, la politique de ne pas exproprier de tierces parties pour régler des revendications territoriales et d’acquérir les terres détenues par des tierces parties uniquement selon le principe de [TRADUCTION] « vente gré à gré ». Cette affirmation était appuyée par les documents fournis par le ministère des Affaires autochtones et du Développement du Nord Canada. Par conséquent, les défendeurs affirment que, concrètement, il n’y aura aucun changement dans l’éventail des possibilités dont le Canada dispose et qu’il pourrait concrètement envisager en vue de protéger ou d’accommoder les droits ancestraux revendiqués par la PNH. Ils mentionnent, en invoquant l’arrêt *Régie des transports en commun de la région de Toronto c. Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 R.C.S. 32, aux paragraphes 20 à 23, qu’il existe en droit canadien une forte présomption selon laquelle dès qu’une terre est expropriée, une compensation sera versée, à moins que le libellé de la législation autorisant l’expropriation prévoie expressément le contraire.

[110] In the absence of any evidence to suggest the existence of a non-speculative possibility that Canada or the Province of British Columbia may, in the absence of the CCFIPPA, have otherwise entertained the possibility of expropriating without compensation, I am left to conclude that the loss of this theoretical possibility is not likely to have the non-speculative potential to result in adverse impacts on HFN's asserted Aboriginal rights.

[111] HFN also submits that the prohibition on indirect expropriation will reduce the scope of potential measures that may be taken to preserve its land and resources. As with the MST obligation in Article 4, HFN states that there is a significant level of uncertainty regarding the extent to which measures may be found to constitute indirect expropriation. It adds that it is clear that legitimate government measures enacted in the public interest can constitute expropriation, even in the absence of discrimination. In addition, citing the decision of the NAFTA panel in *Metalclad*, above, it states that the investment-backed legitimate expectations of an investor will be taken into account in assessing whether there has been an indirect expropriation. Furthermore, it maintains that a measure which has a substantial adverse impact on the value of an investment may be found to constitute indirect expropriation.

[112] In support of its position that the expropriation provisions in Article 10 may lead Canada to refrain from adopting a measure that would otherwise likely be embraced to protect or accommodate HFN's asserted Aboriginal interests, HFN noted that Canada has paid a total of approximately \$160 million to settled claims based on expropriation under the NAFTA. Those claims were brought by Ethyl Corporation, in respect of a ban on the import and interprovincial trade of MMT [methylcyclopentadienyl manganese tricarbonyl], a suspected neurotoxin; and by Abitibi Bowater, in respect of legislation passed by the Government of Newfoundland to expropriate certain of the company's lands and

[110] En l'absence de quelque élément de preuve donnant à penser qu'il existe une possibilité non hypothétique que le Canada ou la Province de la Colombie-Britannique ait par ailleurs envisagé, en l'absence de l'Accord, l'éventualité de procéder à une expropriation sans compensation, je n'ai d'autre choix que de conclure qu'il est improbable que la disparition de cette possibilité théorique ait, de manière non hypothétique, la possibilité d'entraîner des effets préjudiciables sur les droits ancestraux revendiqués par les PNH.

[111] La PNH soutient aussi que l'interdiction de procéder à une expropriation indirecte aura pour effet de réduire la portée des mesures qui pourront être adoptées en vue de préserver ses terres et ses ressources. La PNH affirme, comme elle le faisait à l'égard de l'obligation relative à la NMT prévue à l'article 4, qu'il existe un important degré d'incertitude quant aux cas dans lesquels on pourrait conclure que des mesures constituent une expropriation indirecte. Elle renchérit en affirmant qu'il ne fait aucun doute que les mesures gouvernementales légitimes adoptées dans l'intérêt du public peuvent constituer une expropriation, et ce, même en l'absence de discrimination. De plus, elle affirme, en renvoyant à la décision rendue par le tribunal arbitral de l'ALÉNA dans l'affaire *Metalclad*, précitée, que les attentes légitimes d'un investisseur qui sous-tendaient l'investissement seront prises en considération lorsque viendra le temps de déterminer s'il y a eu expropriation indirecte. Elle soutient aussi qu'une mesure ayant des effets préjudiciables importants sur la valeur d'un investissement pourrait être jugée comme constituant une expropriation indirecte.

[112] À l'appui de sa thèse selon laquelle les dispositions relatives à l'expropriation prévues à l'article 10 pourraient conduire le Canada à s'abstenir d'adopter une mesure qui serait autrement probablement promulguée pour protéger ou accommoder les droits ancestraux qu'elle revendique, la PNH a fait observer que le Canada avait déboursé un total d'environ 160 millions de dollars à titre de règlement dans le contexte de plaintes en matière d'expropriation sous le régime de l'ALÉNA. Ces plaintes avaient été intentées par Ethyl Corporation au sujet d'une interdiction d'importer et de faire le commerce interprovincial du MMT [méthylcyclopentadienyl manganèse tricarbonyl], qu'on soupçonnait être

assets, including resource rights, after it announced that it intended to close a pulp & paper mill located in that province.

[113] In response, the respondents note that Annex B.10 of the CCFIPPA defines indirect expropriation in terms of “a measure or series of measures of a Contracting Party that has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.” In addition, the respondents note that Annex B.10 clarifies that “the sole fact that a measure or series of measures of a Contracting Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred”. Moreover, they assert that the following provision in paragraph 3 of Annex B.10 makes it clear that the circumstances in which *bona fide* regulation may constitute indirect expropriation are rare:

3. Except in rare circumstances, such as if a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, a non-discriminatory measure or series of measures of a Contracting Party that is designed and applied to protect the legitimate public objectives for the well-being of citizens, such as health, safety and the environment, does not constitute indirect expropriation.

[114] In reply, HFN noted that Mr. Thomas agreed on cross-examination that *bona fide* regulation with a public purpose may constitute expropriation under the CCFIPPA, and that the form of a measure and the intent of a state are not determinative. HFN observed that Mr. Thomas further agreed that the question of when regulation crosses the line and constitutes a measure “tantamount to expropriation” is a contentious issue, and that there is no bright line which identifies when compensation will be required, because each case is very fact dependent (Thomas cross, applicant’s record, at pages 754–760).

une neurotoxine, ainsi que par Abitibi Bowater à l’égard de dispositions législatives adoptées par le gouvernement de Terre-Neuve qui visaient à procéder à l’expropriation de certains terrains et de certains actifs de la société, incluant ses droits relatifs aux ressources, après qu’elle eut annoncé son intention de fermer une usine de pâtes et papiers située dans cette province.

[113] Les défendeurs font observer en réponse que l’annexe B.10 de l’Accord définit l’expropriation indirecte comme résultant « d’une mesure ou d’une série de mesures d’une Partie contractante qui a un effet équivalent à l’expropriation directe sans transfert formel de titre ou confiscation pure et simple ». De plus, ils mentionnent que l’annexe B.10 précise que « le fait que la mesure ou la série de mesures de la Partie contractante ait un effet défavorable sur la valeur économique d’un investissement ne [suffit] pas à lui seul à établir qu’il y a eu expropriation indirecte ». De plus, ils affirment que dans la disposition suivante, qui se trouve au paragraphe 3 de l’annexe B.10, montrent clairement que les circonstances dans lesquelles un règlement adopté de bonne foi peut constituer une expropriation indirecte sont rares :

3. Sauf dans de rares cas, par exemple si une mesure ou série de mesures est si rigoureuse au regard de son objet qu’on ne peut raisonnablement penser qu’elle a été adoptée et appliquée de bonne foi, une mesure ou une série de mesures non discriminatoire d’une Partie contractante qui est conçue et appliquée dans un but légitime de protection du bien-être public, par exemple en matière de santé, de sécurité et d’environnement, ne constitue pas une expropriation indirecte.

[114] La PNH a fait observer en réplique que M. Thomas avait convenu lors de son contre-interrogatoire que les règlements visant un objectif d’intérêt public adoptés de bonne foi peuvent constituer une expropriation sous le régime de l’Accord, et que la forme que prend une mesure et l’intention de l’État ne sont pas déterminantes. La PNH a fait remarquer que M. Thomas avait aussi convenu que la question de savoir à quel moment le règlement dépasse les bornes et constitue une mesure [TRADUCTION] « assimilable à l’expropriation » n’est pas encore tranchée et qu’il n’existe aucune ligne de démarcation claire

[115] In addition, HFN noted that Annex B.10 does not provide any protection for measures whose purpose is to protect Aboriginal rights and title, or to otherwise fulfill Canada's obligations under section 35 of the Constitution. In this regard, it underscored that Mr. MacKay acknowledged that no attempt was made to negotiate specific protection for such measures, because Canada did not want "to enter that trading game" (MacKay cross, applicant's record, at page 535). It concludes from this that a measure aimed at protecting the rights of Aboriginal peoples would not benefit from Annex B.10.

[116] As with the MST provision in Article 4 of the CCFIPPA, discussed above, HFN submits that the MFN provision in Article 5 would effectively negate the limitations in Annex B.10, which Canada and the U.S. added to their respective model foreign protection agreements in 2004, to clarify the framework for determining whether an indirect expropriation has occurred. The evidence relied upon by HFN in this regard closely tracks that which was discussed at paragraphs 100–102 above, in respect of the interplay between the MFN and MST provisions in articles 5 and 4 of the CCFIPPA, respectively.

[117] For essentially the same reasons set forth at paragraph 103 above, I have been left to speculate as to whether the MFN provision would be applied so as to negate all or some of the limitations set forth in Annex B.10, notwithstanding the fact that paragraph 4 of Article 35 [of the CCFIPPA] specifically states that the Annexes and footnotes to the CCFIPPA constitute integral parts of that agreement.

qui détermine à quel moment une compensation sera nécessaire, parce que chaque affaire est largement tributaire des faits (contre-interrogatoire de Thomas, dossier de la demanderesse, aux pages 754 à 760).

