

T-1014-20  
2021 FC 758

T-1014-20  
2021 CF 758

**Ermineskin Cree Nation** (*Applicant*)

**La Nation crie Ermineskin** (*demanderesse*)

v.

c.

**The Minister of Environment and Climate Change, the Attorney General of Canada and Coalspur Mines (Operations) Ltd.** (*Respondents*)

**Le ministre de l'Environnement et du Changement climatique, le procureur général du Canada et Coalspur Mines (Operations) Ltd.** (*défendeurs*)

**INDEXED AS: ERMINESKIN CREE NATION v. CANADA (ENVIRONMENT AND CLIMATE CHANGE)**

**RÉPERTORIÉ : NATION CRIE ERMINESKIN c. CANADA (ENVIRONNEMENT ET CHANGEMENT CLIMATIQUE)**

Federal Court, Brown J.—By videoconference, May 19 and 20; Ottawa, July 19, 2021.

Cour fédérale, juge Brown—Par vidéoconférence, 19 et 20 mai; Ottawa, 19 juillet 2021.

*Aboriginal Peoples — Judicial review of order (Designation Order) issued by respondent Minister of Environment and Climate Change — Designation Order designated proposed Vista Coal Mine Phase II Expansion Project (Phase II), proposed limited scale underground test mine (limited Underground Test Mine) added to Vista Coal Mine (Phase I) — Designation Order made under federal Impact Assessment Act (Act), s. 9(1) — Applicant, Indian band within meaning of Indian Act — Also member of Four Nations of Maskwacis — Applicant signatory to Treaty 6 to which Canada also adherent — Applicant holding, exercising Aboriginal and Treaty rights throughout both Treaty 6 territory, Traditional Territory — These rights recognized, affirmed, protected by Constitution Act, 1982, s. 35 — Applicant entering into Impact Benefit Agreement (2019 IBA) with respondent Coalspur by which Coalspur would provide valuable economic, community, social benefits to applicant — Such agreement was entered into after consultation occurred regarding Phase II — Applicant having similar agreement with Coalspur in connection with ongoing Phase I (2013 IBA) — Designation Order of July 2020, which was subject of judicial review herein, had several immediate effects on progress of Phase II, limited Underground Test Mine, such as causing delays or potentially ending benefits to applicant — Applicant submitted that Designation Order would adversely impact Aboriginal, Treaty rights; that honour of Crown imposed duty to consult with applicant on respondent before such Order — Respondent rejected this submission, claiming such losses of benefits not adverse impact relating to Aboriginal or Treaty right — Whether Crown's duty to consult triggered by second designation request, Designation Order; if that were case, what was scope of that duty, was duty fulfilled? — Applicant having Aboriginal, Treaty rights recognized, affirmed by Constitution Act, 1982, s. 35 — Duty to consult triggered when Crown having knowledge of potential existence of*

*Peuples autochtones — Contrôle judiciaire d'un arrêté (l'arrêté de désignation) pris par le défendeur le ministre de l'Environnement et du Changement climatique — Cet arrêté de désignation désignait le projet d'agrandissement de la phase II de la mine de charbon Vista (la phase II), de même qu'un projet de mine d'essai souterraine à échelle restreinte (la mine d'essai souterraine restreinte) ajoutée à la mine de charbon Vista (la phase I) — L'arrêté de désignation a été pris en vertu de l'art. 9(1) d'une loi fédérale, la Loi sur l'évaluation d'impact (la Loi) — La demanderesse est une bande au sens de la Loi sur les Indiens — Elle est également membre des Quatre Nations de Maskwacis — La demanderesse est signataire du Traité n° 6, auquel adhère aussi le Canada — La demanderesse détient et exerce des droits ancestraux ou issus de traités sur tout le territoire visé par le Traité n° 6 ainsi que sur le territoire traditionnel — Ces droits sont reconnus, confirmés et protégés par l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — La demanderesse a conclu avec Coalspur une entente sur les répercussions et les avantages (l'ERA de 2019), aux termes de laquelle Coalspur lui procurerait des avantages économiques, communautaires et sociaux importants — Cette entente a été conclue après la tenue de consultations sur la phase II — La demanderesse a conclu une entente semblable avec Coalspur au sujet de la phase I, qui était en cours (l'ERA de 2013) — L'arrêté de désignation de juillet 2020, lequel faisait l'objet de la demande de contrôle judiciaire dans la présente instance, a eu plusieurs effets immédiats sur l'avancement de la phase II et de la mine d'essai souterraine restreinte; il a notamment retardé et pourrait arrêter les avantages qui reviennent à la demanderesse — La demanderesse a fait valoir que l'arrêté de désignation aurait des effets préjudiciables sur les droits ancestraux ou issus de traités; que l'honneur de la Couronne obligeait le défendeur à consulter la demanderesse avant de prendre l'arrêté de désignation — Le défendeur a*

*Aboriginal right; contemplates conduct that might adversely affect it — All three elements for triggering duty to consult met in present case — Here, Canada took ungenerous approach to duty to consult — Approach was too narrow, was contrary to case law developed under Constitution Act, 1982, s. 35 concerning duty to consult, honour of Crown — Evidence uncontroverted that 2019 IBA designed to compensate applicant for loss of Aboriginal, Treaty rights, including taking up of land — Important, valuable economic, community benefits negotiated in compensation of Aboriginal, Treaty rights, as achieved by applicant in 2019 IBA, entitled to protection through honour of Crown construed generously, purposefully, through its concomitant duty to consult, because closely related to, derivative from underlying Aboriginal or Treaty right — Social, economic, community benefits secured under 2019 IBA threatened with potential adverse impact by Designation Order — Moreover, losses already incurred because Designation Order having already delayed Phase II, limited Underground Test Mine — Such actual, potential adverse impacts not speculative — Applicant not notified re-designation request received or informed that 2019 decision not to designate might be reversed; not given opportunity to consult with Agency or respondent before respondent made Designation Order — Application allowed.*

*Constitutional Law — Aboriginal and Treaty Rights — Respondent Minister of Environment and Climate Change issuing order (Designation Order) designating proposed Vista Coal Mine Phase II Expansion Project (Phase II), proposed limited scale underground test mine (limited Underground Test Mine) added to Vista Coal Mine (Phase I) — Designation Order made under federal Impact Assessment Act (Act), s. 9(1) — Applicant, Indian band within meaning of Indian Act — Also member of Four Nations of Maskwacis — Applicant signatory to Treaty 6 (1876) to which Canada also adherent — Applicant holding, exercising Aboriginal and Treaty*

*rejeté cet argument et dit que cette perte d'avantages n'était pas un effet préjudiciable lié à un droit ancestral ou issu de traité — Il s'agissait de savoir si l'obligation de consulter de la Couronne a été déclenchée par la seconde demande de désignation et par l'arrêté de désignation et, dans l'affirmative, il s'agissait de savoir quelle était la portée de cette obligation et si on s'en était acquitté — La demanderesse jouit de droits ancestraux ou issus de traités qui sont reconnus et confirmés par l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — L'obligation de consulter est déclenchée quand la Couronne a connaissance de l'existence potentielle d'un droit ancestral et qu'elle envisage de prendre une mesure susceptible d'y porter atteinte — Les trois conditions pour déclencher l'obligation de consulter ont été remplies dans la présente affaire — En l'espèce, le Canada a abordé l'obligation de consulter d'une manière non généreuse — Son approche était trop stricte et elle était contraire à la jurisprudence établie à l'égard de l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 au sujet de l'obligation de consulter et de l'honneur de la Couronne — Il était incontesté que l'ERA de 2019 était conçue pour indemniser la demanderesse de la perte de ses droits ancestraux ou issus de traités, ce qui incluait la prise de certaines de ses terres — Les avantages économiques et communautaires importants et précieux qui ont été négociés en guise d'indemnisation de droits ancestraux ou issus de traités, que la demanderesse a obtenus dans l'ERA de 2019, avaient droit à la protection qu'assurent l'honneur de la Couronne, interprétée de manière généreuse et téléologique, et son obligation de consulter concomitante, car ces avantages sont étroitement liés au droit ancestral ou issu de traité sous-jacent et en découlent — Les avantages sociaux, économiques et communautaires garantis par l'ERA de 2019 ont été menacés par l'effet préjudiciable potentiel de l'arrêté de désignation — En outre, des pertes ont déjà été subies, parce que l'arrêté de désignation a déjà retardé la phase II ainsi que la mine d'essai souterraine restreinte — Ces effets préjudiciables réels et potentiels n'étaient pas hypothétiques — La demanderesse n'a pas été avisée de la réception de la demande de désignation et n'a pas été informée que la décision de 2019 de ne pas procéder à la désignation pouvait être annulée; elle n'a pas eu la possibilité de consulter l'Agence ou le défendeur avant que ce dernier prenne l'arrêté de désignation — Demande accueillie.*

*Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — Le défendeur le ministre de l'Environnement et du Changement climatique a pris un arrêté (l'arrêté de désignation) désignant le projet d'agrandissement de la phase II de la mine de charbon Vista (la phase II), de même qu'un projet de mine d'essai souterraine à échelle restreinte (la mine d'essai souterraine restreinte) ajoutée à la mine de charbon Vista (la phase I) — L'arrêté de désignation a été pris en vertu de l'art. 9(1) d'une loi fédérale, la Loi sur l'évaluation d'impact (la Loi) — La demanderesse est une bande au sens de la Loi sur les Indiens — Elle est également membre des Quatre Nations*

rights (Aboriginal rights) throughout both Treaty 6 territory, Traditional Territory — Such rights recognized, affirmed, protected by Constitution Act, 1982, s. 35 — Applicant entering into Impact Benefit Agreement (2019 IBA) with respondent Coalspur by which Coalspur would provide valuable economic, community, social benefits to applicant — Applicant having similar agreement with Coalspur in connection with ongoing Phase I (2013 IBA) — Both intended to compensate applicant for potential impacts caused by natural resource development on ability of applicant members to exercise Aboriginal rights within their Traditional Territory — Phase II also entailing taking up of lands covered by Treaty 6 — Respondent not consulting with, notifying applicant before making Designation Order — Designation Order of July 2020 at issue, having several immediate effects on progress of Phase II, limited Underground Test Mine — Whether Crown's duty to consult triggered by second designation request, Designation Order — Common ground Aboriginal rights having explicit constitutional protection; once established, may not be interfered with by any level of government without justification — Nevertheless, Aboriginal rights not absolute; government may justify regulations or actions that infringe upon or deny Aboriginal rights in appropriate circumstances — In order to safeguard against unjustifiable infringement of Aboriginal rights, Crown must consult with, and, if appropriate, accommodate interests of Indigenous communities where contemplated Crown conduct may impinge on Aboriginal right — This driven in part from desire to bring about reconciliation between Canada, First Nations — Honour of Crown, duty to consult encourages reconciliation by better ensuring Aboriginal rights protected, accommodated — Duty to consult grounded in honour of Crown, which reflects unique contemporary relationship between Crown, Canada's Indigenous peoples — Duty to consult ongoing, may be triggered when decision maker reconsidering earlier decision in light of new information or submissions — That is what happened in present case — Canada's approach to duty to consult too narrow herein, contrary to case law developed under Constitution Act, 1982, s. 35 concerning duty to consult, honour of Crown.

de Maskwacis — La demanderesse est signataire du Traité n° 6 (1876), auquel adhère aussi le Canada — La demanderesse détient et exerce des droits ancestraux ou issus de traités (droits ancestraux) sur tout le territoire visé par le Traité n° 6 ainsi que sur le territoire traditionnel — Ces droits sont reconnus, confirmés et protégés par l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — La demanderesse a conclu avec Coalspur une entente sur les répercussions et les avantages (l'ERA de 2019), aux termes de laquelle Coalspur lui procurerait des avantages économiques, communautaires et sociaux importants — La demanderesse a conclu une entente semblable avec Coalspur au sujet de la phase I, qui était en cours (l'ERA de 2013) — Ces deux ententes ont pour but d'indemniser la demanderesse des effets susceptibles d'être causés par la mise en valeur des ressources naturelles sur la capacité des membres de la demanderesse d'exercer leurs droits ancestraux au sein du territoire traditionnel — La phase II comporte également la prise de terres visées par le Traité n° 6 — Le défendeur n'a pas consulté la demanderesse ou ne lui a pas donné avis avant de prendre l'arrêté de désignation — L'arrêté de désignation de juillet 2020 était en cause et a eu plusieurs effets immédiats sur l'avancement de la phase II et de la mine d'essai souterraine restreinte — Il s'agissait de savoir si l'obligation de consulter de la Couronne a été déclenchée par la seconde demande de désignation et par l'arrêté de désignation — Il est bien établi que les droits ancestraux jouissent d'une protection constitutionnelle explicite et que, une fois qu'ils sont établis, aucun niveau de gouvernement ne peut y toucher sans justification — Ils ne sont toutefois pas absolus, et le gouvernement peut justifier la prise de règlements ou de mesures qui empiètent sur des droits ancestraux ou les nient quand les circonstances s'y prêtent — Pour empêcher toute atteinte injustifiable à des droits ancestraux, la Couronne est tenue de mener des consultations et, s'il y a lieu, de prendre en compte les intérêts des communautés autochtones dans les cas où la mesure envisagée de la Couronne peut empiéter sur un droit ancestral — Cela est motivé en partie par le souhait de réconcilier le Canada et les Premières Nations — L'honneur de la Couronne et l'obligation de consulter favorisent cette réconciliation en veillant mieux à ce que les droits ancestraux soient protégés et que l'on en tienne compte — L'obligation de consulter est fondée sur l'honneur de la Couronne, ce qui reflète les rapports contemporains uniques, fondés sur l'histoire et les politiques, qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada — L'obligation de consulter est permanente et elle peut être déclenchée quand un décideur révisé une décision antérieure à la lumière de nouvelles informations ou observations — C'est ce qui s'est passé en l'espèce — Le Canada a abordé l'obligation de consulter d'une manière non généreuse, contraire à la jurisprudence établie à l'égard de l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 au sujet de l'obligation de consulter et de l'honneur de la Couronne.