[115] De plus, la PNH a fait remarquer que l'annexe B.10 n'offre aucune protection aux mesures dont l'objet est de protéger les droits ancestraux et le titre aborigène ou de par ailleurs permettre au Canada de s'acquitter des obligations qui lui incombent au titre de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. À cet égard, la demanderesse a souligné que M. MacKay a reconnu que rien n'a été fait en vue de négocier une protection visant précisément de telles mesures, parce que le Canada ne voulait pas [TRADUCTION] « se livrer à un tel marchandage » (contre-interrogatoire de MacKay, dossier de la demanderesse, à la page 535). En se fondant sur cet état de fait, la PNH conclut qu'une mesure visant à protéger les droits des peuples autochtones ne pourrait bénéficier de l'application de l'annexe B.10.

[116] Tout comme elle l'avait affirmé en ce qui concerne les dispositions relatives à la NMT prévues à l'article 4 de l'Accord, dont j'ai traité précédemment, la PNH soutient que les dispositions relatives à la NPF prévues à l'article 5 neutraliseraient effectivement les restrictions prévues à l'annexe B.10, restrictions que le Canada et les États-Unis avaient intégrées à leur modèle respectif d'accord en matière de protection des investissements étrangers en 2004, dans le but de clarifier le cadre applicable pour établir s'il y a eu expropriation indirecte. La preuve sur laquelle la PNH se fondait à cet égard ressemble de très près à celle que j'ai abordée précédemment aux paragraphes 100 à 102 en ce qui concerne l'interaction entre les dispositions relatives à la NPF et celles relatives à la NMT, prévues respectivement aux articles 5 et 4 de l'Accord.

[117] Je dois, essentiellement pour les mêmes motifs que ceux exposés précédemment au paragraphe 103, m'en remettre à des conjectures quant à savoir si les dispositions relatives à la NPF seraient appliquées de manière à neutraliser la totalité ou une partie des restrictions exposées à l'annexe B.10 sans compter que le paragraphe 4 de l'article 35 [de l'Accord] mentionne expressément que les annexes et les notes de bas de page de l'Accord en font partie intégrante.

[118] Indeed, I am satisfied that even without considering the MFN provisions in Article 5, it is not entirely clear how the language in Annex B.10 and Article 10 may be applied to measures that may be alleged to constitute indirect expropriation. This was conceded by Mr. Thomas (Thomas cross, applicant's record, at pages 754–755).

[119] However, I accept Mr. Thomas' evidence that the circumstances in which a non-discriminatory measure that is designed and applied to protect the legitimate public objectives, as contemplated in Annex B.10, might be found to constitute indirect expropriation are likely to be rare (Thomas opinion, at paragraph 33). I also accept his uncontested evidence that, apart from one notice of intent to file a claim, which did not proceed to the establishment of a tribunal, there have been no other claims, let alone a tribunal finding, against Canada, for any federal, provincial or territorial measures taken in relation to Aboriginal rights or interests, or for allegedly unlawful measures taken by First Nations themselves (Thomas opinion, at paragraphs 29, 30 and 127). Likewise, I accept Mr. Thomas' evidence that there has only been one such claim brought against the United States (*Glamis Gold*, above), to challenge regulatory measures taken to protect Aboriginal interests, and that this claim not only was rejected, but provides a good example of how such interests would be taken into consideration by an arbitral panel applying the standards set out in the CCFIPPA (Thomas opinion, at paragraphs 31 and 199–204).

[120] Given the foregoing, and in the absence of any evidence to the contrary, I have not been persuaded that there is an appreciable and non-speculative potential for either (i) an arbitral tribunal to find that measures designed to protect or accommodate HFN's asserted Aboriginal interests contravene the expropriation provisions in Article 10 of the CCFIPPA, or (ii) Canada to refrain from implementing a measure that would

[118] Je suis effectivement convaincu que, même sans tenir compte des dispositions relatives à la NPF prévues à l'article 5, on ne sait pas trop comment les dispositions de l'annexe B.10 et de l'article 10 peuvent être appliquées à des mesures au sujet desquelles on pourrait alléguer qu'elles constituent une expropriation indirecte, comme l'a d'ailleurs reconnu M. Thomas (contre-interrogatoire de Thomas, dossier de la demande, aux pages 754 et 755).

[119] Cependant, j'accepte le témoignage de M. Thomas portant que les situations dans lesquelles on pourrait conclure qu'une mesure non discriminatoire qui est adoptée et appliquée dans un but légitime de protection du bien-être public, comme l'envisage l'annexe B.10, seront probablement rares (opinion de Thomas, au paragraphe 33). J'accepte aussi son témoignage non contesté selon lequel, à l'exception d'une notification d'intention de déposer une plainte, laquelle n'a pas conduit à la création d'un tribunal, il n'y a pas eu d'autres plaintes, et encore moins de décision d'un tribunal, contre le Canada à l'égard de toute mesure fédérale, provinciale ou territoriale ayant été adoptée en lien avec les droits ou les intérêts des Autochtones, ni au sujet de prétendues mesures illégales adoptées par les Premières Nations elles-mêmes (opinion de Thomas, aux paragraphes 29, 30 et 127). Dans la même veine, j'accepte le témoignage de M. Thomas selon lequel il n'y a eu qu'une seule plainte de ce genre déposée contre les États-Unis (*Glamis Gold*, précitée) pour contester des mesures réglementaires adoptées en vue de protéger les droits des Autochtones, et que cette plainte a non seulement été rejetée, mais qu'elle constitue aussi un bon exemple de la manière dont ces droits seront pris en considération par un tribunal arbitral lors de l'application des normes prévues dans l'Accord (opinion de Thomas, aux paragraphes 31 et 199 à 204).

[120] Compte tenu de ce qui précède, et en l'absence de toute preuve du contraire, je n'ai pas été convaincu qu'il existe une possibilité importante et non hypothétique i) qu'un tribunal arbitral conclue que des mesures ayant pour objet de protéger ou d'accommoder les droits ancestraux revendiqués par la PNH contreviennent aux dispositions relatives à l'expropriation prévues à l'article 10 de l'Accord, ou ii) que le Canada s'abstienne de

otherwise be implemented for that purpose, due to a fear of being found liable to pay significant damages to one or more Chinese investors.

3. The Exceptions in the CCFIPPA

[121] In support of its position that Canada continues to have ample policy flexibility to protect and accommodate HFN's asserted Aboriginal interests, the respondents note that, as with each of the other FIPAs that Canada has entered into, the CCFIPPA contains general exceptions to ensure that the federal government and sub-national governments retain policy flexibility in key areas. In this regard, they note that "specific exemptions," sometimes called "reservations," are used to exempt specific matters from the application of some or all of a FIPA's obligations; whereas "general exemptions" are typically used to carve out broad subject-matter areas from a FIPA's application.

[122] With respect to specific exceptions, the respondents assert that, pursuant to Article 8, existing non-conforming measures are grandfathered against the application of the MFN provisions in Article 5, the national treatment provisions in Article 6, and the provisions relating to senior management and boards of directors in Article 7. In addition, the respondents note that, pursuant to Article 8, Canada has also reserved policy flexibility with respect to measures that may be adopted in the future pursuant to certain programs or in sensitive sectors, by exempting such measures from the application of articles 5, 6 and 7. For example, the respondents note that, pursuant to Article 8, procurement and subsidies are exempted from these obligations in the CCFIPPA. Moreover, through the application of Annex B.8, Article 8 also provides that articles 5, 6 and 7 do not apply to measures relating to, among other things, social services that are established or so maintained for a public purpose, and, most importantly for present purposes, any rights and privileges accorded to Aboriginal peoples (the "Aboriginal Reservation").

mettre en œuvre une mesure en ce sens qu'il aurait sinon adoptée, et ce, en raison de sa crainte d'être condamné à verser des dommages-intérêts importants à un ou plusieurs investisseurs chinois.

3. Les exceptions prévues dans l'Accord

[121] À l'appui de leur thèse selon laquelle le Canada dispose encore d'amplement de souplesse pour protéger et pour accommoder les droits ancestraux revendiqués par la PNH, les défendeurs font remarquer que, comme cela a été le cas dans tous les autres APIE conclus par le Canada, l'Accord contient des exceptions générales pour garantir que le gouvernement fédéral et les gouvernements infranationaux conservent une certaine souplesse dans les domaines clés. À cet égard, ils font remarquer que les « exceptions spécifiques », qui sont quelquefois désignées sous le nom de « réserves », sont souvent employées pour exclure certaines matières précises du champ d'application d'une partie ou de l'ensemble des obligations prévues dans un APIE; quant aux « exceptions générales », celles-ci sont habituellement utilisées pour rendre un APIE inapplicable à l'égard de matières plus étendues.

[122] En ce qui a trait aux exceptions spécifiques, les défendeurs affirment que, conformément à l'article 8, les mesures non conformes existantes sont maintenues, et ce, malgré l'application des dispositions relatives à la NPF prévues à l'article 5, des dispositions relatives au traitement national prévues à l'article 6 et des dispositions se rapportant aux dirigeants et au conseil d'administration, qui sont prévues à l'article 7. De plus, les défendeurs font remarquer qu'en application de l'article 8, le Canada peut se garder de la flexibilité en ce qui a trait aux mesures qui pourraient être adoptées dans le cadre de certains programmes ou dans des domaines névralgiques, en les exemptant de l'application des articles 5, 6 et 7. Par exemple, les défendeurs font observer que, conformément à l'article 8, les achats et les subventions ne sont pas visés par les obligations prévues par l'Accord. De plus, par l'application de l'annexe B.8, l'article 8 prévoit aussi que les articles 5, 6 et 7 ne s'appliquent pas aux mesures se rapportant, entre autres, aux services sociaux qui sont établis ou qui sont maintenus dans l'intérêt public et, encore plus

[123] The respondents submit that the Aboriginal Reservation allows all levels of domestic governments, including Aboriginal governments with legislative and regulatory powers, to provide rights and preferences to Aboriginal people that may otherwise be inconsistent with the obligations set forth in the CCFIPPA. The respondents observe that Canada has ensured that policy flexibility is retained to provide preferences for Aboriginal interests, in each of the other FIPAs that it has entered into.