This was an application for judicial review of an order issued by the respondent the Honourable Jonathan Wilkinson, as Minister of Environment and Climate Change (respondent), dated July 30, 2020 (Designation Order). The Designation Order designated the proposed Vista Coal Mine Phase II Expansion Project (Phase II) and a proposed limited scale underground test mine (limited Underground Test Mine) added to the Vista Coal Mine (Phase I), which had been approved in 2014. The Designation Order was made under subsection 9(1) of the federal *Impact Assessment Act* (Act). This application was one of two concerning the Designation Order. The other was brought by the respondent Coalspur Mines (Operations) Ltd. (Coalspur). Coalspur is the proponent of the mines in question.

The applicant is an Indian band within the meaning of the *Indian Act*. It is also a member of the Four Nations of Maskwacis, which is Alberta's largest Indigenous nation. The applicant is a signatory to Treaty 6 (1876) to which Canada is also an adherent. The applicant holds and exercises Aboriginal and Treaty rights (Aboriginal rights) throughout both the Treaty 6 territory and the Traditional Territory. These rights are recognized, affirmed and protected by section 35 of the *Constitution Act, 1982*. These Aboriginal rights include, but are not limited to, the right to hunt, fish, trap and gather "on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access". The applicant entered into an Impact Benefit Agreement (2019 IBA) with Coalspur by which Coalspur would provide valuable economic, community and social benefits to the applicant. This agreement was entered into after consultation occurred regarding Phase II. The applicant has a similar agreement with Coalspur in connection with the ongoing Phase I (2013 IBA). Both are intended to compensate the applicant for potential impacts caused by natural resource development on the ability of the applicant members to exercise Aboriginal rights within their Traditional Territory. Phase II also entails a taking up of lands covered by Treaty 6. The respondent did not consult with or even give notice to the applicant before making the Designation Order. The only Indigenous groups the respondent consulted were those requesting the Designation Order. As well, previously, in December 2019, the respondent had initially decided not to designate Phase II. Approximately seven months later, the respondent reversed this decision by ordering the Designation of Phase II and the limited Underground Test Mine. The Designation Order of July 2020, which was the subject of the judicial review in the present instance, had several immediate effects on the progress of Phase II and the limited Underground Test Mine. In particular, by operation of the Act, the Designation Order brought an immediate statutory halt to all work on both. Thus, the Designation Order has already delayed, could delay further and may entirely end the valuable

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'un arrêté qu'a pris le défendeur l'honorable Jonathan Wilkinson, en sa qualité de ministre de l'Environnement et du Changement climatique (le défendeur), en date du 30 juillet 2020 (l'arrêté de désignation). Cet arrêté de désignation désignait le projet d'agrandissement de la phase II de la mine de charbon Vista (la phase II), de même qu'un projet de mine d'essai souterraine à échelle restreinte (la mine d'essai souterraine restreinte) ajoutée à la mine de charbon Vista (la phase I), qui avait été approuvée en 2014. L'arrêté de désignation a été pris en vertu du paragraphe 9(1) d'une loi fédérale, la *Loi sur l'évaluation d'impact* (la Loi). La présente demande était l'une des deux se rapportant à l'arrêté de désignation. La seconde demande a été déposée par la défenderesse Coalspur Mines (Operations) Ltd. (Coalspur). Coalspur est le promoteur des mines en question.

La demanderesse est une bande au sens de la *Loi sur les Indiens*. Elle est également membre des Quatre Nations de Maskwacis, qui sont la plus grande nation autochtone de l'Alberta. La demanderesse est signataire du Traité n° 6 (1876), auquel adhère aussi le Canada. La demanderesse détient et exerce des droits ancestraux ou issus de traités (droits ancestraux) sur tout le territoire visé par le Traité n° 6 ainsi que sur le territoire traditionnel. Ces droits sont reconnus, confirmés et protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ils comprennent, notamment, celui de chasser, de pêcher, de piéger et de récolter « sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès ». La demanderesse a conclu avec Coalspur une entente sur les répercussions et les avantages (l'ERA de 2019), aux termes de laquelle Coalspur lui procurerait des avantages économiques, communautaires et sociaux importants. Cette entente a été conclue après la tenue de consultations sur la phase II. La demanderesse a conclu une entente semblable avec Coalspur au sujet de la phase I, qui était en cours (l'ERA de 2013). Ces deux ententes ont pour but d'indemniser la demanderesse des effets susceptibles d'être causés par la mise en valeur des ressources naturelles sur la capacité des membres de la demanderesse d'exercer leurs droits ancestraux au sein du territoire traditionnel. La phase II comporte également la prise de terres visées par le Traité n° 6. Le défendeur n'a pas consulté la demanderesse ou ne lui a pas donné avis avant de prendre l'arrêté de désignation. Les seuls groupes autochtones que le défendeur a consultés étaient ceux qui demandaient l'arrêté de désignation. De même, auparavant, en décembre 2019, le défendeur avait décidé initialement de ne pas désigner la phase II. À peu près sept mois plus tard, le défendeur a renversé cette décision et pris un arrêté de désignation de la phase II et de la mine d'essai souterraine restreinte. L'arrêté de désignation de juillet 2020, lequel faisait l'objet de la demande de contrôle judiciaire dans la présente instance, a eu plusieurs effets immédiats sur l'avancement de la phase II et de la mine d'essai souterraine restreinte. Plus particulièrement,

economic, community and social benefits accruing to the applicant under the 2019 IBA.

The applicant submitted that the Designation Order would adversely impact Aboriginal and Treaty rights including economic opportunities created by its contractual relationship with Coalspur pursuant to the 2019 IBA. If that were the case, the honour of the Crown imposed a duty to consult with the applicant on the respondent before making the Designation Order. It added that the Designation Order would delay, lessen, or eliminate the applicant's economic interest in Phase II and the limited Underground Test Mine. The respondent rejected this submission and argued, in particular, that such loss of economic, social and community benefits was not an adverse impact related to an Aboriginal or Treaty right. It claimed that the only connection was indirect, in relation to a third party, speculative and contingent compensation for potential adverse impacts to the asserted rights should Phase II and the limited Underground Test Mine go ahead. Therefore, the respondent claimed there was no duty to consult the applicant.

At issue was whether the Crown's duty to consult was triggered by the second designation request and the Designation Order and, if that were the case, what was the scope of that duty and was it fulfilled?

*Held*, the application should be allowed.

The applicant has Aboriginal and Treaty rights that are recognized and affirmed by section 35 of the *Constitution Act, 1982*. It is common ground these rights have explicit constitutional protection and, once established, may not be interfered with by any level of government without justification. Aboriginal rights are not absolute and the government may justify regulations or actions that infringe upon or deny Aboriginal rights in appropriate circumstances. In order to safeguard against unjustifiable infringement of Aboriginal rights, the Crown must consult with and, if appropriate, accommodate the interests of Indigenous communities where contemplated Crown conduct may impinge on an Aboriginal right. This is driven in part from a desire to bring about reconciliation between Canada and First Nations. The honour of the Crown and the duty to consult encourages reconciliation by better ensuring Aboriginal rights are protected and accommodated. The duty to consult is grounded in the honour of the Crown, which reflects

par application de la Loi, l'arrêté de désignation a entraîné la suspension immédiate, prévue par la loi, de tous les travaux réalisés dans le cadre des deux projets. Donc, l'arrêté de désignation a déjà retardé, pourrait retarder davantage et pourrait arrêter entièrement les avantages économiques, communautaires et sociaux importants qui reviennent à la demanderesse aux termes de l'ERA de 2019.

La demanderesse a fait valoir que l'arrêté de désignation aurait des effets préjudiciables sur les droits ancestraux ou issus de traités, ce qui inclut les possibilités économiques créées par sa relation contractuelle avec Coalspur, aux termes de l'ERA de 2019. Si c'était le cas, l'honneur de la Couronne obligerait le défendeur à consulter la demanderesse avant de prendre l'arrêté de désignation. Elle a ajouté que l'arrêté de désignation aurait pour effet de retarder, amoindrir ou éliminer l'intérêt économique de la demanderesse à l'égard de la phase II et de la mine d'essai souterraine restreinte. Le défendeur a rejeté cet argument et dit notamment que cette perte d'avantages économiques, sociaux et communautaires n'était pas un effet préjudiciable lié à un droit ancestral ou issu de traité. Il a soutenu que le seul lien était indirect, lié à une tierce partie, conjectural et conditionnel à une indemnisation pour des effets préjudiciables potentiels sur les droits revendiqués au cas où la phase II et la mine d'essai souterraine restreinte iraient de l'avant. Le défendeur a donc soutenu qu'il n'y avait pas d'obligation de consulter la demanderesse.

Il s'agissait de savoir si l'obligation de consulter de la Couronne a été déclenchée par la seconde demande de désignation et par l'arrêté de désignation et, dans l'affirmative, il s'agissait de savoir quelle était la portée de cette obligation et si on s'en était acquitté.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

La demanderesse jouit de droits ancestraux ou issus de traités qui sont reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il est bien établi que ces droits jouissent d'une protection constitutionnelle explicite et que, une fois qu'ils sont établis, aucun niveau de gouvernement ne peut y toucher sans justification. Les droits ancestraux ne sont pas absolus et le gouvernement peut justifier la prise de règlements ou de mesures qui empiètent sur des droits ancestraux ou les nient quand les circonstances s'y prêtent. Pour empêcher toute atteinte injustifiable à des droits ancestraux, la Couronne est tenue de mener des consultations et, s'il y a lieu, de prendre en compte les intérêts des communautés autochtones dans les cas où la mesure envisagée de la Couronne peut empiéter sur un droit ancestral. Cela est motivé en partie par le souhait de réconcilier le Canada et les Premières Nations. L'honneur de la Couronne et l'obligation de consulter favorisent cette réconciliation en veillant mieux à ce que les droits ancestraux soient protégés et que

the unique contemporary relationship, grounded in history and policy, between the Crown and Canada's Indigenous peoples. The duty to consult is ongoing and may be triggered when a decision maker reconsiders an earlier decision in light of new information or submissions; that is what happened in this case.