[124] It appears to be common ground between the parties that the Aboriginal Reservation does not apply to the MST provisions in Article 4, the expropriation provisions in Article 10 or the performance requirements provisions in Article 9 (which apparently reiterate obligations already covered by the separate *Agreement on Trade-Related Investment Measures* [Annex 1A of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, concluded at Marrakesh, Morocco, 15 April 1994, 1868 U.N.T.S. 186], to which all WTO [World Trade Organization] Members are a party and against which reservations may not be taken). According to Mr. MacKay's uncontradicted evidence, the various FIPAs to which Canada is a party, including the CCFIPPA, do not extend reservations with respect to MST and expropriation because such reservations "would defeat the purpose of the treaty, which is to create reciprocal legal stability for foreign investors in the host state". Mr. MacKay added that the MST and expropriation obligations are simply "basic protections against lack of due process, denial of justice and confiscatory conduct" (MacKay affidavit, at paragraph 58).

[125] With respect to the general exceptions in the CCFIPPA, the respondents noted that Canada has exempted various types of measures from the

important en l'espèce, aux droits et aux privilèges accordés aux peuples autochtones (la réserve relative aux Autochtones).

[123] Les défendeurs soutiennent que la réserve relative aux Autochtones permet à tous les paliers de gouvernements nationaux, y compris aux gouvernements autochtones jouissant de pouvoirs législatifs et réglementaires, d'accorder aux Autochtones des droits et des privilèges qui seraient par ailleurs non compatibles avec les obligations exposées dans l'Accord. Les défendeurs font remarquer que le Canada s'est assuré de garder, sous le régime des autres APIE qu'il avait conclus, la flexibilité de pouvoir donner préséance aux intérêts des Autochtones.

[124] Les parties semblent convenir que la réserve relative aux Autochtones ne s'applique pas aux dispositions relatives à la NMT prévues à l'article 4, ni aux dispositions relatives à l'expropriation prévues à l'article 10 et ni aux dispositions relatives aux prescriptions de résultats, prévues à l'article 9 (lequel, apparemment, réaffirme les obligations déjà contenues dans l'*Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce* [annexe A de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, conclue à Marrakech, Maroc, le 15 avril 1994, 1868 R.T.N.U. 191], auquel tous les pays membres de l'OMC [Organisation mondiale du commerce] sont parties et à l'égard duquel aucune réserve ne peut être invoquée). Selon le témoignage non contredit de M. MacKay, les divers APIE auxquels le Canada est partie, y compris l'Accord, n'étendent pas l'application des réserves à la NMT et à l'expropriation, parce que de telles réserves [TRADUCTION] « iraient à l'encontre de l'objectif du traité, qui est d'établir une stabilité juridique réciproque pour les investisseurs étrangers dans le pays hôte ». M. MacKay a renchéri en mentionnant que les obligations relatives à la NMT et à l'expropriation sont simplement [TRADUCTION] « des protections de base contre le manquement à l'application régulière de la loi, le déni de justice et les mesures spoliatrices » (affidavit de MacKay, au paragraphe 58).

[125] En ce qui a trait aux exceptions générales contenues dans l'Accord, les défendeurs ont fait remarquer que le Canada a soustrait divers types de mesures à

application of the CCFIPPA's obligations generally. This includes, pursuant to paragraph 2 of Article 33, environmental measures that are (i) necessary to ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with the provisions of the CCFIPPA, (ii) necessary to protect human, animal or plant life or health, or (iii) relate to the conservation of living or nonliving exhaustible natural resources, if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption.

[126] HFN maintains that the foregoing exceptions and the Aboriginal Reservation do not preserve sufficient policy flexibility for Canada to protect and accommodate its asserted Aboriginal interests. With respect to the environmental exception in paragraph 2 of Article 33 in particular, it notes that the first two of three types of measures described therein are confined to measures that are *necessary* to achieve the stated objectives, and that the burden to demonstrate such necessity would be upon Canada. Relying upon Andrew Newcombe and Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (Austin, Texas: Wolters Kluwer, 2009), at pages 500–506, HFN suggests that the meaning of “necessary” can be situated on a continuum ranging from indispensable or of absolute necessity, to a contribution to achieving the stated objectives. Newcombe and Paradell also note, more broadly, that general exceptions such as those discussed above raise many interpretive issues that have not yet been clarified in the jurisprudence.

[127] I accept that there is some uncertainty regarding the scope of the general and specific exemptions discussed above. However, it remains far from clear how this uncertainty assists HFN to establish that the potential adverse effects on its asserted Aboriginal rights are appreciable and non-speculative.

l'application des obligations contenues dans l'Accord. Cela comprend aussi, conformément au paragraphe (2) de l'article 33, les mesures environnementales i) qui sont nécessaires pour assurer l'observation des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions de l'Accord, ii) qui sont nécessaires à la protection de la santé ou de la vie des personnes ou des animaux, ou à la préservation des végétaux, ou iii) qui se rapportent à la conservation des ressources naturelles épuisables, qu'elles soient biologiques ou non biologiques, si ces mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions sur la production ou la consommation nationale.

[126] La PNH maintient que les exceptions mentionnées précédemment ainsi que la réserve relative aux Autochtones ne permettent pas au Canada de se garder suffisamment de flexibilité pour protéger et accommoder les droits ancestraux qu'elle revendique. En ce qui concerne plus particulièrement l'exception environnementale prévue au paragraphe (2) de l'article 33, elle fait observer que, parmi les trois types de mesures qui sont décrits, les deux premiers sont seulement restreints aux mesures qui sont nécessaires pour l'atteinte des objectifs qui sont énoncés et qu'il incomberait au Canada de démontrer l'existence d'une telle nécessité. Elle suggère, en se fondant sur l'ouvrage *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (Austin, Texas : Wolters Kluwer, 2009) de Andrew Newcombe et Lluís Paradell, aux pages 500 à 506, que le sens du terme « nécessaire » peut être, d'un côté du spectre, indispensable ou absolument nécessaire, ou, à l'autre bout du spectre, être un élément contribuant à l'atteinte des objectifs énoncés. Newcombe et Paradell font aussi remarquer, de manière plus large, que les exceptions générales comme celles discutées précédemment soulèvent de nombreuses questions d'interprétation qui n'ont pas encore été clarifiées dans la jurisprudence.

[127] Je reconnais qu'il existe une certaine incertitude concernant la portée des exceptions générales et des exceptions spécifiques mentionnées ci-dessus. Cependant, il demeure loin d'être clair en quoi cette incertitude aide la PNH à établir que les effets préjudiciables potentiels sur ses droits ancestraux revendiqués sont importants et non hypothétiques.

[128] When pressed during the hearing on this point, and more broadly on how the CCFIPPA in general gives rise to the potential for such effects, HFN struggled. At one point, it stated that “it is not unreasonable to imagine a scenario where taking steps to protect aboriginal rights might result in the cancellation of the permit, which in turn, then ... [might be claimed to result in a] substantial reduction in the value of [a Chinese investor’s] investment” (transcript, at page 178). This is similar to its written submission that an arbitral panel might find a contravention of the CCFIPPA, and impose substantial damages on Canada, in respect of the quashing of a resource extraction permit by the Courts, on the ground that either (i) Canada failed to adequately consult or accommodate asserted Aboriginal rights, or (ii) the permit authorizes development which unjustifiably infringes Aboriginal or treaty rights. In the absence of any evidence to demonstrate that there is a non-speculative and appreciable risk that an arbitral panel might not only make such a finding in respect of an identifiable permit, but also that such a finding would adversely impact upon HFN’s asserted Aboriginal interests, I am unable to agree with HFN that the ratification of the CCFIPPA gives rise to such a non-speculative and appreciable risk.

[129] HFN also stated that the ratification of the CCFIPPA gives rise to an appreciable and non-speculative risk that its asserted Aboriginal interests will be adversely impacted by virtue of the fact that Canada will take into account the risk of an adverse arbitral panel ruling, in deciding how to accommodate those interests. This is discussed in greater detail at paragraphs 82 and 83, above. However, HFN has not adduced any evidence to persuasively demonstrate that as a result of the fact that Canada will take such risk into account when developing measures to protect or accommodate HFN’s asserted Aboriginal interests, there is an appreciable and non-speculative possibility that Canada’s scope of action will be constrained, fettered or influenced in a way that will leave HFN worse off, in terms of those interests, than if the CCFIPPA is not

[128] La PNH a eu des difficultés lorsqu’on l’a priée, au cours de l’audience, d’en dire plus à cet égard et, d’un aspect plus large, en quoi l’Accord en général fait naître la possible existence de tels effets. À un certain moment, elle a mentionné que [TRADUCTION] « il n’est pas déraisonnable d’imaginer un scénario où l’adoption de mesures pour protéger des droits ancestraux pourrait entraîner la révocation d’un permis, mesure au sujet de laquelle on pourrait ensuite [affirmer qu’elle entraîne] une diminution substantielle de la valeur d’un investissement [d’un investisseur chinois] » (transcription, à la page 178). Cette déclaration est similaire à son observation écrite selon laquelle un tribunal arbitral pourrait conclure à l’existence d’une violation de l’Accord et imposer des dommages-intérêts importants au Canada relativement à l’annulation d’un permis d’extraction de ressources par les tribunaux, au motif que soit i) le Canada n’a pas procédé à une consultation adéquate ou qu’il n’a pas accommodé les droits ancestraux revendiqués, soit ii) le développement autorisé par le permis contrevient de manière injustifiable à des droits ancestraux ou à des droits issus de traités. En l’absence d’une preuve démontrant qu’il existe un risque non hypothétique et important qu’un tribunal arbitral puisse non seulement prononcer une telle conclusion à l’égard d’un permis déterminé, mais aussi que cette conclusion aura des effets préjudiciables sur les droits ancestraux revendiqués par la PNH, je ne peux souscrire à l’observation de la PNH selon laquelle la ratification de l’Accord fait naître un tel risque non hypothétique et important.