The duty to consult is triggered when the Crown has knowledge of the potential existence of an Aboriginal right and contemplates conduct that might adversely affect it. Case law says this duty is triggered when three elements are met: (1) the Crown's knowledge, actual or constructive, of a potential Aboriginal claim or right; (2) the existence of contemplated Crown conduct; and (3) the potential that the contemplated conduct may adversely affect an Aboriginal claim or right (i.e. a causal relationship). On the first element, the Crown must have real or constructive knowledge of an Aboriginal claim or right to the resource or land to which it attaches. This element is satisfied where, as here, a Treaty right is involved, because the Crown always has notice of treaties to which it is a party. Here, the first element was present. The Crown had ample notice of the applicant's Aboriginal and Treaty rights when it received the request to reconsider and engaged on its process leading to the 2020 Designation Order. Second, there must be Crown conduct that engages a potential Aboriginal or Treaty right. What is required is Crown conduct with the potential to adversely impact the Aboriginal claim or right in question. The respondent's (i.e., the Crown's) consideration of a designation order, as occurred in this case, constituted Crown conduct that engaged a potential Aboriginal or Treaty right and could adversely impact on the claim or right in question.

There was a disagreement on the third element, which is the "possibility that the Crown conduct may affect the Aboriginal claim or right" requiring the claimant show a "causal relationship". Adverse impacts extend to any effect that may prejudice an Aboriginal right. The third element was met because the contemplated Designation Order had the potential to adversely affect an Aboriginal right. In this case, Canada took an ungenerous approach to the duty to consult; it was too narrow. The respondent's approach was contrary to the case law developed under section 35 of the *Constitution*

l'on en tient compte. L'obligation de consulter est fondée sur l'honneur de la Couronne, ce qui reflète les rapports contemporains uniques, fondés sur l'histoire et les politiques, qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada. L'obligation de consulter est permanente et elle peut être déclenchée quand un décideur révisé une décision antérieure à la lumière de nouvelles informations ou observations. C'est ce qui s'est passé en l'espèce.

Cette obligation est déclenchée quand la Couronne a connaissance de l'existence potentielle d'un droit ancestral et qu'elle envisage de prendre une mesure susceptible d'y porter atteinte. Selon la jurisprudence, cette obligation est déclenchée au moment où trois conditions sont remplies : 1) la connaissance par la Couronne, réelle ou imputée, de l'existence possible d'une revendication autochtone ou d'un droit ancestral, 2) l'existence de 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 (c'est-à-dire l'existence d'un lien de causalité). Pour ce qui est de la première de ces trois conditions, la Couronne doit avoir une connaissance, réelle ou imputée, de l'existence d'une revendication autochtone ou d'un droit ancestral à l'égard des ressources ou des terres auxquelles se rattache cette revendication ou ce droit. Cette condition est remplie quand, comme c'était le cas en l'espèce, un droit issu de traité est en cause, car la Couronne a connaissance des traités dont elle est partie. En l'espèce, la première condition était présente. La Couronne avait été suffisamment informée des droits ancestraux ou issus de traités de la demanderesse quand elle a reçu la demande de réexaminer son processus menant à l'arrêté de désignation de 2020 et qu'elle a entrepris un dialogue sur ce dernier. Deuxièmement, il faut que la Couronne ait pris une mesure qui fait entrer en jeu un éventuel droit ancestral ou issu de traité. Ce qu'il faut, c'est une mesure qui présente le risque d'avoir un effet préjudiciable sur la revendication autochtone ou le droit ancestral en question. L'examen que fait le défendeur (c.-à-d., la Couronne) d'un arrêté de désignation, comme cela s'est passé en l'espèce, constituait une mesure de la Couronne qui a fait entrer en jeu un éventuel droit ancestral ou issu de traité et qui pourrait avoir un effet préjudiciable sur la revendication ou sur le droit en question.

La troisième condition, la « possibilité que la mesure de la Couronne ait un effet sur une revendication autochtone ou un droit ancestral », ce qui oblige le demandeur à établir un « lien de causalité », a suscité un désaccord. Les effets préjudiciables englobent tous ceux qui sont susceptibles de porter préjudice à un droit ancestral. La troisième condition a été remplie, parce que l'arrêté de désignation envisagé était susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur un droit ancestral. Dans la présente affaire, le Canada a abordé l'obligation de consulter d'une manière non généreuse. Son approche était trop stricte. Elle était

*Act, 1982*, concerning the duty to consult and the honour of the Crown. The third element of the duty to consult was triggered for many reasons. First, case law says the duty to consult may be engaged when broader economic interests may be adversely impacted. That was the case in connection with the 2019 IBA, which creates economic interests that are closely related to and derivative from the Aboriginal right. The evidence was uncontroverted that 2019 IBA was designed to compensate the applicant for the loss of its Aboriginal and Treaty rights including the taking up of some of its land. The important and valuable economic and community benefits negotiated in compensation of Aboriginal and Treaty rights, as achieved by the applicant in 2019 IBA, were entitled to the protection through the honour of the Crown construed generously and purposefully, and through its concomitant duty to consult, because they are closely related to and derivative from the underlying Aboriginal or Treaty right. The uncontroverted and accepted evidence before the Court was that the applicant had contractual commitments from Coalspur in the 2013 IBA and 2019 IBA. The social, economic and community benefits secured under 2019 IBA were threatened with potential adverse impact by the Designation Order. Moreover, losses have already been incurred because the Designation Order was made over a year ago and has already delayed Phase II and the limited Underground Test Mine. Such actual and potential adverse impacts were not “speculative”, as the respondent claimed. Narrowing the duty to consult was inconsistent with the generous, purposive approach set out in established case law and with the goal of achieving reconciliation. The applicant was not notified the re-designation request was received and was not informed by the respondent or Agency that the 2019 decision not to designate might be reversed. The applicant was not given any opportunity to meaningfully consult with the Agency or the respondent before the respondent made the Designation Order.

contraire à la jurisprudence établie à l’égard de l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* au sujet de l’obligation de consulter et de l’honneur de la Couronne. La troisième condition de l’obligation de consulter a été déclenchée, et ce, pour bien des raisons. Premièrement, selon la jurisprudence, l’obligation de consulter peut prendre naissance lorsqu’il peut y avoir un effet préjudiciable sur des intérêts économiques plus vastes. C’était le cas en rapport avec l’ERA de 2019, laquelle crée des intérêts économiques qui sont étroitement liés au droit ancestral et qui en découlent. Il était incontesté que l’ERA de 2019 était conçue pour indemniser la demanderesse de la perte de ses droits ancestraux ou issus de traités, ce qui incluait la prise de certaines de ses terres. Les avantages économiques et communautaires importants et précieux qui ont été négociés en guise d’indemnisation de droits ancestraux ou issus de traités, que la demanderesse a obtenus dans l’ERA de 2019, avaient droit à la protection qu’assurent l’honneur de la Couronne, interprétée de manière généreuse et téléologique, et son obligation de consulter concomitante, car ces avantages sont étroitement liés au droit ancestral ou issu de traité sous-jacent et en découlent. La preuve incontestée et admise devant la Cour était que la demanderesse avait obtenu des engagements contractuels de Coalspur dans l’ERA de 2013 et l’ERA de 2019. Les avantages sociaux, économiques et communautaires garantis par l’ERA de 2019 ont été menacés par l’effet préjudiciable potentiel de l’arrêté de désignation. En outre, des pertes ont déjà été subies, parce que l’arrêté de désignation a été pris il y a plus d’un an et qu’il a déjà retardé la phase II ainsi que la mine d’essai souterraine restreinte. Ces effets préjudiciables réels et potentiels n’étaient pas hypothétiques, comme l’a prétendu le défendeur. Le fait de restreindre l’obligation de consulter était incompatible avec l’approche généreuse et téléologique énoncée dans la jurisprudence établie et avec l’objectif de réaliser la réconciliation. La demanderesse n’a pas été avisée de la réception de la demande de désignation et n’a pas été informée par le défendeur ou l’Agence que la décision de 2019 de ne pas procéder à la désignation pouvait être annulée. La demanderesse n’a pas eu la possibilité de consulter sérieusement l’Agence ou le défendeur avant que ce dernier prenne l’arrêté de désignation.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canadian Environmental Assessment Act*, 2012, S.C. 2012, c. 19.  
*Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C., 1985, c. C-36.  
*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 229.  
*Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi canadienne sur l’évaluation environnementale* (2012), L.C. 2012, ch. 19.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.  
*Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. (1985), ch. C-36.  
*Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.

*Impact Assessment Act*, S.C. 2019, c. 28, s. 1, ss. 6(1)(f),(g),(2), 7(1), 9, 12.  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.  
*Physical Activities Regulations*, SOR/2019-285, Sch., s. 19(a).  
*Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29.

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Treaty No. 6 (1876).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Da'naxda'xw/Awaetlala First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, 2011 BCSC 620; *Council of the Innu of Ekuanitshit v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2015 FC 1298; *Squamish Nation v. British Columbia (Community, Sport and Cultural Development)*, 2014 BCSC 991.

## CONSIDERED:

*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; *Ehattesaht First Nation v. British Columbia (Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2014 BCSC 849.

## REFERRED TO:

*Coldwater First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2020 FCA 34, [2020] 3 F.C.R. 3; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386; *Yellowknives Dene First Nation v. Canada (Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2015 FCA 148; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Dene Tha' First Nation v. Canada (Minister of Environment)*, 2006 FC 1354, aff'd *Canada (Environment) v. Imperial Oil Resources Ventures Ltd.*, 2008 FCA 20; *Athabasca Chipewyan First Nation v. Alberta*, 2019 ABCA 401.

*Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14.  
*Loi sur l'évaluation d'impact*, L.C. 2019, ch. 28, art. 1, art. 6(1)(f),(g),(2), 7(1), 9, 12.  
*Règlement sur les activités concrètes*, DORS/2019-285, ann., art. 19a).  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 229.

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Traité n° 6 (1876).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Rio Tinto Alcan Inc c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Da'naxda'xw/Awaetlala First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, 2011 BCSC 620; *Conseil des Innus de Ekuanitshit c. Canada (Pêches et Océans)*, 2015 CF 1298; *Squamish Nation v. British Columbia (Community, Sport and Cultural Development)*, 2014 BCSC 991.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Ehattesaht First Nation v. British Columbia (Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2014 BCSC 849.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Première Nation Coldwater c. Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 34, [2020] 3 R.C.F. 3; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386; *Première Nation Yellowknives Dene c. Canada (Affaires autochtones et Développement du Nord)*, 2015 CAF 148; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Première Nation Dene Tha' c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2006 CF 1354, conf. par *Canada (Environnement) c. Imperial Oil Resources Ventures Ltd.*, 2008 CAF 20; *Athabasca Chipewyan First Nation v. Alberta*, 2019 ABCA 401.



## AUTHORS CITED

- Environment and Climate Change Canada. *Statement by the Government of Canada on thermal coal mining*, June 11, 2021.
- Environment and Climate Change Canada. *Government of Canada releases Policy Statement on future thermal coal mining projects and project expansions*, June 11, 2021.
- Impact Assessment Agency of Canada. *Operational Guide: Designating a Project under the Impact Assessment Act*, online: <<https://www.canada.ca/en/impact-assessment-agency/services/policy-guidance/designating-project-impact-assessment-act.html>>.

APPLICATION for judicial review of an order issued by the Minister of Environment and Climate Change made under subsection 9(1) of the federal *Impact Assessment Act* designating the proposed Vista Coal Mine Phase II Expansion Project and a proposed limited scale underground test mine added to the Vista Coal Mine Phase I. Application allowed.

## APPEARANCES

- Joseph C. McArthur* and *Rochelle Collette* for applicant.
- Kerry Boyd*, *James Elford* and *Courtney Davidson* for respondents Minister of Environment and Climate Change and Attorney General of Canada.
- Sean Sutherland* for respondent Coalspur Mines (Operations) Ltd.

## SOLICITORS OF RECORD

- Blake, Cassels & Graydon LLP*, Vancouver, for applicant.
- Deputy Attorney General of Canada* for respondents Minister of Environment and Climate Change and Attorney General of Canada.
- Osler, Hoskin & Harcourt LLP*, Calgary, for respondent Coalspur Mines (Operations) Ltd.

## DOCTRINE CITÉE

- Agence d'évaluation d'impact du Canada. *Guide opérationnel : Désignation d'un projet en vertu de la Loi sur l'évaluation d'impact*, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/agence-evaluation-impact/services/politiques-et-orientation/designer-loi-evaluation-impact.html>>.
- Environnement et Changement climatique Canada. *Déclaration du gouvernement du Canada sur l'exploitation thermique du charbon*, 11 juin 2021.
- Environnement et Changement climatique Canada. *Le gouvernement du Canada publie une déclaration de politique sur les futurs projets d'exploitation du charbon thermique et les projets d'expansion*, 11 juin 2021.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'un arrêté qu'a pris le ministre de l'Environnement et du Changement climatique en vertu du paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'évaluation d'impact* désignant le projet d'agrandissement de la phase II de la mine de charbon Vista, de même qu'un projet de mine d'essai souterraine à échelle restreinte ajoutée à la phase I de la mine de charbon Vista. Demande accueillie.