[129] La PNH a aussi déclaré que la ratification de l’Accord fait naître le risque important et non hypothétique que le Canada tiendra compte, lorsqu’il sera appelé à déterminer comment il accommodera les droits ancestraux qu’elle revendique, du risque qu’un tribunal arbitral rende une décision défavorable à son endroit. Cette question a été abordée plus en détail aux paragraphes 82 et 83, ci-dessus. Cependant, la PNH n’a pas produit de preuve qui démontre, de manière convaincante, que le fait que le Canada tienne compte d’un tel risque dans l’élaboration de mesures visant à protéger ou à accommoder les droits ancestraux revendiqués par la PNH entraînera une possibilité importante et non hypothétique que la marge de manœuvre du Canada soit limitée, entravée ou influencée d’une manière qui laissera la PNH dans une situation plus défavorable, en

implemented. In the absence of such evidence, and considering the very basic nature of the MST and expropriation obligations, as well as the fact that the general and specific exemptions discussed above will afford policy flexibility to Canada, I find that this assertion is entirely speculative in nature. My conclusion in this regard is reinforced by Mr. MacKay's evidence that he is "unaware of any decision of a Canadian court finding that either the minimum standard of treatment or expropriation provision interferes with or are incompatible with Aboriginals' claims or rights" (MacKay affidavit, at paragraph 59).

[130] Another example HFN provided as to how, as a practical matter, ratification of the CCFIPPA might adversely impact upon its asserted Aboriginal interests was the possibility that HFN might want to place a moratorium on land development until regulations governing a land use plan on its reserves or broader territory have been enacted. HFN observed that the Tlicho government (Tlicho) did something similar and then was unable, in proceedings before the Supreme Court of the Northwest Territories, to prevent an environmental assessment from proceeding. This occurred notwithstanding that the assessment included within its scope potential access roads that the Tlicho did not want included in the assessment (*Tlicho v. Mackenzie Valley Environmental Impact Review Board*, 2011 NWTSC 31, [2012] 3 W.W.R. 97). Extrapolating from this case, HFN submitted that it is not difficult to envision a scenario in which a similar moratorium could give rise to an adverse arbitral ruling against Canada, if it were found to violate the MST or expropriation provisions in the CCFIPPA. In such a case, HFN submitted that it could be pressured by Canada to either abandon the moratorium or pay any damages levied against Canada (transcript, at pages 212–218). In the latter regard, HFN noted that Tlicho has a land claims and self-government agreement with Canada and the Government of the Northwest Territories, and that 7.13.6 of that agreement requires Tlicho, at the request of Canada, and in the event of an adverse ruling by an international arbitral panel in respect of any law or other exercise of Tlicho's

ce qui a trait à ces droits, que si l'Accord n'est pas mis en œuvre. En l'absence d'une telle preuve, et compte tenu de la nature très rudimentaire des obligations relatives à la NMT et à l'expropriation ainsi que du fait que les exceptions générales et les exceptions spécifiques abordées ci-dessus conféreront une certaine flexibilité au Canada, je conclus que cette affirmation n'est que pure conjecture. Ma conclusion à cet égard est renforcée par le témoignage de M. MacKay, selon lequel il n'a [TRADUCTION] « pas connaissance d'une décision rendue par une cour canadienne selon laquelle la norme minimale de traitement ou la disposition en matière d'expropriation fait obstacle aux revendications autochtones ou aux droits ancestraux, ou qu'elles sont incompatibles avec ceux-ci » (affidavit de MacKay, au paragraphe 59).

[130] Un autre exemple fourni par la PNH quant à savoir comment, concrètement, la ratification de l'Accord pourrait avoir des effets préjudiciables sur les droits ancestraux qu'elle revendique, était la possibilité que la PNH puisse vouloir adopter un moratoire sur le développement foncier jusqu'à ce que la réglementation régissant le plan d'aménagement du territoire sur ses réserves ou sur un territoire plus étendu ait été adoptée. La PNH a fait remarquer que le gouvernement du peuple Tlicho (le gouvernement Tlicho) avait fait quelque chose de similaire et qu'il avait ensuite été incapable, dans une instance tenue devant la Cour suprême des Territoires-du-Nord-Ouest, d'empêcher la tenue d'une évaluation environnementale. Cela s'est produit sans égard au fait que l'examen se penchait entre autres sur de possibles routes d'accès que le gouvernement Tlicho ne voulait pas voir comprises dans l'évaluation (*Tlicho v. Mackenzie Valley Environmental Impact Review Board*, 2011 NWTSC 31, [2012] 3 W.W.R. 97). La PNH a soutenu, en extrapolant à partir de cette affaire, qu'il n'est pas difficile d'imaginer un scénario dans lequel un moratoire similaire pourrait donner lieu à une décision défavorable contre le Canada en arbitrage si on devait y juger que le moratoire contrevient aux dispositions relatives à la NMT ou à l'expropriation de l'Accord. La PNH a soutenu que, dans une telle situation, le Canada pourrait exercer des pressions sur elle afin qu'elle abandonne le moratoire ou qu'elle s'acquitte des dommages-intérêts imposés au Canada (transcription, aux pages 212 à 218). Quant à cette dernière

powers, to remedy such law or other measure, to enable Canada to perform its international obligations. HFN suggested that it was not unreasonable to expect that it will be required to agree to a similar provision in any similar agreement that it ultimately may negotiate with Canada and the Government of British Columbia.

[131] Once again, I have not been persuaded that there is an appreciable and non-speculative possibility of this scenario occurring, particularly given the absence of any evidence that (i) HFN is considering such a moratorium, (ii) such a moratorium might somehow adversely impact upon a potential Chinese investment in HFN territory, (iii) there would be a non-speculative possibility of such moratorium being found to contravene the CCFIPPA, and (iv) Canada would not retain sufficient policy flexibility to deal with this in a way that would avoid any adverse impact upon the HFN's asserted Aboriginal interests.

- c. Conclusions regarding the potential effects that HFN claims will result from a change in the legal framework applicable to land and resource regulation

[132] For the reasons given above, HFN has not demonstrated that the ratification of the CCFIPPA has the non-speculative and appreciable potential to adversely impact HFN's asserted Aboriginal interests, as a result of any changes that the CCFIPPA will make to the legal framework applicable to land and resource regulation in Canada.

question, la PNH a relevé que le gouvernement Tlichó a conclu un accord sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale avec le Canada ainsi qu'avec le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, et que l'article 7.13.6 de cet accord exige que le gouvernement Tlichó, sur demande du gouvernement du Canada et dans l'éventualité d'une décision défavorable rendue par un tribunal arbitral international à l'égard d'une loi ou d'une mesure prise par le gouvernement Tlichó dans l'exercice de sa compétence, remédie à sa loi ou à la mesure prise pour permettre au Canada de s'acquitter de ses obligations internationales. La PNH a laissé entendre qu'il n'était pas déraisonnable de s'attendre à ce qu'elle soit contrainte de consentir à une disposition similaire dans tout accord du même type qu'elle pourrait éventuellement négocier avec le Canada et avec le gouvernement de la Colombie-Britannique.

[131] Là encore, je n'ai pas été convaincu qu'il existe une possibilité importante et non hypothétique que ce scénario se produise, surtout en raison de l'absence d'éléments de preuve selon lesquels i) la PNH étudie la possibilité d'adopter un tel moratoire, ii) un tel moratoire puisse d'une manière ou d'une autre avoir des effets préjudiciables sur un possible investissement chinois dans le territoire de la PNH, iii) il y aurait une possibilité non hypothétique que l'on juge qu'un tel moratoire contrevient à l'Accord, et iv) le Canada ne garderait pas suffisamment de flexibilité pour régler cette situation d'une manière n'entraînant aucun effet préjudiciable sur les droits ancestraux revendiqués par la PNH.

- c) Les conclusions concernant les possibles effets qui, selon la PNH, découleront d'une modification dans le cadre juridique applicable à la réglementation des terres et des ressources

[132] Pour les motifs exposés ci-dessous, la PNH n'a pas démontré que la ratification avait un potentiel non hypothétique et important d'avoir des effets préjudiciables sur les droits ancestraux revendiqués par la PNH, en raison des changements que l'Accord apportera au cadre juridique applicable à la réglementation des terres et des ressources au Canada.

[133] My conclusion in this regard is reinforced by the following:

a. Canada's experience under NAFTA and the 24 FIPAs that it has entered into with other countries is perhaps the best available evidence that is relevant to an assessment of the potential for the CCFIPPA to have the effects identified by HFN. Indeed, that experience is more relevant than the international experience under agreements to which Canada is not a party, and in respect of which HFN identified only a very small number of arbitral decisions in the course of this proceeding.

- As discussed at paragraph 104 above, Mr. Thomas' uncontradicted evidence is that only one of 11 cases that post-date the 2001 Interpretation Note and that have raised a challenge under the MST obligation in Article 1105 of the NAFTA have succeeded. In any event, the total number of cases in which Canada has been found to have violated that obligation is extremely small.

- Likewise, as discussed at paragraph 119, above, Mr. Thomas also provided uncontested evidence that, apart from one notice to file a claim, which did not proceed to the establishment of a tribunal, there have been no other claims, let alone a tribunal finding against Canada, in respect of any federal, provincial or territorial measures taken in relation to Aboriginal rights or interests, or in respect of allegedly unlawful measures taken by First Nations themselves; and there has only been one such claim filed against the United States, which was rejected.