## ONT COMPARU :

- Joseph C. McArthur* et *Rochelle Collette* pour la demanderesse.
- Kerry Boyd*, *James Elford* et *Courtney Davidson* pour les défendeurs le ministre de l'Environnement et du Changement climatique et le procureur général du Canada.
- Sean Sutherland* pour la défenderesse Coalspur Mines (Operations) Ltd.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

- Blake, Cassels & Graydon LLP*, Vancouver, pour la demanderesse.
- La sous-procureure générale du Canada* pour les défendeurs le ministre de l'Environnement et du Changement climatique et le procureur général du Canada.
- Osler, Hoskin & Harcourt LLP*, Calgary, pour la défenderesse Coalspur Mines (Operations) Ltd.

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

BROWN J.:

I. Facts

A. *Overview*

[1] Ermineskin Cree Nation (Ermineskin), an Indian band within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (*Indian Act*), seeks judicial review of an order issued by Honourable Jonathan Wilkinson as Minister of Environment and Climate Change (Minister) dated July 30, 2020 (Designation Order). The Designation Order designated the proposed Vista Coal Mine Phase II Expansion Project (Phase II), and a proposed limited scale underground test mine (limited Underground Test Mine) added to the Vista Coal Mine (Phase I), which had been approved in 2014. The Designation Order was made under subsection 9(1) of the federal *Impact Assessment Act*, S.C. 2019, c. 28, s. 1 (IAA).

[2] This application is one of two concerning the Designation Order. The other is brought by Coalspur Mines (Operations) Ltd. (Coalspur). Coalspur is the proponent of the mines in question, and brings its application in Court file T-1008-20. Both applications request the same relief, namely an order quashing the Designation Order. Both were argued one after the other on May 19 and 20, 2021. I am quashing the Designation Order in this Ermineskin application Court file T-1014-20. Reasons will be issued shortly in connection with the Coalspur's application in T-1008-20.

[3] In addition to being a band under the *Indian Act*, Ermineskin is also a member of the Four Nations of Maskwacis, which is Alberta's largest Indigenous nation. Ermineskin is a signatory to Treaty 6 [1876] to which Canada is also an adherent. Ermineskin's traditional territory is known as the Bear Hills or Maskwacheesihk

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

LE JUGE BROWN :

I. Les faits

A. *Aperçu*

[1] La Nation crie Ermineskin (Ermineskin), une bande indienne au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, sollicite le contrôle judiciaire d'un arrêté qu'a pris l'honorable Jonathan Wilkinson en sa qualité de ministre de l'Environnement et du Changement climatique (le ministre), en date du 30 juillet 2020 (l'arrêté de désignation). Cet arrêté désignait le projet d'agrandissement de la phase II de la mine de charbon Vista (la phase II), de même qu'un projet de mine d'essai souterraine à échelle restreinte (la mine d'essai souterraine restreinte) ajoutée à la mine de charbon Vista (la phase I), qui avait été approuvée en 2014. L'arrêté de désignation a été pris en vertu du paragraphe 9(1) d'une loi fédérale, la *Loi sur l'évaluation d'impact*, L.C. 2019, ch. 28, art. 1 (la LEI).

[2] La présente demande est l'une des deux se rapportant à l'arrêté de désignation. La seconde demande a été déposée par Coalspur Mines (Operations) Ltd. (Coalspur). Coalspur est le promoteur des mines en question, et elle présente sa demande dans le cadre du dossier de la Cour n° T-1008-20. Les deux demandes sollicitent la même réparation, à savoir une ordonnance annulant l'arrêté de désignation. Les deux ont été plaidées l'une après l'autre les 19 et 20 mai 2021. J'annulerai l'arrêté de désignation dans la présente demande d'Ermineskin, qui porte le numéro de dossier de la Cour T-1014-20. Les motifs relatifs à la demande que Coalspur a déposée dans le dossier T-1008-20 seront publiés sous peu.

[3] En plus d'être une bande au sens de la *Loi sur les Indiens*, Ermineskin est également membre des Quatre Nations de Maskwacis, qui sont la plus grande nation autochtone de l'Alberta. Ermineskin est signataire du Traité n° 6 [1876], auquel adhère aussi le Canada. Le territoire traditionnel d'Ermineskin est connu sous le nom de Bear

(Traditional Territory) and is approximately 25,000 acres in size.

[4] Ermineskin holds and exercises Aboriginal and Treaty rights (Aboriginal rights) throughout both the Treaty 6 territory and the Traditional Territory. These rights are recognized, affirmed and protected by section 35 of the *Constitution Act, 1982*. These Aboriginal rights include, but are not limited to, the right to hunt, fish, trap and gather “on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access”.

[5] Ermineskin has entered into an Impact Benefit Agreement (2019 IBA) with Coalspur by which Coalspur will provide valuable economic, community and social benefits to Ermineskin. This agreement was entered into after consultation occurred regarding Phase II. Ermineskin has a similar agreement with Coalspur in connection with the ongoing Phase I (2013 IBA). Both are intended to compensate Ermineskin for potential impacts caused by natural resource development on the ability of Ermineskin members to exercise Aboriginal rights within their Traditional Territory. Phase II also entails a taking up of lands covered by Treaty 6.

[6] Lying at the heart of this application is Ermineskin’s submission the Designation Order will adversely impact Aboriginal and Treaty rights including economic opportunities created by its contractual relationship with Coalspur pursuant to the 2019 IBA. If it does, the honour of the Crown imposes a duty to consult with Ermineskin on the Minister before making the Designation Order. Ermineskin argues the Designation Order will “delay, lessen, or eliminate Ermineskin’s economic interest” in Phase II and the limited Underground Test Mine. The respondent Minister rejects this submission. He says (at paragraph 68 of respondent Minister’s memorandum) such loss of economic, social and community benefits is not an adverse impact related to an Aboriginal or Treaty right, and does not relate either to Aboriginal title to the land that may be developed, or to the ownership of the coal resource. The only connection is indirect, in relation to a third party, speculative and contingent compensation

Hills, ou Maskwacheesihk (le territoire traditionnel), et il couvre une superficie d’environ 25 000 acres.

[4] Ermineskin détient et exerce des droits ancestraux ou issus de traités (droits ancestraux) sur tout le territoire visé par le Traité n° 6 ainsi que sur le territoire traditionnel. Ces droits sont reconnus, confirmés et protégés par l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ils comprennent, notamment, celui de chasser, de pêcher, de piéger et de récolter « sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d’accès ».

[5] Ermineskin a conclu avec Coalspur une entente sur les répercussions et les avantages (l’ERA de 2019), aux termes de laquelle Coalspur lui procurera des avantages économiques, communautaires et sociaux importants. Cette entente a été conclue après la tenue de consultations sur la phase II. Ermineskin a conclu une entente semblable avec Coalspur au sujet de la phase I, qui est en cours (l’ERA de 2013). Ces deux ententes ont pour but d’indemniser Ermineskin des effets susceptibles d’être causés par la mise en valeur des ressources naturelles sur la capacité des membres de la Nation d’exercer leurs droits ancestraux au sein du territoire traditionnel. La phase II comporte également la prise de terres visées par le Traité n° 6.

[6] Au cœur de la présente demande réside l’observation d’Ermineskin selon laquelle l’arrêté de désignation aura des effets préjudiciables sur les droits ancestraux ou issus de traités, ce qui inclut les possibilités économiques créées par sa relation contractuelle avec Coalspur, aux termes de l’ERA de 2019. Si c’est le cas, l’honneur de la Couronne oblige le ministre à consulter Ermineskin avant de prendre l’arrêté de désignation. Ermineskin fait valoir que cet arrêté aura pour effet de [TRADUCTION] « retarder, amoindrir ou éliminer l’intérêt économique d’Ermineskin » à l’égard de la phase II et de la mine d’essai souterraine restreinte. Le ministre défendeur rejette cet argument. Il dit (au paragraphe 68 du mémoire du ministre défendeur) que cette perte d’avantages économiques, sociaux et communautaires n’est pas un effet préjudiciable lié à un droit ancestral ou issu de traité, et qu’elle n’est liée ni au titre ancestral sur les terres qui peuvent être mises en valeur, ni à la propriété de la

for potential adverse impacts to the asserted rights should Phase II and the limited Underground Test Mine go ahead. Therefore, the Minister claims there is no duty to consult Ermineskin.

[7] With respect, I disagree.

[8] Well-established jurisprudence requires a generous and purposive approach to the constitutionalized doctrine of the honour of the Crown and its corollary, the duty to consult. This flows from relevant and important objectives including reconciliation between Canada and First Nations. The jurisprudence now extends the duty to consult to include economic rights and benefits closely related to and derivative from Aboriginal rights as discussed below. Thus, rights that are closely related to and derivative from Aboriginal rights are protected by the duty to consult which of course flows from the constitutionalized doctrine of the honour of the Crown.

[9] In my view, given the uncontroverted evidence in this case, the 2019 IBA negotiated by Ermineskin contains valuable economic rights and benefits that are closely related to and derivative from Aboriginal rights, and as such give rise to the duty to consult. So too does the taking up of land contemplated.

[10] It is not disputed the Minister did not consult with or even give notice to Ermineskin before making the Designation Order. The only Indigenous groups consulted by the Minister were those requesting the Designation Order. In my respectful view, the Minister had a duty to consult Ermineskin, which he completely breached.

[11] Therefore, judicial review will be granted. It will not be necessary to deal with procedural fairness or the reasonableness of the Designation Order.

ressource houillère. Le seul lien est indirect, liés à une tierce partie, conjectural et conditionnel à une indemnisation pour des effets préjudiciables potentiels sur les droits revendiqués au cas où la phase II et la mine d'essai souterraine restreinte iraient de l'avant. Le ministre soutient donc qu'il n'y a pas d'obligation de consulter Ermineskin.

[7] En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

[8] Une jurisprudence bien établie oblige à aborder de manière généreuse et téléologique la doctrine constitutionnalisée de l'honneur de la Couronne et son corollaire, l'obligation de consulter. Cette approche découle d'objectifs pertinents et importants, dont la réconciliation entre le Canada et les Premières Nations. La jurisprudence étend maintenant l'obligation de consulter pour englober les droits et les avantages économiques qui sont étroitement liés aux droits ancestraux et qui en dérivent, comme nous le verrons plus loin. C'est donc dire que les droits qui sont étroitement liés à des droits ancestraux et qui en dérivent sont protégés par l'obligation de consulter, laquelle, il va sans dire, découle de la doctrine constitutionnalisée de l'honneur de la Couronne.

[9] À mon avis, compte tenu de la preuve incontestée en l'espèce, l'ERA de 2019 qu'a négociée Ermineskin renferme des droits et des avantages économiques importants qui sont étroitement liés à des droits ancestraux et en dérivent et qui, de ce fait, donnent lieu à l'obligation de consulter. Il en va de même de la prise de terres envisagée.

[10] Nul ne conteste que le ministre n'a pas consulté Ermineskin ou qu'il ne lui a pas donné avis avant de prendre l'arrêté de désignation. Les seuls groupes autochtones que le ministre a consultés étaient ceux qui demandaient l'arrêté de désignation. À mon humble avis, le ministre avait l'obligation de consulter Ermineskin, une obligation à laquelle il a tout à fait manqué.

[11] Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire sera accueillie. Il ne sera pas nécessaire de traiter de l'équité procédurale ou du caractère raisonnable de l'arrêté de désignation.

*B. The mines and negligible impact of the limited Underground Test Mine on Phase II*

[12] Three contiguous coal-mining activities are referred to in this proceeding. All are owned by the respondent Coalspur:

1. First is the existing Phase I. It was proposed in 2012, approved in 2014, and delivered its first shipment in 2019. It produces approximately 6 million tonnes of coal per year and occupies approximately 1,435 hectares. The approval of Phase I is not in issue in this proceeding. It was provincially approved in early 2014; it was not subject to a federal environmental impact assessment. Federal issues including Aboriginal and Indigenous issues were considered by the provincial Alberta Energy Regulator (AER) with input from federal departments and agencies such as the federal department Fisheries and Oceans Canada in relation to water quality and fish habitat;
2. The second is Phase II, a proposed expansion of Phase I. Phase II would increase maximum production by 4.2 million tonnes per year, and the area of its expansion is approximately 633.6 hectares. Prior to the Designation Order it was undergoing environmental assessments by the AER, as had been the case with Phase I. The AER will consider potential adverse effects on the environment and exercise of Aboriginal and Treaty rights. The Alberta Consultation Office (ACO), a branch of the Government of Alberta responsible for ensuring Alberta's duty to consult is met, had directed Coalspur to consult with six First Nations—including Ermineskin—regarding Phase II. Coalspur had been engaging with Ermineskin on Phase II since early 2019. The Minister decided *not* to designate Phase II in December 2019, but reversed himself in issuing the Designation Order in July 2020. The Impact Assessment Agency (Agency) recommended against designation in 2019, and again in 2020;

*B. Les mines et les effets négligeables de la mine d'essai souterraine restreinte sur la phase II*

[12] Il est question dans la présente instance de trois activités houillères contiguës. Toutes sont la propriété de la défenderesse Coalspur :

1. La première est la phase I existante. Elle a été proposée en 2012, approuvée en 2014, et son premier chargement a été livré en 2019. Elle produit environ 6 millions de tonnes de charbon par année et couvre une superficie d'environ 1 435 hectares. L'approbation de la phase I n'est pas en litige dans la présente instance. Cette phase a été approuvée par la province au début de 2014; elle n'a pas été assujettie à une évaluation fédérale des impacts environnementaux. Les aspects de nature fédérale, dont les questions autochtones, ont été examinés par l'organisme de réglementation provincial, l'Alberta Energy Regulator (l'AER), avec la contribution de ministères et d'organismes fédéraux tels que Pêches et Océans Canada, relativement à la qualité de l'eau et à l'habitat du poisson;
2. La deuxième est la phase II, un projet d'agrandissement de la phase I. La phase II hausserait la production maximale de 4,2 millions de tonnes par année, et la superficie que couvrirait cet agrandissement est d'environ 633,6 hectares. Avant la prise de l'arrêté de désignation, cette activité faisait l'objet d'évaluations environnementales par l'AER, comme cela a été le cas avec la phase I. L'AER examinera les effets négatifs potentiels sur l'environnement ainsi que l'exercice des droits ancestraux ou issus de traités. L'Alberta Consultation Office (l'ACO), un organe du gouvernement albertain qui a pour mission de s'assurer que la province s'acquitte de son obligation de consulter, avait donné instruction à Coalspur de consulter six Premières Nations — dont Ermineskin — au sujet de la phase II. Coalspur était en discussion avec Ermineskin au sujet de la phase II depuis le début de 2019. Le ministre a décidé de ne pas désigner la phase II en décembre 2019, mais il est revenu sur sa décision

3. The third is a much smaller limited Underground Test Mine. It is located entirely within the footprint of previously approved Phase I. Its new surface disturbance is only 2.52 hectares, or about 0.2 percent of the surface area of Phase I. Its production volume is limited to approximately 10 percent of the production of Phase II. Prior to the Designation Order the AER had determined it did not require an additional assessment over and above that conducted and approved in 2014 for Phase I. The Agency considered its impact negligible in relation to Phase II, and recommended against the Designation Order.

[13] I deliberately refer to the limited Underground Test Mine using the word “limited”. The Agency concluded the difference between Phase II without the limited Underground Test Mine, and Phase II with it was “limited” and “negligible”. The Agency found that: “the incremental impacts of the [Underground Test Mine] would be negligible in comparison with those of Phase II given that there is almost no new land disturbance” (Agency memorandum to Minister, certified tribunal record (CTR), page 5). To emphasize, the Minister had determined Phase II alone did *not* warrant designation in December 2019.

[14] All three mines are located entirely within Treaty 6 lands. They are also entirely within Ermineskin’s Traditional Territory. Ermineskin is the third nearest reserve to the Project. Significantly, Stoney Nakoda Nations, one of the groups that requested a Designation Order, is located much further away from the mines than Ermineskin. In addition, some 161 Ermineskin Citizens live at the Mountain Cree/Smallboy Camp, located only 55 km from the mines.

en prenant l’arrêté de désignation en juillet 2020. L’Agence d’évaluation d’impact du Canada (l’Agence) s’est prononcée contre la désignation en 2019, et une fois de plus en 2020;

3. La troisième est une mine d’essai souterraine restreinte, d’une envergure nettement inférieure. Elle est située entièrement à l’intérieur de l’empreinte de la phase I antérieurement approuvée. La nouvelle perturbation en surface n’est que de 2,52 hectares, soit environ 0,2 pour 100 de la superficie de la phase I. Le volume de production est plafonné à 10 pour 100 environ de la production de la phase II. Avant l’arrêté de désignation, l’AER avait déterminé qu’elle n’avait pas besoin d’une évaluation supplémentaire s’ajoutant à celle réalisée et approuvée en 2014 pour la phase I. L’Agence a considéré que ses effets étaient négligeables par rapport à ceux de la phase II, et elle s’est prononcée contre l’arrêté de désignation.

[13] C’est à dessein que je fais référence à la mine d’essai souterraine restreinte en employant le mot « restreinte ». L’Agence a conclu que la différence entre la phase II sans cette mine d’essai et la phase II avec cette mine était [TRADUCTION] « restreinte » et [TRADUCTION] « négligeable ». Elle est arrivée à la conclusion suivante : [TRADUCTION] « les effets nets de la [mine d’essai souterraine] seraient négligeables par rapport à ceux de la phase II, étant donné qu’il n’y a presque aucune perturbation nouvelle du terrain » (mémoire de l’Agence au ministre, dossier certifié du tribunal, à la page 5). Il est à souligner que le ministre avait décidé que la phase II à elle seule ne justifiait pas une désignation en décembre 2019.

[14] Les trois mines sont entièrement situées sur des terres visées par le Traité n° 6. Elles se trouvent entièrement aussi dans le territoire traditionnel d’Ermineskin. Celle-ci est la troisième réserve la plus proche du projet. Détail important, la Nation des Stoney Nakoda, l’un des groupes qui avaient demandé un arrêté de désignation, est située nettement plus loin des mines qu’Ermineskin. De plus, quelque 161 membres d’Ermineskin vivent au camp Mountain Cree/Smallboy, qui n’est situé qu’à 55 km des mines.

[15] At the time of the Designation Order in July 2020, Phase II was in the process of being assessed by the AER. Ermineskin and other First Nations were involved in that assessment, as were others including provincial and federal departments and agencies.

*C. Impact of delays has already and will delay, lessen, and may eliminate Ermineskin's economic interest in the developments as negotiated under the 2019 IBA*

[16] The Designation Order of July 2020, which is subject to this judicial review, had several immediate effects on the progress of Phase II and the limited Underground Test Mine. First, by operation of the IAA the Designation Order brought an immediate statutory halt to all work on both. Otherwise, the intended start dates were 2020 for the limited Underground Test Mine and 2022 for Phase II.

[17] In addition to delays from the date of the Designation Order to date (amounting to almost a year), if Phase II and the limited Underground Test Mine become subject to full federal impact assessments, the undisputed evidence is they could be delayed by four and a half more years or they could be lost entirely. The Minister correctly notes a designation order does not mean an impact assessment will be conducted and that no decision has yet to be made in that regard. However, the Minister does not specifically dispute all work is on hold.

[18] The Designation Order has already delayed, could delay further and may entirely end the valuable economic, community and social benefits accruing to Ermineskin under the 2019 IBA.

*D. About face from December 2019 to July 2020*

[19] It is important to note the Designation Order constitutes a complete about face by the Minister from

[15] À l'époque où l'arrêté de désignation a été pris, soit en juillet 2020, la phase II était en voie d'être évaluée par l'AER. Ermineskin et d'autres Premières Nations prenaient part à cette évaluation, de même que d'autres entités, dont des ministères et organismes provinciaux et fédéraux.

*C. L'effet des délais a déjà — et aura — pour effet de retarder, d'atténuer et d'éliminer peut-être l'intérêt économique d'Ermineskin à l'égard des projets, selon ce qui a été négocié dans le cadre de l'ERA de 2019*

[16] L'arrêté de désignation de juillet 2020, lequel fait l'objet de la présente demande de contrôle judiciaire, a eu plusieurs effets immédiats sur l'avancement de la phase II et de la mine d'essai souterraine restreinte. Premièrement, par application de la LEI, l'arrêté de désignation a entraîné la suspension immédiate, prévue par la loi, de tous les travaux réalisés dans le cadre des deux projets. Sans cela, les projets étaient censés débiter en 2020, pour la mine d'essai souterraine restreinte, et en 2022, pour la phase II.

[17] Outre les délais subis depuis la date de l'arrêté de désignation (une période de près d'un an), si la phase II et la mine d'essai souterraine restreinte font l'objet d'évaluations d'impact fédérales complètes, la preuve incontestée est que ces projets pourraient être retardés de quatre ans et demi de plus ou qu'ils pourraient être entièrement perdus. Le ministre signale avec raison qu'un arrêté de désignation ne veut pas dire qu'une évaluation d'impact sera menée et qu'il n'y a encore aucune décision à prendre à cet égard. Cependant, il ne conteste pas précisément que la totalité des travaux est en suspens.

[18] L'arrêté de désignation a déjà retardé, pourrait retarder davantage et pourrait arrêter entièrement les avantages économiques, communautaires et sociaux importants qui reviennent à Ermineskin aux termes de l'ERA de 2019.

*D. La volte-face de décembre 2019 à juillet 2020*

[19] Il est important de signaler que l'arrêté de désignation constitue une volte-face complète de la part du

the Minister’s decision seven months previously. In December 2019, the Minister went through a fairly extensive designation review process and decided *not* to designate Phase II. This process was initiated by requests from certain parties including the Keepers of the Water, Keepers of the Athabasca Watershed Society and the West Athabasca Watershed Bioregional Society. The Agency assisted the Minister in considering the designation request and sought input and assistance from 31 Indigenous groups, and others including federal and provincial agencies.

[20] The Minister agrees Ermineskin was notified of the 2019 designation process and invited to comment. Four Indigenous groups responded and indicated Phase II would adversely affect the exercise of their rights.

[21] It is also undisputed that Coalspur specifically notified the Agency on September 10, 2019, it was “consulting and engaging with” First Nations—including Ermineskin. At that time, Ermineskin’s 2013 IBA with Coalspur had been in place for six years and the 2019 IBA between Coalspur and Ermineskin would be signed a month later in October 2019.

[22] The Agency recommended the Minister not designate Phase II because any potential adverse effects to areas of federal jurisdiction would be comprehensively managed through processes provided by existing federal and provincial regulatory requirements. This was the same process followed leading to provincial approval of Phase I in 2014. For example, Fisheries and Oceans Canada would be responsible for conducting consultation with potentially affected Indigenous groups in relation to any authorizations applied for under the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, affecting water quality and fish habitat. At the provincial level, the AER’s terms of reference for Phase II already required consideration of the rights of Indigenous peoples, and required Coalspur to “describe benefits of the Project including to Indigenous communities and constraints to development including Indigenous traditional land and water use; and include an Indigenous receptor type in the public health assessment”.

ministre, par rapport à la décision qu’il a prise sept mois plus tôt. En décembre 2019, le ministre a suivi un processus d’examen de désignation assez exhaustif et il a décidé de ne pas désigner la phase II. Ce processus avait été mis en branle par les demandes de certaines parties, dont les Keepers of the Water, la Keepers of the Athabasca Watershed Society et la West Athabasca Watershed Bioregional Society. L’Agence a aidé le ministre à étudier la demande de désignation et a sollicité la contribution et l’aide de 31 groupes autochtones, ainsi que d’autres entités, dont des organismes fédéraux et provinciaux.

[20] Le ministre convient qu’Ermineskin a été avisée du processus de désignation de 2019 et qu’elle a été invitée à faire part de ses commentaires. Quatre groupes autochtones ont répondu et ont indiqué que la phase II aurait un effet préjudiciable sur l’exercice de leurs droits.