- Only two judgments for damages have ever been rendered against Canada (*Pope & Talbot* and *S.D. Myers*, above), in an aggregate amount of less than \$7 million, although there has been an adverse finding of liability against Canada in a third case (*Mobil*, above), in which damages remain to be determined; and there are approximately six others in which claims have been filed but not resolved, and a

[133] Ma conclusion à cet égard est renforcée par les éléments suivants :

a. L'expérience du Canada au sein de l'ALÉNA et dans le cadre des 24 APIE conclus avec d'autres États constitue possiblement la meilleure preuve disponible pertinente pour examiner la possibilité que l'Accord ait les effets relevés par la PNH. Effectivement, cette expérience est plus pertinente que celle des autres pays au sein d'accords auxquels le Canada n'est pas partie et à l'égard desquels la PNH a décelé uniquement un petit nombre de décisions arbitrales au cours de la présente instance.

- Comme il a été discuté précédemment au paragraphe 104, d'après le témoignage non contredit de M. Thomas, seulement une des 11 affaires qui sont postérieures à la Note d'interprétation de 2001 et qui soulevaient une contestation fondée sur l'obligation relative à la NMT prévue à l'article 1105 de l'ALÉNA s'était soldée par l'acceptation de la contestation. Dans tous les cas, le nombre total de cas dans lesquels on a conclu que le Canada contrevient à cette obligation est extrêmement faible.

- Dans la même veine, comme il a été discuté précédemment au paragraphe 119, M. Thomas a aussi donné un témoignage non contesté portant que, à l'exception d'une notification d'intention de déposer une plainte, laquelle n'avait pas entraîné la constitution d'un tribunal arbitral, il n'y a pas eu d'autres plaintes, et encore moins une décision d'un tribunal, contre le Canada à l'égard d'une mesure fédérale, provinciale ou territoriale adoptée relativement aux droits ancestraux ou à l'égard de mesures prétendument illégales adoptées par des Premières Nations elles-mêmes, et il n'y a eu qu'une seule plainte de ce type qui a été déposée contre les États-Unis, laquelle a été rejetée.

- Seules deux décisions accordant des dommages-intérêts ont été prononcées contre le Canada dans le passé (*Pope & Talbot* et *S.D. Myers*, précitées); pris cumulativement, les dommages-intérêts étaient de moins de 7 millions de dollars, malgré le fait qu'il y ait eu une conclusion défavorable quant à la responsabilité du Canada dans une troisième affaire (*Mobil*, précitée), affaire dans laquelle les dommages restent à

further two in which a notice of intent has been filed but no formal claim has been made.

- As discussed at paragraph 112 above, only two claims against Canada under the NAFTA have ever been settled with compensation, for an aggregate amount of approximately \$160 million (transcript, at pages 343–348).

- Mr. MacKay, whose evidence on this point does not appear to have been contradicted, stated in his affidavit that he is not aware of any evidence suggesting that any of the aforementioned losses or monetary settlements have implicated or impaired Canada's ability to regulate in the public interest in a non-discriminatory manner, and none of the claims that have ever been brought against Canada have involved Aboriginal rights (MacKay affidavit, at paragraph 69). He also provided uncontested evidence that, to his knowledge, no Canadian court has ever found that either the MST or expropriation provisions in international agreements to which Canada is a party interferes with or are incompatible with Aboriginals' claims or rights; and, indeed, no litigation has ever been initiated in Canada by Aboriginal groups regarding an alleged impact on Aboriginal rights of any FIPA or other investment treaty, including the NAFTA, since 1989 (MacKay affidavit, at paragraphs 59 and 69).

- It appears to be common ground between the parties that, to date, there have been no claims filed against Canada under any of the 24 FIPAs that it has entered into.

b. The aggregate existing level of investment in Canada by Chinese investors is a small fraction of the level of aggregate level of investment in Canada by U.S. investors in each year since the NAFTA came into force on

être établis. Il y a aussi environ six autres causes dans lesquelles des plaintes ont été déposées et pour lesquelles aucun règlement n'est intervenu, ainsi que deux autres causes dans lesquelles une notification d'intention a été déposée, mais où aucune plainte officielle n'a été présentée.

- Comme il a été mentionné précédemment au paragraphe 112, seules deux plaintes contre le Canada en vertu de l'ALÉNA ont été réglées par le versement d'une compensation, pour un montant cumulatif d'environ 160 millions de dollars (transcription, aux pages 343 à 348).

- M. MacKay, dont le témoignage à ce sujet ne semble pas avoir été contredit, a déclaré dans son affidavit qu'il n'avait pas connaissance de l'existence d'éléments de preuve laissant entendre que les pertes ou les règlements pécuniaires susmentionnés ont eu des répercussions ou ont entravé la capacité du Canada de prendre des règlements dans l'intérêt public de manière non discriminatoire, et aucune des plaintes qui ont été intentées contre le Canada ne concernait les droits ancestraux (affidavit de MacKay, au paragraphe 69). Il a aussi témoigné, et cela n'a pas été contesté, qu'à sa connaissance, aucune cour canadienne n'avait conclu que les dispositions relatives à la NMT ou à l'expropriation dans les accords internationaux auxquels le Canada est partie portaient atteinte à des revendications autochtones ou à des droits ancestraux, ni qu'elles étaient incompatibles avec ceux-ci; effectivement, les groupes autochtones n'ont introduit aucun litige au Canada relativement aux effets prétendus d'un APIE ou d'un autre traité d'investissement, y compris l'ALÉNA, sur les droits ancestraux depuis 1989 (affidavit de MacKay, aux paragraphes 59 et 69).

- Les parties semblent convenir que, à ce jour, aucune plainte n'a été déposée contre le Canada sous le régime de l'un des 24 APIE qu'il a conclu.

b. Tout ce que les Chinois ont investi au Canada jusqu'à maintenant ne représente qu'une petite partie de ce que les Américains investissent chaque année depuis que l'ALÉNA est entré en vigueur, le 1^{er} janvier 1994. Selon

January 1, 1994. According to Mr. MacKay's uncontested evidence, in 2011, the latest year for which data is available, Chinese investors had an aggregate of approximately \$10.9 billion in investment in Canada, versus approximately \$326 billion from U.S. investors—almost 30 times the level of aggregate investment from China. Although CNOOC Ltd. subsequently purchased Nexen, Inc. in a transaction valued at approximately \$15 billion, Mr. MacKay's uncontested evidence is that most of Nexen's assets are located outside Canada (MacKay cross, applicant's record, at page 485). According to data included at Exhibit H to Mr. MacKay's affidavit, the level of aggregate investment in Canada from U.S. investors was approximately \$103 billion in 1994 and has steadily increased since that time.

c. No evidence was led to demonstrate or to even suggest that the experience under the CCFIPPA is likely to be any different than the experience to date under the NAFTA or the 24 FIPAs to which Canada currently is a party.

d. There is no evidence that any sub-national governments in Canada have been fettered or "chilled" by NAFTA or the 24 FIPAs in force, from legislating in the public interest. Indeed, the moratoriums imposed by the Government of Quebec against natural (shale) gas fracking (in respect of which a Notice of Intent was filed in 2012 by Lone Pine Resources Inc.) and by Ontario against offshore wind farms (in respect of which Windstream Energy LLC filed a claim in 2013) suggest that they have not been so fettered or "chilled".

e. Apart from Ms. Sayers' hearsay evidence obtained from the *Wall Street Journal*, which reported that China Investment Corp. was close to purchasing a 12.5% stake in some timber assets held by Island Timberlands LP for approximately \$100 million, there is no evidence regarding actual or potential future investment in HFN's claimed territory, let alone on its reserves, by Chinese investors.

le témoignage non contesté de M. MacKay, en 2011, soit la dernière année pour laquelle des données sont disponibles, la somme des investissements chinois au Canada s'élevait à 10,9 milliards de dollars, comparativement à environ 326 milliards de dollars pour les investisseurs américains — un chiffre qui représente environ 30 fois le niveau d'investissement total provenant de la Chine. Bien que CNOOC Ltd. ait subséquemment fait l'acquisition de Nexen, Inc. dans une transaction dont la valeur s'élevait approximativement à 15 milliards de dollars, selon le témoignage non contesté de M. MacKay, la plupart des actifs de Nexen sont situés à l'extérieur du Canada (contre-interrogatoire de MacKay, dossier de la demanderesse, à la page 485). Selon les données incluses dans la pièce H de l'affidavit de M. MacKay, le niveau total d'investissement au Canada provenant d'investisseurs américains s'élevait à environ 103 milliards de dollars en 1994 et s'est constamment accru depuis ce temps.

c. Aucune preuve n'a été présentée pour démontrer, ou même laisser entendre, que la situation sous le régime de l'Accord sera probablement différente que la situation qui prévaut sous le régime de l'ALÉNA ou des 24 APIE auxquels le Canada est actuellement partie.

d. Rien ne démontre que l'ALÉNA ou les 24 APIE en vigueur ont entravé ou « dissuadé » des gouvernements infranationaux du Canada de légiférer dans l'intérêt public. Effectivement, le moratoire imposé par le gouvernement du Québec contre la fracturation du gaz naturel (de schiste) (au sujet duquel une notification d'intention a été déposée en 2012 par Lone Pine Resources Inc.) ainsi que celui imposé par l'Ontario contre les parcs éoliens extracôtiers (à l'égard duquel Windstream Energy LLC a déposé une plainte en 2013) donne à penser qu'il n'y a eu ni entrave, ni dissuasion.

e. À l'exception de la preuve par oui-dire présentée par M^{me} Sayers et qu'elle avait obtenue du *Wall Street Journal*, lequel rapportait que China Investment Corp. était près de faire l'acquisition, pour la somme d'environ 100 millions de dollars, d'une participation de 12,5 p. 100 dans certains actifs détenus par Island Timberlands LP dans le secteur du bois d'œuvre, il n'y a pas de preuve concernant d'actuels ou potentiels investissements, par des investisseurs chinois, à l'intérieur du territoire revendiqué par la PNH, et encore moins sur ses réserves.