[21] Il est également incontesté que Coalspur a précisément avisé l’Agence le 10 septembre 2019 qu’elle [TRADUCTION] « menait des consultations et dialoguait avec » des Premières Nations, dont Ermineskin. À cette époque, l’ERA de 2013 que cette dernière avait conclue avec Coalspur était en place depuis six ans, et l’ERA de 2019 entre ces deux mêmes parties allait être signée un mois plus tard, en octobre 2019.

[22] L’Agence a recommandé que le ministre ne désigne pas la phase II, parce que tout effet négatif potentiel sur des secteurs relevant de la compétence fédérale allait être géré de manière détaillée au moyen de processus prévus par des exigences réglementaires fédérales et provinciales existantes. C’était là le même processus qui avait mené à l’approbation, par la province, de la phase I en 2014. Par exemple, Pêches et Océans Canada serait chargé de mener des consultations avec des groupes autochtones potentiellement touchés au sujet de toute autorisation faisant l’objet d’une demande sous le régime de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, et ayant une incidence sur la qualité de l’eau et l’habitat du poisson. À l’échelon provincial, le cadre de référence d’AER concernant la phase II exigeait déjà que l’on prenne en compte les droits des peuples autochtones, et que Coalspur s’occupe de [TRADUCTION] « décrire les avantages du projet, y compris pour les communautés autochtones, ainsi que les obstacles aux travaux de



mise en valeur, dont l'utilisation traditionnelle, par les Autochtones, des terres et de l'eau, et [d']inclure un type de récepteur autochtone dans l'évaluation de santé publique ».

[23] On December 20, 2019, the Minister determined Phase II did not warrant designation.

[23] Le 20 décembre 2019, le ministre a décidé que la phase II ne justifiait pas une désignation.

*E. Consultation and duty to consult—Ermineskin not consulted—Crown alleges no duty to consult*

*E. La consultation et l'obligation de consulter — Ermineskin n'a pas été consultée — la Couronne allègue qu'il n'existe pas d'obligation de consulter*

[24] In contrast, while Ermineskin was given notice and the opportunity to provide submissions to the Agency and Minister in the December 2019 decision not to designate, Ermineskin was not given notice of nor was it consulted in any way during the process leading to the Designation Order in July 2020.

[24] Par contraste, bien qu'Ermineskin ait été avisée de la situation et qu'elle ait eu la possibilité de fournir des observations à l'Agence et au ministre, dans le cadre de la décision de décembre 2019 de ne pas désigner le projet, elle n'a pas été avisée de la situation ni n'a été consultée de quelque manière lors du processus ayant mené à l'arrêté de désignation en juillet 2020.

[25] In fact, in terms of Indigenous and First Nation issues, the 2020 designation process was one-sided. The Agency and Minister decided to and heard only from Indigenous and First Nations seeking the impugned Designation Order.

[25] En fait, pour ce qui est des questions intéressant les Autochtones et les Premières Nations, le processus de désignation de 2020 a été unilatéral. L'Agence et le ministre ont décidé d'entendre seulement les Autochtones et les Premières Nations qui souhaitaient obtenir l'arrêté de désignation contesté.

[26] It is fair to say Ermineskin was frozen out of the process leading to the Designation Order. The Minister agrees neither he nor the Agency consulted with Ermineskin.

[26] Il est juste de dire qu'Ermineskin a été exclue du processus menant à l'arrêté de désignation. Le ministre convient que ni lui ni l'Agence n'ont consulté Ermineskin.

[27] This application concerns the duty to consult. It is noteworthy the record contains no evidence either the Agency or the Minister considered whether the Crown's duty to consult was even triggered. Nor is there any evidence the Minister or Agency considered whether the duty to consult was fulfilled.

[27] La présente demande a trait à l'obligation de consulter. Il convient de signaler que le dossier ne contient aucune preuve que l'Agence ou le ministre ont examiné la question de savoir si l'obligation de consulter de la Couronne avait même été déclenchée. Il n'y a aucune preuve non plus que le ministre ou l'Agence ont examiné la question de savoir si l'on s'était acquitté ou non de cette obligation.

[28] Simply put there was no consultation in this case. In fact, the Minister's position is that he had no duty to consult with or to accommodate Ermineskin (paragraph 3, respondent Minister's memorandum). However, as will be seen, I am unable to accept the Minister's submission.

[28] Pour dire les choses simplement, il n'y a eu aucune consultation dans la présente affaire. En fait, le ministre est d'avis qu'il n'était pas tenu de consulter Ermineskin ou de prendre des mesures d'accommodement à son endroit (mémoire du ministre défendeur, au paragraphe 3). Cependant, comme nous le verrons,

*F. Agency opposes and advised against designation in 2019 and again in 2020*

[29] The Agency in both its 2019 report and 2019 recommendation to the Minister recommended against designating Phase II. The Minister accepted the Agency's recommendation in December 2019.

[30] In 2019, the Minister determined designation was not warranted because the existing provincial regulatory processes would comprehensively consider and address any adverse effects within federal jurisdiction including any adverse impacts to Aboriginal rights.

[31] In 2020, the Agency again recommended against designating Phase II and the limited Underground Test Mine. The Agency pointedly advised: “[t]he proponent has indicated that the [limited Underground Test Mine] is distinct and not dependent on the Phase II expansion moving forward. Therefore, they would likely argue that considering the two projects together could be seen as being unreasonable or arbitrary”. Notwithstanding, the Minister proceeded to unilaterally designate, despite clear advice from the Agency established by the IAA to advise Ministers in such matters.

*G. The 2020 designation process*

[32] The second designation process was initiated in 2020 by letters from two other First Nation communities: Louis Bull Tribe and Stoney Nakoda Nations. Letters supporting a reversal were also received from Keepers of the Water Council, Keepers of the Athabasca Watershed Society and The West Athabasca Watershed Bioregional Society (collectively, the Requesting Groups) in and around May 1, 2020. They argued Coalspur's application for AER approval of the limited Underground Test Mine constituted a change in circumstances and asked

il m'est impossible de souscrire à l'observation du ministre.

*F. L'Agence s'est opposée à la désignation en 2019 et, de nouveau, en 2020, et elle l'a déconseillée*

[29] Tant dans son rapport de 2019 que dans sa recommandation de la même année au ministre, l'Agence a recommandé de ne pas procéder à la désignation de la phase II. Le ministre a accepté la recommandation de l'Agence en décembre 2019.

[30] En 2019, le ministre a jugé qu'il n'y avait pas lieu de désigner le projet, parce que les processus réglementaires provinciaux existants examineraient de manière détaillée les effets négatifs qui relèveraient de la compétence fédérale, y compris tout effet préjudiciable sur les droits ancestraux.

[31] En 2020, l'Agence a recommandé une fois de plus de ne pas procéder à la désignation de la phase II ni de la mine d'essai souterraine restreinte. Elle a donné son avis, de manière catégorique : [TRADUCTION] « Le promoteur a indiqué que [la mine d'essai souterraine restreinte] était un projet distinct et ne dépendait pas de l'agrandissement de la phase II. Par conséquent, il ferait vraisemblablement valoir que le fait d'examiner ensemble les deux projets pourrait être considéré comme déraisonnable ou arbitraire. » Pourtant, le ministre a entrepris de désigner unilatéralement le projet, malgré l'avis clair de l'Agence, établie par la LEI pour conseiller les ministres dans de telles matières.

*G. Le processus de désignation de 2020*

[32] Le second processus de désignation a été lancé en 2020 par la réception de lettres de deux autres communautés des Premières Nations : la Tribu Louis Bull et la Nation des Stoney Nakoda. Des lettres en faveur d'une annulation ont également été reçues du Keepers of the Water Council, de la Keepers of the Athabasca Watershed Society et de la West Athabasca Watershed Bioregional Society (collectivement, les groupes demandeurs) le ou vers le 1<sup>er</sup> mai 2020. Ces groupes ont fait valoir que la demande de Coalspur en vue d'obtenir

that Phase II and the limited Underground Test Mine be considered together and that both be designated.

[33] In connection with the earlier designation consideration, on September 10, 2019, Coalspur had advised the Agency of its consultation with Indigenous groups which specifically included consulting and engaging with Ermineskin, including its remote community of Mountain Cree/Smallboy Camp where some 161 of its citizens lived, located some 55 km from Phase II:

Coalspur has been directed to engage with five First Nation communities, four of which we currently have working agreements with and meet regularly. In addition, Coalspur notes that it has agreements with two additional First Nation groups who we have not been directed to engage with, with whom we meet regularly. Coalspur received an information request from a Metis Settlement and has since responded to their information request and met on two occasions.

The communities Coalspur is consulting and engaging with are: Ermineskin Cree Nation, including their remote community of Mountain Cree, Whitefish Lake First Nation, O'Chiese First Nation and the Aseniwuche Winewak Nation.... [Emphasis added.]

[34] Despite this recently acquired and in my view highly relevant information known to the Agency, for reasons not in the record, the Agency and Minister decided not to notify or seek any input from Ermineskin or for that matter, from any additional Indigenous groups. In addition, not only did the Requesting Groups initiate the request for reconsideration, they were given the opportunity to reply to Coalspur's responding submissions.

[35] In contrast, the Agency and Minister excluded Ermineskin from the process leading to the Designation

l'approbation, par l'AER, de la mine d'essai souterraine restreinte constituait un changement de situation, et ils demandaient que la phase II et la mine d'essai souterraine restreinte soient examinées ensemble et que les deux projets soient désignés.

[33] Pour ce qui est de l'examen de désignation antérieur, le 10 septembre 2019, Coalspur avait avisé l'Agence des consultations qu'elle menait avec des groupes autochtones et qui, notamment, consistaient précisément à mener des consultations et à dialoguer avec Ermineskin, y compris sa communauté éloignée, appelée Mountain Cree/Smallboy Camp, où vivaient 161 de ses membres et située à une distance d'environ 55 km de la phase II :

[TRANSLATION]

Il a été donné instruction à Coalspur d'entamer un dialogue avec cinq communautés des Premières Nations, dont quatre avec lesquelles nous avons actuellement des ententes de travail et que nous rencontrons régulièrement. De plus, Coalspur fait remarquer qu'elle a conclu des ententes avec deux autres groupes de Premières Nations avec lesquels nous n'avons pas eu instruction d'entamer un dialogue, et que nous rencontrons régulièrement. Coalspur a reçu une demande d'information d'un établissement métis et elle a, depuis ce temps, répondu à cette demande et a rencontré l'établissement à deux reprises.

Les communautés avec lesquelles Coalspur mène des consultations et a entamé un dialogue sont : la Nation crie Ermineskin, y compris sa communauté éloignée de Mountain Cree, la Première Nation de Whitefish Lake, la Première Nation d'O'Chiese et la Nation Aseniwuche Winewak [...] [Non souligné dans l'original.]

[34] Malgré ces renseignements récemment obtenus et, selon moi, hautement pertinents dont l'Agence était au fait, pour des raisons qui ne figurent pas dans le dossier l'Agence et le ministre ont décidé de ne pas aviser Ermineskin ou, du reste, d'autres groupes autochtones, ni de solliciter leur contribution. De plus, non seulement les groupes demandeurs ont-ils déposé la demande de réexamen, mais ils ont eu la possibilité de répliquer aux observations en réponse de Coalspur.

[35] Par contraste, l'Agence et le ministre ont exclu Ermineskin du processus menant à l'arrêté de désignation.

Order. I find as a fact Ermineskin was not given an opportunity to have any input and was unable to comment on the submissions of the Requesting Groups or Coalspur's response.

[36] While it is not contested by the respondent Minister, I also base my findings that Ermineskin was excluded, and that the Agency was aware of potential adverse impact on Ermineskin's Aboriginal and Treaty rights, on the informative and uncontested affidavit evidence of Ermineskin's Carol Wildcat, its Consultation Director (Wildcat Affidavit I) [at paragraphs 27–35]:

**Ermineskin not notified of second request and decision to designate**

In mid-August 2020, I was advised by an employee of Coalspur that the Minister issued an order designating the Underground Test Mine and Phase II pursuant to his discretion under the Impact Assessment Act (the "Designation Order"). A draft of the Designation Order is found at page 275 of the Certified Record, and a copy of Designation Order is enclosed as Exhibit H to the Austen Affidavit.