f. No evidence was led to demonstrate or even to suggest that any existing federal or sub-national measures, including any measures established by HFN, might contravene or be in conflict with any of the provisions in the CCFIPPA.

g. There is very little, if any, evidence of a causal link between the CCFIPPA and potential investment in Canada by Chinese investors, and there is no such evidence of such a link to any potential investment in HFN territory. The only evidence that was adduced in this case was in a document entitled Final Environmental Assessment of the Canada-China Foreign Investment Protection Agreement (FIPA), included at Exhibit BB to Mr. MacKay's affidavit. At section II of that document, the following statement is made:

In the initial [Environmental Assessment], it was found that significant changes to investment in Canada were not expected to occur as a result of the Canada-China FIPA In this Final [Environmental Assessment], the claim that no significant environmental impacts are expected based on the introduction of a Canada-China FIPA are upheld; however, over time, Chinese investors have shown greater interest in investing in Canada, and this trend is likely to continue, if not increase with the introduction of a FIPA.

h. Even if the only reasonable accommodation of an Aboriginal right asserted by HFN would require action such as the expropriation of lands or a moratorium, an arbitral panel would have no power to enjoin such action, and any award that may be made on behalf of a Chinese investor would be made solely against Canada. HFN will never be a respondent in any action initiated by a Chinese investor under the CCFIPPA.

i. HFN's existing law making powers are those conferred under the *Indian Act* to over 600 bands, and are confined to zoning and land use planning, the preservation, protection and management of animals and fish, and business licensing and regulation (sections 81 to 83 of the *Indian Act*).

f. Aucune preuve n'a été produite pour démontrer, ou même laisser entendre, que des mesures fédérales ou infranationales en vigueur, y compris des mesures mises sur pied par la PNH, pourraient contrevenir ou être incompatibles avec quelque disposition de l'Accord.

g. Il y a très peu, s'il en est, de preuve démontrant l'existence d'un lien de causalité entre l'Accord et de possibles investissements au Canada par des investisseurs chinois, et il n'y a pas de preuve de l'existence d'un tel lien à l'égard de possibles investissements à l'intérieur du territoire de la PNH. Le seul élément de preuve produit en l'espèce était un document intitulé Évaluation environnementale définitive de l'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) Canada-Chine, qui était joint à l'affidavit de M. MacKay en tant que pièce BB. La mention suivante apparaît à la section II de ce document :

Les auteurs de [l'évaluation environnementale] initiale ont indiqué que la mise en œuvre de l'APIE Canada-Chine n'était susceptible d'entraîner ni des changements importants au chapitre de l'investissement [...] Dans [l'évaluation environnementale] définitive, on réitère que la mise en œuvre de l'APIE Canada-Chine n'aura aucun impact environnemental important; toutefois, au fil des années, les investisseurs chinois ont manifesté de plus en plus leur désir d'investir au Canada, et cette tendance va probablement se poursuivre, voire augmenter, à la suite de la mise en œuvre de l'APIE.

h. Même si le seul accommodement raisonnable à l'égard d'un droit ancestral revendiqué par la PNH devait nécessiter la prise de mesures comme une expropriation de terres ou un moratoire, un tribunal arbitral n'aurait pas compétence pour interdire une telle mesure, et toute décision qui pourrait être rendue en faveur d'un investisseur chinois serait seulement rendue contre le Canada. La PNH ne sera jamais défenderesse dans une action introduite par un investisseur chinois sous le régime de l'Accord.

i. Les pouvoirs législatifs dont la PNH dispose sont ceux conférés par la *Loi sur les Indiens* à plus de 600 bandes, et sont limités au zonage et à la planification d'aménagement des terres, à la conservation, la protection et la gestion du gibier et du poisson ainsi que la délivrance de permis aux entreprises et la réglementation de celles-ci (articles 81 à 83 de la *Loi sur les Indiens*).

j. HFN's existing Land Use Plan and Cedar Access Strategy can not be challenged by a Chinese investor.

k. The boundaries of HFN's claimed traditional territory remain uncertain. There are at least nine First Nations whose claimed traditional territory overlaps with HFN's claimed traditional territory (affidavit of Jim Barkwell, respondents' record, Volume II, Tab 34, at paragraph 16).

[134] I agree with the respondents that HFN's submissions ultimately may be reduced to the assertions that, irrespective of Canada's experience to date under the NAFTA and the 24 other FIPAs to which it is a party, and with Chinese investment in Canada in general, (i) such investment in its territory may occur in the future, (ii) a measure may one day be adopted in relation to that investment, (iii) a claim may be brought against Canada by the hypothetical investor, (iv) an award will be made against Canada in respect of the measure in question, notwithstanding the basic nature of the obligations in the CCFIPPA, the Aboriginal Reservation, and the other exceptions therein, and (v) Canada's ability to protect and accommodate HFN's asserted Aboriginal interests will be diminished, either as a result of that award, because Canada would be chilled by the prospect of such an award. HFN has failed to demonstrate that this scenario is anything other than speculative and remote.

(iii) *Adverse impacts on the scope of self-government that HFN may be able to achieve*

[135] HFN submits that the legal rights granted to Chinese investors under the CCFIPPA will have a direct adverse impact on the scope of self-government which it can achieve either through (i) the exercise of its Aboriginal rights, (ii) the treaty-making process, or (iii) the exercise of delegated authority from the federal or provincial governments. HFN maintains that no matter what type of governance structure it utilizes, its authority will be limited or constrained by disciplines in the

j. Un investisseur chinois ne peut contester le plan d'aménagement du territoire et la CAS dont la PNH est actuellement dotée.

k. Les frontières du territoire que la PNH revendique comme étant son territoire traditionnel restent incertaines. Il y a au moins neuf Premières Nations dont le territoire traditionnel revendiqué recoupe celui revendiqué par la PNH (affidavit de M. Jim Barkwell, dossier des défendeurs, volume II, onglet 34, au paragraphe 16).

[134] Je conviens avec les défendeurs que les observations de la PNH peuvent ultimement être ramenées à des affirmations au sujet des investissements chinois au Canada en général, et indépendamment de l'expérience du Canada à ce jour dans le cadre de l'ALÉNA et des 24 autres APIE auxquels il est partie, portant que i) de tels investissements pourraient éventuellement être faits dans son territoire, ii) une mesure pourrait possiblement être adoptée à l'avenir relativement à cet investissement, iii) l'investisseur hypothétique pourrait déposer une plainte contre le Canada, iv) une décision arbitrale pourrait être rendue à l'encontre du Canada au sujet de la mesure en question, malgré la nature rudimentaire des obligations prévues dans l'Accord, l'existence de la réserve relative aux Autochtones et les autres exceptions qui y sont contenues, et v) la capacité du Canada de protéger et d'accommoder les droits ancestraux revendiqués par la PNH sera diminuée, soit en raison de cette décision arbitrale, soit parce que l'éventualité d'une telle décision aura un effet de dissuasion sur le Canada. La PNH n'a pas réussi à démontrer que ce scénario est quoi que ce soit d'autre que conjectural ou lointain.

iii) *Les effets préjudiciables sur l'étendue d'autonomie gouvernementale que la PNH pourra réaliser*

[135] La PNH soutient que les garanties juridiques conférées aux investisseurs par l'Accord auront un effet préjudiciable direct sur l'étendue d'autonomie gouvernementale qu'elle pourra réaliser par l'entremise i) de l'exercice de ses droits ancestraux, ou ii) du processus de conclusion de traités, ou iii) de l'exercice de pouvoirs délégués par le gouvernement fédéral ou les gouvernements provinciaux. La PNH soutient que, peu importe le type de structure de gouvernance dont elle se dote, son

CCFIPPA, including the rights that it grants to Chinese investors. It asserts that this adverse impact is sufficient to trigger Canada's duty to consult with it prior to ratification of the CCFIPPA. I respectfully disagree.

[136] In support of its submissions on this point, HFN notes that, pursuant to paragraph 2 of Article 2 of the CCFIPPA, the treaty will apply to any entity whenever that entity exercises any regulatory, administrative or other governmental authority delegated to it by a Contracting Party. Accordingly, it states that it will be subject to the CCFIPPA, whether it exercises law making or governance powers pursuant to an aboriginal right, through a delegation agreement with a province and/or the federal government, or through a treaty protected by section 35 of the Constitution.

[137] It is common ground between the parties that HFN has never signed a treaty or "land claim agreement" with the Crown in right of Canada or British Columbia. However, HFN is a party, together with Canada and the Government of British Columbia, to a non-legally binding agreement entitled Framework Agreement to Negotiate a Treaty (Framework Agreement), dated July 27, 2007. According to Mr. Barkwell's uncontested affidavit evidence, that agreement was entered into within the framework of the British Columbia Treaty Process (B.C. Treaty Process). By 2009, HFN had advanced to Stage 4 [Negotiation of an Agreement in Principle] of that process, which has six stages and is not structured to require any assessment or proof of Aboriginal rights or title. While there have been no active negotiations since 2009, the uncontested evidence of Ms. Sayers is that HFN remains committed to that process (Sayers cross, respondents' record, Volume III, pages 915–916). The substantive matters under negotiation, and reflected in the Framework Agreement, include the following [at section 5.1]:

pouvoir sera limité ou circonscrit par les dispositions contraignantes de l'Accord, y compris les droits qu'il accorde aux investisseurs chinois. Elle affirme que cet effet préjudiciable suffit pour déclencher l'obligation du Canada de la consulter avant de ratifier l'Accord. En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

[136] À l'appui de ses observations à ce sujet, la PNH fait remarquer que, conformément au paragraphe 2 de l'article 2 de l'Accord, le traité s'appliquera à toute entité qui exerce un pouvoir réglementaire, administratif ou toute autre prérogative de puissance publique qui lui est délégué par cette Partie contractante. Par conséquent, la demanderesse déclare qu'elle sera assujettie à l'Accord, et ce, peu importe qu'elle exerce ses pouvoirs d'adoption des lois ou de gouvernance en vertu d'un droit ancestral ou par l'entremise d'une entente de délégation conclue avec une province et/ou le gouvernement fédéral ou par l'entremise d'un traité jouissant des garanties prévues par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[137] Les parties conviennent que la PNH n'a jamais conclu de traité ou [TRADUCTION] « d'accord sur les revendications territoriales » avec la Couronne du chef du Canada ou de la Colombie-Britannique. Cependant, la PNH est partie, conjointement avec le Canada et avec le gouvernement de la Colombie-Britannique, à une entente non contraignante intitulée Framework Agreement to Negotiate a Treaty (l'Entente-cadre), datée du 27 juillet 2007. Selon le témoignage par affidavit non contesté de M. Barkwell, cette entente a été conclue dans le cadre du Processus des Traités de la Colombie-Britannique (le Processus des Traités de la C.-B.). En 2009, la PNH était rendue à l'étape 4 [Negotiation of an Agreement in Principle] de ce processus, qui en compte six et qui n'est pas conçu de manière à exiger un examen ou une preuve de droits ancestraux ou d'un titre aborigène. Bien que les parties n'aient pas négocié activement depuis 2009, la PNH est toujours engagée dans ce processus, selon le témoignage non contesté de M^{me} Sayers (contre-interrogatoire de Sayers, dossier des défendeurs, volume III, aux pages 915 et 916). Les matières visées par les négociations et qui se retrouvent dans l'Entente-cadre [à la section 5.1] sont notamment :

- 5.1.1 Land, including title, law-making authority, selection and access;
- 5.1.2 Water and water resources;
- 5.1.3 Forestry and forest resources;
- 5.1.4 Fisheries and marine resources;
- 5.1.5 Language, heritage and culture;
- 5.1.6 Mining and subsurface resources;
- 5.1.7 Wildlife and migratory birds;
- 5.1.8 Governance;
- 5.1.9 Financial component including, but not limited to, fiscal arrangements and sharing of resource revenues and royalties;
- 5.1.10 Environmental Management;
- 5.1.11 General provisions, including, but not limited to, certainty, eligibility and enrollment, ratification, amendment, implementation and dispute resolution; and
- 5.1.12 The settlement of [HFN]'s claims of aboriginal rights and title, including but not limited to, the related financial component ... and the related certainty issues referred to [above].

[138] In addition to the foregoing, HFN notes that it already engages in some land use regulation through its Land Use Plan and the associated Cedar Access Strategy.

[139] HFN asserts that because of Canada's agreement to be bound by the CCFIPPA, the HFN may be prevented from negotiating an agreement or treaty which protects its rights to exercise its authority in the best interests of the Hupacasath people, including to conserve, manage and protect lands, resources and habitats and to engage in other governance activities, in accordance with traditional Hupacasath laws, customs and practices.

[140] It is important to distinguish between potential adverse effects on asserted Aboriginal rights and potential adverse effects on a First Nation's future negotiating position. The duty to consult applies solely to the former, where they are demonstrated to be non-speculative, appreciable and causally linked to particular conduct contemplated by the Crown. Stated alternatively, that duty does not apply to contemplated conduct that may simply have potential adverse effects on HFN's future negotiating position (*Rio Tinto*, above, at paragraphs 46 and 50). It also does not apply to other interests of

[TRANSLATION]

- 5.1.1 Les terres, y compris le titre, le pouvoir d'adopter des lois, le choix et l'accès;
- 5.1.2 L'eau et les ressources en eau;
- 5.1.3 Les forêts et ressources forestières;
- 5.1.4 Les pêcheries et les ressources marines;
- 5.1.5 La langue, le patrimoine et la culture;
- 5.1.6 L'exploitation minière et les ressources sous-terraines;
- 5.1.7 La faune et les oiseaux migrateurs;
- 5.1.8 La gouvernance;
- 5.1.9 Les questions financières, y compris les ententes fiscales et le partage des revenus et des redevances provenant des ressources;
- 5.1.10 La gestion de l'environnement;
- 5.1.11 Les dispositions générales, y compris la certitude, l'admissibilité et l'inscription, la ratification, la modification, la mise en œuvre et le règlement des différends; et
- 5.1.12 Le règlement des revendications de la [PNH] quant aux droits ancestraux et au titre aborigène, notamment l'aspect financier connexe [...] et les questions de certitude mentionnées [ci-dessus].

[138] En plus de ce qui précède, la PNH relève qu'elle effectue déjà une certaine réglementation quant à l'usage des terres, notamment par l'entremise de son plan d'aménagement du territoire et de la CAS qui s'y rattache.

[139] La PNH affirme que le consentement du Canada à être lié par l'Accord pourrait l'empêcher de négocier une entente ou un traité protégeant ses droits d'exercer son pouvoir dans l'intérêt supérieur du peuple hupacasath, notamment en ce qui a trait à la conservation, la gestion et la protection des terres, des ressources et des habitats, ainsi que de s'engager dans d'autres activités de gouvernance, conformément aux lois, coutumes et pratiques traditionnelles des Hupacasaths.

[140] Il est important d'effectuer une distinction entre les effets préjudiciables potentiels sur les droits ancestraux revendiqués et les effets préjudiciables potentiels sur la position de négociation ultérieure d'une Première Nation. L'obligation de consulter s'applique seulement aux premiers de ces effets préjudiciables lorsqu'il est démontré que ceux-ci ne sont pas hypothétiques, qu'ils sont importants et qu'il existe un lien de causalité entre ces effets et la mesure précise envisagée par la Couronne. Autrement dit, cette obligation ne s'applique pas à la mesure envisagée qui pourrait simplement avoir des

HFN that do not specifically concern HFN's asserted Aboriginal rights, as listed at paragraph 53 above.

[141] Accordingly, to the extent that any of the potential adverse impacts identified by HFN concern matters that may, as a result of the CCFIPPA, be more or less likely to be addressed in any future treaty that HFN may negotiate with Canada, and that do not directly concern HFN's asserted Aboriginal rights themselves, those potential impacts cannot give rise to a duty to consult. This includes adverse impacts on those dimensions of "the best interests of the Hupacasath people" and "other governance activities" which do not directly concern HFN's asserted Aboriginal rights (*Ahousaht First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2007 FC 567, [2007] 4 C.N.L.R. 1, at paragraphs 31–32; affd 2008 FCA 212, 297 D.L.R. (4th) 722 (*Ahousaht FCA*), at paragraph 37).

[142] HFN expressed a specific concern that any governance rights to be included in any treaty that may be negotiated as part of the B.C. Treaty Process, or otherwise, will have to conform to Canada's international legal obligations, including those under the CCFIPPA. In this regard, it identified a number of agreements concluded between First Nations and the federal, provincial or territorial governments which make this clear. These include the *Yekooche First Nation Agreement-in-Principle* [August 22, 2005] (at paragraph 24.b) and the *K'ómoks Agreement-in-Principle* [March 24, 2012] (at paragraph 35), which require that any Final Agreement provide for the consistency of the First Nations' laws and other exercises of power with Canada's international legal obligations. Similarly, the *Westbank First Nation Self-Government Agreement* (section 36) requires that First Nation to take all necessary steps to "ensure compliance of its laws and actions with Canada's international legal obligations" and requires it to "remedy any Westbank Law or action found to be inconsistent with Canada's international legal obligations by an international treaty body or other competent tribunal". A number of other agreements identified by HFN contain similar provisions.

effets préjudiciables potentiels sur la position de négociation ultérieure de la PNH (*Rio Tinto*, précité, aux paragraphes 46 et 50). L'obligation ne s'applique pas non plus aux autres intérêts de la PNH qui ne concernent pas précisément les droits ancestraux qu'elle revendique, lesquels figurent au paragraphe 53 ci-dessus.

[141] Par conséquent, dans la mesure où les effets préjudiciables potentiels relevés par la PNH concernent des objets dont il est plus ou moins probable qu'ils soient abordés dans les traités que la PNH pourrait négocier ultérieurement avec le Canada en raison de l'Accord et qui ne concernent pas directement les droits ancestraux revendiqués par la PNH en soi, ces effets potentiels ne peuvent pas déclencher l'obligation de consulter. Cela comprend les effets préjudiciables sur ces aspects de [TRADUCTION] « l'intérêt supérieur du peuple hupacasath » et sur [TRADUCTION] « les autres activités de gouvernance » qui ne se rapportent pas aux droits ancestraux revendiqués par la PNH (*Première Nation des Ahousaht c. Canada (Pêches et Océans)*, 2007 CF 567, aux paragraphes 31 et 32; conf. par 2008 CAF 212 (*Ahousaht CAF*), au paragraphe 37).