Prior to that date, I was not aware that a new request had been made to designate the Underground Test Mine or to reconsider the decision to designate Phase II. As far as I am aware, neither the Agency nor the Minister notified, provided information to, sought input from, or consulted Ermineskin in respect of the Designation Order.

I have reviewed Ermineskin's records to confirm this.

The Chief of Ermineskin or I typically receive referrals or notification of any statutory decisions to be taken by federal government departments which may have adverse impacts on Ermineskin Aboriginal and Treaty rights. The typical process is that referrals and notifications are emailed directly to the Chief or me ("Referral Email"). If a Referral Email is sent to the Chief, s/he forwards the Referral Email to me to manage the consultation process. The Referral Email typically contains a formal cover letter outlining the referral details as well as a copy of the

Je tiens pour avéré le fait qu'Ermineskin n'a pas eu la possibilité de contribuer d'une manière quelconque au processus et qu'il lui a été impossible de commenter les observations des groupes demandeurs ou la réponse de Coalspur.

[36] Bien que le ministre défendeur ne le conteste pas, je fonde également mes conclusions, selon lesquelles Ermineskin a été exclue et que l'Agence était au fait des effets préjudiciables potentiels sur les droits ancestraux ou issus de traités d'Ermineskin, sur la preuve par affidavit instructive et incontestée de Carol Wildcat, directrice des consultations d'Ermineskin (l'affidavit n° I de Wildcat) [aux paragraphes 27–35] :

[TRADUCTION]

**Ermineskin n'a pas été avisée de la deuxième demande ni de la décision de désigner les projets**

À la mi-août 2020, j'ai été informée par un employé de Coalspur que le ministre avait pris un arrêté désignant la mine d'essai souterraine restreinte et la phase II, conformément au pouvoir discrétionnaire que lui conférerait la *Loi sur l'évaluation d'impact* (l'arrêté de désignation). Une ébauche de l'arrêté de désignation figure à la page 275 du dossier certifié et une copie de l'arrêté est jointe, en tant que pièce H, à l'affidavit d'Austen.

Avant cette date, j'ignorais qu'une nouvelle demande avait été présentée pour désigner la mine d'essai souterraine restreinte ou réexaminer la décision de désigner la phase II. Pour autant que je sache, ni l'Agence ni le ministre n'ont avisé Ermineskin, ne lui ont fourni des renseignements, n'ont sollicité sa contribution ou ne l'ont consultée au sujet de l'arrêté de désignation.

J'ai passé en revue les dossiers d'Ermineskin pour le confirmer.

Le chef d'Ermineskin ou moi recevons habituellement les renvois ou les avis relatifs à toute décision prévue par la loi que doivent prendre des ministères fédéraux et qui peut avoir des effets préjudiciables sur les droits ancestraux ou issus de traités d'Ermineskin. Habituellement, ces renvois et ces avis sont transmis directement par courriel au chef ou à moi (courriel de renvoi). Si un courriel de renvoi est envoyé au chef, ce dernier me le transmet afin que je gère le processus de consultation. Ce courriel renferme habituellement une lettre d'accompagnement

relevant materials submitted by the project proponent, government agencies, and/or other relevant third parties.

In some cases, federal government departments will send a duplicate of the Referral Email by mail. Any mail received by Ermineskin is sorted by our mail clerk, and any mail related to consultation is provided to me. Any mail which is addressed to the Chief, but related to consultation, is also provided to me.

I have reviewed my emails and records from May 1, 2020 to July 30, 2020 for any federal government referrals related to the designation of the Vista Coal Mine. No referrals were received regarding Phase I, Phase II, or the Underground Test Mine during this period.

I have also consulted former Chief Craig Makinaw (who was Chief of Ermineskin from October 2017 to October 2020) and my team, Danny Bellerose (Consultation Liaison) and Janice Ermineskin (Consultation Assistant), and to determine if any federal government referrals related to the Vista Coal Mine were received by Ermineskin via email or mail from May 1, 2020 to July 30, 2020 which were not in my records. I am advised by Chief Makinaw, Mr. Bellerose, and Ms. Ermineskin, and do verily believe, that no referrals were received by Ermineskin regarding Phase I, Phase II, or the Underground Test Mine during this period.

#### **Agency was aware of the potential impact to Aboriginal and Treaty Rights**

I have reviewed the materials related to the Designation Order made available in the Agency's online registry, at: <https://iaac-aeic.gc.ca/050/evaluations/proj/80731> and attached to the Austen Affidavit as Exhibits C, D, E, F, and G.

From these materials, I am aware that the Agency made a request for federal expert advice from various federal agencies regarding the "potential impacts to Aboriginal and Treaty Rights" posed by the Underground Test Mine. I am also aware that Coalspur notified the Agency that Ermineskin is one of the Indigenous communities whom Coalspur had been actively engaging with in respect of Phase II.

[37] No party to this proceeding contradicted deponent Ms. Wildcat's evidence as set out above, nor for that matter, any aspect of her evidence. She was not

officielle décrivant les détails du renvoi, ainsi qu'une copie des documents pertinents présentés par le promoteur du projet, les organismes gouvernementaux et/ou d'autres tiers compétents.

Dans certains cas, les ministères fédéraux envoient par la poste un double du courriel de renvoi. Tout courrier que reçoit Ermineskin est trié par notre commis au courrier, et tout courrier lié à des consultations m'est remis. Le courrier adressé au chef, mais concernant des consultations, m'est également remis.

J'ai passé en revue mes courriels et mes dossiers datant du 1<sup>er</sup> mai au 30 juillet 2020 pour y chercher tout renvoi du gouvernement fédéral concernant la désignation de la mine de charbon Vista. Aucun renvoi n'a été reçu au sujet de la phase I, de la phase II ou de la mine d'essai souterraine restreinte au cours de cette période.

J'ai aussi consulté l'ancien chef Craig Makinaw (qui a été chef d'Ermineskin entre octobre 2017 et octobre 2020) ainsi que mon équipe, Danny Bellerose (Liaison, consultations) et Janice Ermineskin (adjoine aux consultations), afin de vérifier si Ermineskin avait reçu des renvois du gouvernement fédéral au sujet de la mine de charbon Vista par courriel ou par la poste entre le 1<sup>er</sup> mai et le 30 juillet 2020 et qui ne se trouvaient pas dans mes dossiers. J'ai été avisée par le chef Makinaw, M. Bellerose et Mme Ermineskin — et je crois sincèrement — qu'au cours de cette période, Ermineskin n'avait reçu aucun renvoi au sujet de la phase I, de la phase II ou de la mine d'essai souterraine restreinte.

#### **L'Agence était au courant des effets potentiels sur les droits ancestraux ou issus de traités**

J'ai passé en revue les documents liés à l'arrêté de désignation qui ont été publiés dans le registre en ligne de l'Agence, à : <https://iaac-aeic.gc.ca/050/evaluations/proj/80731>, et qui étaient joints à l'affidavit d'Austen, en tant que pièces C, D, E, F et G.

Ces documents m'ont appris que l'Agence a présenté une demande d'avis d'expert de divers organismes fédéraux au sujet des « effets potentiels sur les droits ancestraux ou issus de traités » de la mine d'essai souterraine restreinte. Je sais également que Coalspur a avisé l'Agence qu'Ermineskin était l'une des communautés autochtones avec laquelle Coalspur dialoguait activement au sujet de la phase II.

[37] Aucune partie à la présente instance n'a contredit la preuve de la déposante, M<sup>me</sup> Wildcat, telle que reproduite ci-dessus, ni, du reste, un aspect quelconque de

cross-examined. Nor was rule 229 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 concerning production of documents engaged by any party. I have considered and accept the accuracy of her testimony and facts deposed, finding on a balance of probabilities that her evidence is truthful.

H. *Constitutional validity of IAA not before this Court*

[38] This Court is not asked to rule on the constitutional validity of the IAA because that issue is before the Alberta Court of Appeal. I therefore make no determination in that regard.

I. *Recent matters arising after the Designation Order*

[39] Two matters arose after the Designation Order.

[40] First, on May 17, 2021, two days before the hearings commenced in these matters, counsel for Coalspur brought to the Court's attention an Order of the Court of Queen's Bench of Alberta dated May 6, 2021, under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C., 1985, c. C-36 (CCAA Order) concerning Coalspur. Paragraph 13 of the CCAA Order provides:

NO PROCEEDINGS AGAINST THE APPLICANT OR THE PROPERTY

Until and including July 23, 2021, or such later date as this Court may order (the "**Stay Period**"), no proceeding or enforcement process in any court (each, a "**Proceeding**") shall be commenced or continued against or in respect of the Applicant or the Monitor, or affecting the Business or the Property, except with leave of this Court, and any and all Proceedings currently under way against or in respect of the Applicant or affecting the Business or the Property are hereby stayed and suspended pending further order of this Court. [Emphasis in original.]

cette preuve. M<sup>me</sup> Wildcat n'a pas été contre-interrogée. Aucune partie n'a invoqué non plus la règle 229 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, au sujet de la production de documents. J'ai examiné et admis l'exactitude de son témoignage et des faits exposés, et j'ai conclu, selon la prépondérance des probabilités, que son témoignage était véridique.

H. *Notre Cour n'est pas saisie de la validité constitutionnelle de la LEI*

[38] Il n'est pas demandé à notre Cour de se prononcer sur la validité constitutionnelle de la LEI, parce que cette question a été soumise à la Cour d'appel de l'Alberta. Je ne rendrai donc aucune décision à cet égard.

I. *Des affaires récentes survenues après l'arrêté de désignation*

[39] Deux affaires sont survenues après l'arrêté de désignation.

[40] Premièrement, le 17 mai 2021, deux jours avant le début des audiences en l'espèce, les avocats de Coalspur ont porté à l'attention de la Cour une ordonnance de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, datée du 6 mai 2021 et rendue sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. (1985), ch. C-36 (l'ordonnance rendue au titre de la LACC) au sujet de Coalspur. Le paragraphe 13 de cette ordonnance indique ceci :

[TRADUCTION]

PAS DE PROCÉDURES CONTRE LA DEMANDERESSE OU LE BIEN-FONDS

Jusqu'au 23 juillet 2021 inclusivement, ou à la date ultérieure que la Cour pourra ordonner (la **période de suspension**), aucune procédure ou aucun processus d'exécution devant un tribunal quelconque (une **procédure** dans chaque cas) ne peut être engagé ou poursuivi à l'encontre ou à l'égard de la demanderesse ou du contrôleur, ou toucher l'entreprise ou le bien-fonds, sauf avec l'autorisation de la Cour, et toutes les procédures actuellement en cours à l'encontre ou à l'égard de la demanderesse, ou touchant l'entreprise ou le bien-fonds, sont par les présentes suspendues jusqu'à nouvelle ordonnance de la Cour. [Caractères gras dans l'original.]

[41] Coalspur is a party to this proceeding, as are the Attorney General of Canada for the Minister and Ermineskin. No party moved for a stay or an adjournment of the hearing of the applications for judicial review brought by Ermineskin or Coalspur. No affidavit or motion was filed seeking any form of order from this Court related to the CCAA Order.

[42] There was a request for a case management conference call to review the CCAA Order and its repercussions, which I held at the outset of the two-day hearing. The Court canvassed counsel for their positions. In effect, the parties advised that the CCAA Order did not impact proceedings in this case or in T-1008-20, except with respect to the possible financial implications of any cost order this Court might make.

[43] Second, on June 11, 2021, well after close of argument in these matters, two media statements were issued by the Government of Canada during its participation in the G7 meetings held in the United Kingdom. Each addressed clarification of the policies of the Government of Canada in terms of thermal coal mines such as those addressed by the Designation Order.

[44] A media release titled *Statement by the Government of Canada on thermal coal mining* states in part:

The global phase-out of emissions from coal power is the most important initial step towards achieving Paris Agreement goals. To provide greater certainty to investors, the mining sector and Canadians generally, the Government of Canada is today clarifying its position on new thermal coal mines and expansion projects in this country.

The continued mining and use of coal for energy production anywhere in the world is not environmentally sustainable and does not align with the Government of Canada's commitments, both domestically and internationally, with

[41] Coalspur est partie à la présente instance, tout comme le procureur général du Canada, pour le compte du ministre, et Ermineskin. Aucune partie n'a demandé une suspension ou un ajournement de l'audition des demandes de contrôle judiciaire qu'ont présentées Ermineskin ou Coalspur. Il n'a été déposé aucun affidavit ni aucune requête en vue d'obtenir de notre Cour une ordonnance quelconque en lien avec l'ordonnance rendue au titre de la LACC.