[142] La PNH s'est expressément montrée préoccupée par le fait que tout droit de gouvernance qui sera prévu dans un traité qui pourrait être négocié dans le cadre du Processus des Traités de la C.-B., ou dans un autre cadre, devra être conforme aux obligations internationales du Canada, y compris celles prévues par l'Accord. À cet égard, elle a relevé un certain nombre d'ententes conclues entre des Premières Nations et le gouvernement fédéral ainsi que les gouvernements provinciaux et territoriaux qui sont sans équivoque à ce sujet. Parmi ces ententes, on retrouve l'*Entente de principe de la Première Nation Yekooche* [22 août 2005] (à l'alinéa 24.b) et l'*Entente de principe de la Première Nation des K'ómoks* (au paragraphe 35), qui exigent que toute Entente définitive prescrive que les lois adoptées par les Premières Nations ainsi que les autres formes d'exercice du pouvoir délégué soient compatibles avec les obligations juridiques internationales du Canada. Dans la même veine, l'*Accord d'autonomie gouvernementale de la Première Nation de Westbank* exige, au paragraphe 36, que la Première Nation prenne toutes les mesures nécessaires « pour que ses lois et ses actions soient conformes aux obligations juridiques internationales du Canada » et

[143] If HFN's position is that the CCFIPPA increases, to a non-trivial degree, the probability that these types of provisions will be required to be included in any Final Agreement or other treaty that it may ultimately negotiate with Canada, this was not supported by any evidence. The same is true if HFN's position is that the ratification of the CCFIPPA will reduce the scope for HFN to avoid having to agree to these types of provisions, or to negotiate alternative provisions that may impose lesser constraints on its ability to protect its asserted Aboriginal rights. Indeed, HFN repeatedly asserted during its oral submissions that it is already highly probable, if not virtually certain, that Canada will insist on the inclusion of these types of provisions in any Final Agreement or other treaty that it may ultimately negotiate with HFN (transcript, at pages 23 and 153–157). The presence of those provisions in the above-mentioned agreements, and others appended to Ms. Sayers' affidavit, lends support to this view.

[144] Given the existence of those provisions in those agreements, and in the absence of evidence to suggest that, but for the ratification of the CCFIPPA, HFN may have been able to negotiate different provisions that provide greater scope for HFN to protect its asserted Aboriginal rights, I am satisfied that HFN has not established the required causal link between the ratification of the CCFIPPA and the potential adverse impacts that it has identified. Stated differently, I am satisfied that HFN has not established a causal link between the ratification of the CCFIPPA and the types of treaty provisions that it has identified, and that it may have to agree to include in any future treaty that it ultimately negotiates with Canada. The evidence suggests that Canada is likely to require HFN to exercise its treaty rights in a manner consistent with the types of obligations that are in the CCFIPPA, in any event.

oblige celle-ci à « remédier à toute Loi de Westbank ou action de la Première Nation de Westbank qui aura été jugée incompatible avec les obligations juridiques internationales du Canada par un organe de surveillance d'un traité international ou tout autre tribunal compétent ». Un certain nombre des autres ententes relevées par la PNH contiennent des dispositions similaires.

[143] Si la thèse de la PNH est que l'Accord accroît, de manière non négligeable, la probabilité que ces types de dispositions doivent être inclus dans toute entente définitive ou dans tout autre traité qu'elle pourrait éventuellement négocier avec le Canada, cela n'était pas étayé par la preuve. On peut dire de même si la thèse de la PNH est que la ratification de l'Accord réduira la marge de manœuvre dont elle dispose pour ne pas devoir consentir à ce type de dispositions, ou pour négocier des dispositions de rechange qui pourraient imposer des contraintes moins lourdes sur sa capacité de protéger les droits ancestraux qu'elle revendique. En fait, la PNH a répété à maintes reprises dans ses plaidoiries qu'il est déjà hautement probable, sinon pratiquement certain, que le Canada va insister pour que ce type de dispositions soit inclus dans toute entente définitive ou tout autre traité qu'il pourrait en fin de compte négocier avec la PNH (transcription, aux pages 23, 153 à 157). La présence de ces dispositions dans les ententes citées ci-dessus ainsi que dans celles jointes à l'affidavit de M^{me} Sayers tend à appuyer cette thèse.

[144] Étant donné la présence de ce type de dispositions dans ces ententes et en l'absence de preuve donnant à penser que, si ce n'était pas de la ratification de l'Accord, la PNH aurait pu être capable de négocier des dispositions différentes lui accordant une plus grande marge de manœuvre pour protéger les droits ancestraux qu'elle revendique, je suis convaincu que la PNH n'a pas établi l'existence du lien de causalité requis entre la ratification de l'Accord et les effets préjudiciables potentiels qu'elle a relevés. Autrement dit, je suis convaincu que la PNH n'a pas établi l'existence d'un lien causal entre la ratification de l'Accord et les types de dispositions de traités qu'elle a relevés et auxquels elle pourrait devoir consentir dans des traités ultérieurs qu'elle négociera avec le Canada. La preuve donne à penser qu'il est probable que le Canada contraigne la PNH à exercer ses droits issus de traités d'une manière compatible avec le type d'obligations prévu par l'Accord, et ce, dans toute éventualité.

[145] In its written and oral submissions, HFN placed great significance on the fact that the ratification of the CCFIPPA would extend the benefit of the provisions described above to Chinese investors. For example, HFN maintained that the CCFIPPA will require HFN to refrain from regulating in a manner which has the effect of substantially diminishing the value of an investment owned by a Chinese national without paying compensation. It further maintained that the CCFIPPA will require HFN to ensure that it provides Chinese investors with “fair and equitable treatment”, as that term has been interpreted by arbitrators; and that HFN will not be able to impose performance requirements which require the use of local products. While it acknowledges that it will still be able to provide preferential treatment to First Nations, it stated that it will be constrained from making distinctions between other companies if some of them have Chinese investors.

[146] However, once again, HFN did not adduce any evidence to suggest that there is a non-speculative and appreciable prospect that, in the absence of the CCFIPPA, HFN may have somehow legislated or acted in a manner that (i) is inconsistent with one or more of the obligations contemplated in the CCFIPPA, but (ii) nevertheless respects Canada’s existing obligations to investors from NAFTA countries and the 24 countries with which Canada has entered into a FIPA (*Ahousaht* FCA, above).

VIII. Conclusion

[147] The potential adverse impacts that HFN claims the ratification of the CCFIPPA would have on its asserted Aboriginal rights, due to changes that the CCFIPPA may bring about to the legal framework applicable to land and resource regulation in Canada, are non-appreciable and entirely speculative in nature. Moreover, HFN has not established the requisite causal link between those potential adverse impacts and the CCFIPPA.

[145] La PNH a accordé une grande importance, autant dans ses observations écrites que dans ses plaidoiries, au fait que la ratification de l’Accord aurait pour effet d’étendre aux investisseurs chinois le bénéfice des dispositions décrites ci-dessus. Par exemple, la PNH a maintenu que l’Accord obligera la PNH à s’abstenir d’adopter des règlements qui auraient pour effet de diminuer de manière importante la valeur d’un investissement détenu par un ressortissant chinois si elle ne lui verse pas de compensation. Elle a aussi soutenu que l’Accord obligera la PNH à garantir qu’elle fournit un « traitement juste et équitable » aux investisseurs chinois, au sens où ce terme a été interprété par les arbitres, et que la PNH ne pourrait imposer des exigences de rendement qui nécessitent l’utilisation de produits locaux. Bien qu’elle reconnaisse qu’elle aura toujours la capacité d’offrir un traitement préférentiel aux Premières Nations, elle a déclaré qu’elle sera contrainte d’effectuer des distinctions entre d’autres sociétés si des investisseurs chinois ont une participation dans certaines d’entre elles.

[146] Cependant, une fois de plus, la PNH n’a pas produit d’éléments de preuve qui donnent à penser qu’il existe une possibilité non hypothétique et importante qu’en l’absence de l’Accord, la PNH aurait d’une manière ou d’une autre adopté une loi ou pris une mesure qui i) n’est pas compatible avec une ou plusieurs des obligations envisagées dans l’Accord, mais qui ii) respecte néanmoins les obligations existantes du Canada envers les investisseurs des pays membres de l’ALÉNA et des 24 pays avec lesquels le Canada a conclu un APIE (*Ahousaht* CAF, précité).

VIII. Conclusion

[147] Les effets préjudiciables potentiels que, selon la PNH, la ratification de l’Accord aurait sur les droits ancestraux qu’elle revendique en raison des changements que l’Accord pourrait entraîner au cadre juridique applicable à la réglementation des terres et des ressources au Canada ne sont pas importants et sont de nature tout à fait hypothétique. De plus, la PNH n’a pas établi l’existence du lien de causalité nécessaire entre ces effets préjudiciables potentiels et l’Accord.

[148] The same is true with respect to HFN's assertions that the rights granted to Chinese investors under the CCFIPPA will directly and adversely impact the scope of self-government which HFN can achieve, either through exercising its Aboriginal rights, through the treaty-making process, or through the exercise of delegated authority from Canada or the Government of British Columbia.

[149] Accordingly, the ratification of the CCFIPPA by Canada without engaging in consultations with HFN would not breach either (i) Canada's constitutional obligation to act honourably with HFN in all of its dealings with HFN, and particularly in respect of HFN's asserted Aboriginal rights, or (ii) Canada's duty to consult with HFN before taking any action that may adversely impact upon those rights.

[150] This application will therefore be dismissed.

JUDGMENT

THIS COURT DECLARES, ADJUDGES AND ORDERS that this application is dismissed with costs.

[148] On peut dire la même chose en ce qui concerne les affirmations de la PNH selon lesquelles les droits octroyés aux investisseurs chinois dans le cadre de l'Accord auront des effets directs et préjudiciables sur l'étendue d'autonomie gouvernementale qu'elle pourra réaliser, que ce soit par l'entremise de l'exercice de ses droits ancestraux, du processus de conclusion des traités ou de l'exercice de pouvoirs délégués par le Canada ou par le gouvernement de la Colombie-Britannique.

[149] Par conséquent, la ratification de l'Accord par le Canada, sans procéder à des consultations auprès de la PNH, ne violerait ni i) l'obligation constitutionnelle du Canada d'agir honorablement avec la PNH dans tous ses rapports avec elle, et particulièrement eu égard aux droits ancestraux qu'elle revendique, ni ii) son obligation de consulter la PNH avant d'adopter une mesure qui pourrait avoir un effet préjudiciable sur ces droits.

[150] La présente demande sera par conséquent rejetée.

JUGEMENT

LA COUR DÉCLARE ET ORDONNE :
La présente demande est rejetée avec dépens.

APPENDIX 1