[42] Il y a eu une demande d'appel-conférence de gestion d'instance pour examiner l'ordonnance rendue au titre de la LACC et ses répercussions, conférence que j'ai tenue au début de l'audience de deux jours. La Cour a demandé aux avocats de faire part de leurs positions. En fait, les parties ont indiqué que l'ordonnance rendue au titre de la LACC n'avait pas d'incidence sur les procédures en l'espèce ou dans le dossier T-1008-20, sauf pour ce qui était des répercussions financières que serait susceptible d'avoir une ordonnance de dépens que notre Cour rendrait.

[43] Deuxièmement, le 11 juin 2021, bien après la clôture des plaidoiries dans les présentes affaires, le gouvernement du Canada a publié deux déclarations aux médias lors de sa participation aux réunions du G7, tenues au Royaume-Uni. Chacune éclaircissait les politiques du gouvernement du Canada concernant les mines de charbon thermique, comme celles sur lesquelles porte l'arrêté de désignation.

[44] Un communiqué de presse intitulé *Déclaration du gouvernement du Canada sur l'exploitation thermique du charbon* mentionne, en partie, ce qui suit :

L'élimination progressive à l'échelle mondiale des émissions provenant de charbon utilisé à des fins énergétiques est la première étape et la plus importante pour atteindre les objectifs de l'Accord de Paris. Afin d'offrir une plus grande certitude aux investisseurs, au secteur minier et aux Canadiens en général, le gouvernement du Canada clarifie aujourd'hui sa position sur les nouvelles mines de charbon thermique et les projets d'expansion au pays.

L'exploitation et l'utilisation continues du charbon pour la production d'énergie partout dans le monde ne sont pas durables, en plus de ne pas être conformes aux engagements nationaux et internationaux du gouvernement

respect to combatting climate change. Accordingly, the Government of Canada considers that any new thermal coal mining projects, or expansions of existing thermal coal mines in Canada, are likely to cause unacceptable environmental effects. This position will inform federal decision making on thermal coal mining projects.

Under the *Impact Assessment Act*, the Minister of Environment and Climate Change or Governor in Council must determine that the effects within federal jurisdiction likely to be caused by a project are in the public interest, if a project is to move forward. This decision is informed by whether the project contributes to sustainability, whether it hinders or contributes to Canada's ability to meet its commitments in respect of climate change, and other relevant matters.

This Policy Statement on thermal coal mining will be an important consideration in the Minister's or Governor in Council's determination under the Act, as to whether the effects within federal jurisdiction caused by proposed new thermal coal mines or expansions of existing coal mines are in the public interest of Canadians.

Similarly, this policy statement will inform the Minister's use of the discretionary authority under section 9 of the Act to designate any proposed new thermal coal project or expansion that is not listed in the *Physical Activities Regulations*, and the Minister's opinion, under section 17 of the Act, about whether a designated project would cause unacceptable environmental effects within federal jurisdiction before the commencement of an assessment. [Emphasis added.]

[45] A media statement entitled *Government of Canada releases Policy Statement on future thermal coal mining projects and project expansions* states in part:

The best available science and economic analysis calls for countries around the world to address the global challenge that is climate change, and to fully seize the economic opportunities that it presents. For the good of the planet's health, the world is moving off thermal coal for energy production, and Canada is leading the way.

du Canada envers la lutte contre les changements climatiques. Par conséquent, le gouvernement du Canada considère que les nouveaux projets d'exploitation de charbon thermique, ou l'expansion des mines de charbon thermique déjà existantes au Canada, sont susceptibles de causer des effets inacceptables sur l'environnement. Cette position permettra d'éclairer la prise de décision fédérale sur les projets de mines de charbon thermique.

En vertu de la *Loi sur l'évaluation d'impact*, le ministre de l'Environnement et du Changement climatique ou le gouverneur en conseil doivent déterminer si les effets relevant d'un domaine de compétence fédérale susceptibles d'être causés par un projet sont dans l'intérêt public, si le projet allait de l'avant. Cette décision s'appuiera sur la capacité du projet à favoriser la durabilité, ou à contribuer à la capacité du Canada de respecter ses engagements à l'égard des changements climatiques et toutes autres questions pertinentes.

Cet énoncé de politique sur l'exploitation du charbon thermique sera un élément important à prendre en considération lorsque le ministre ou le gouverneur en conseil détermineront, en vertu de la Loi, si les effets dans les limites de la compétence fédérale des nouvelles mines de charbon thermique proposées ou des agrandissements de mines existantes sont dans l'intérêt public des Canadiens.

De même, en vertu de l'article 9 de la Loi, cet énoncé de politique éclairera l'utilisation du pouvoir discrétionnaire par le ministre pour toutes nouvelles propositions de projet de charbon thermique ou d'expansion qui ne figure pas dans le *Règlement sur les activités concrètes*. Il permettra également d'orienter l'opinion du ministre, en vertu de l'article 17 de la Loi, à savoir si un projet désigné entraînerait des effets environnementaux inacceptables relevant de la compétence fédérale avant le début d'une évaluation. [Non souligné dans l'original.]

[45] Une déclaration aux médias, intitulée *Le gouvernement du Canada publie une déclaration de politique sur les futurs projets d'exploitation du charbon thermique et les projets d'expansion*, mentionne en partie ce qui suit :

Les meilleures analyses scientifiques et économiques disponibles appellent les pays du monde entier à relever le défi mondial posé par les changements climatiques et à saisir pleinement les possibilités économiques qu'ils offrent. Pour le bien de la santé de la planète, le monde abandonne le charbon thermique pour la production d'énergie, et le Canada ouvre la voie.



Burning thermal coal, the fuel that powered an industrial revolution in a previous century, is the single largest contributor to climate change and a major source of toxic pollution that harms human health. Since co-founding the Powering Past Coal Alliance in 2017 with the United Kingdom and introducing regulations to accelerate the phase-out of conventional coal-fired electricity, Canada has helped set the pace for domestic and international action in addressing this source of greenhouse gas emissions. Last month Canada, alongside other G7 countries, stressed the need to immediately end international investments in thermal coal power generation projects that emit carbon pollution.

As G7 world leaders gather in the U.K. to combat global challenges, including climate change, and as the next step in Canada's commitment to addressing harmful GHG emissions from coal, the Honorable Jonathan Wilkinson, Minister of Environment and Climate Change, today announced the Government of Canada's public policy statement on new thermal coal mining or expansion projects. The statement indicates that the Government considers that these projects are likely to cause unacceptable environmental effects within federal jurisdiction and are not aligned with Canada's domestic and international climate change commitments. Accordingly, this position will inform federal decision making on thermal coal mining projects.

Today's policy announcement provides clarity and regulatory certainty for industry, investors and Canadians. It represents another critical step in our shared path to a cleaner and more prosperous future, and places Canada among the first G7 countries to adopt such a policy.

In parallel to today's announcement, Minister Wilkinson informed Coalspur Mines Ltd. that the policy announced today applies to the consideration of its proposed thermal coal mine expansions at the Vista Coal Mine near Hinton, Alberta.

Canada's abundant natural resources give this country a competitive advantage we have always used to support jobs and prosperity. In the global race to carbon-neutral economies by 2050, Canada continues to build on its long-term competitive advantage by focusing on environmental

La combustion du charbon thermique, qui a alimenté la révolution industrielle du siècle dernier, est le combustible qui contribue le plus aux changements climatiques et est une source majeure de pollution toxique qui nuit à la santé humaine. Depuis sa participation à la création de l'Alliance : Énergiser au-delà du charbon en 2017 avec le Royaume-Uni et l'adoption d'une réglementation visant à accélérer l'élimination progressive de l'électricité conventionnelle produite à partir du charbon, le Canada a contribué à donner le ton à l'action nationale et internationale pour lutter contre cette source d'émissions de gaz à effet de serre. Le mois dernier, le Canada, aux côtés d'autres pays du G7, a souligné la nécessité de mettre immédiatement fin aux investissements internationaux dans les projets de production d'électricité à partir de charbon thermique, émetteurs de pollution par le carbone.

Alors que les dirigeants mondiaux du G7 se réunissent au Royaume-Uni pour lutter contre les défis mondiaux, notamment les changements climatiques, l'honorable Jonathan Wilkinson, ministre de l'Environnement et du Changement climatique, a présenté aujourd'hui la déclaration de politique publique du gouvernement du Canada concernant les nouveaux projets d'exploitation de charbon thermique ou d'expansion. Il s'agit de la prochaine étape de l'engagement du Canada à s'attaquer aux émissions nocives de gaz à effet de serre (GES) provenant du charbon. La déclaration indique que le gouvernement considère ces projets susceptibles de causer des effets inacceptables sur l'environnement dans des zones de compétence fédérale et qu'ils ne sont pas conformes aux engagements nationaux et internationaux du Canada en matière de changements climatiques. En conséquence, cette position éclairera la prise de décision fédérale sur les projets d'exploitation de charbon thermique.

La politique annoncée aujourd'hui assure la clarté et la certitude réglementaire à l'industrie, aux investisseurs et aux Canadiens. Elle représente une autre étape essentielle dans notre cheminement commun vers un avenir plus propre et plus prospère et positionne le Canada parmi les premiers pays du G7 à adopter une telle politique.

En parallèle avec l'annonce d'aujourd'hui, le ministre Wilkinson a informé Coalspur Mines Ltd. que la politique annoncée aujourd'hui s'applique à l'examen de ses projets d'expansion de mines de charbon thermique de Vista Coal, près de Hinton, en Alberta.

Les ressources naturelles abondantes du Canada donnent à notre pays un avantage concurrentiel que nous avons toujours utilisé comme source d'emplois et de prospérité. Dans la course mondiale vers des économies neutres en carbone d'ici 2050, le Canada continue de miser sur son

sustainability and clean growth while supporting workers and communities.

That is why, for example, Canada’s strengthened climate plan—A Healthy Environment and a Healthy Economy—committed \$964 million over four years to advance smart renewable energy and grid modernization projects to enable the clean grid and jobs of the future. And that is why, to mitigate the impacts of the domestic phase out of coal-fired electricity, Budgets 2018 and 2019 provided \$185 million for skills development, economic diversification, and infrastructure to support coal workers and communities.

The evidence is clear: the continued mining and use of thermal coal for energy production in the world runs counter to what is needed to effectively combat climate change and seize the economic opportunities that it presents. It is in this context that the Government has announced this policy today and will continue to work with Canadians to deliver strong climate action. [Emphasis added.]

[46] Given the context of these announcements and the specific reference to Coalspur’s Phase II and limited Underground Test Mine, I sent them to counsel, directing the Court “would like to hear from counsel as to whether these have any impact on my consideration and writing of the judgment in these two judicial reviews.”

[47] The parties were unanimous in their responses which were to the effect the two announcements had or should have no impact on my consideration of or writing judgments in these matters.

#### J. *Statutory scheme for designation*

[48] All jurisdictions in Canada—including both Alberta and Canada—employ environmental impact assessment regimes to evaluate the potential for physical activities to cause significant adverse environmental effects, and to reconcile a “proponent’s development desires with environmental protection and preservation”

avantage concurrentiel à long terme en mettant l’accent sur la durabilité environnementale et la croissance propre tout en appuyant les travailleurs et les collectivités.

C’est pourquoi, par exemple, le plan climatique renforcé du Canada : Un environnement sain et une économie saine a engagé 964 millions de dollars sur quatre ans pour faire avancer les projets d’énergie renouvelable intelligente et de modernisation du réseau afin d’établir le réseau propre et les emplois de l’avenir. Et c’est pourquoi, afin d’atténuer les effets de l’élimination progressive de l’électricité produite par le charbon au pays, les budgets de 2018 et 2019 prévoient 185 millions de dollars pour le développement des compétences, la diversification économique et l’infrastructure pour soutenir les travailleurs du charbon et les collectivités.

Les preuves sont claires : la poursuite de l’exploitation et de l’utilisation du charbon thermique pour la production d’énergie dans le monde va à l’encontre des mesures nécessaires pour lutter efficacement contre le changement climatique et saisir les débouchés économiques qu’elles présentent. C’est dans ce contexte que le gouvernement a annoncé cette politique aujourd’hui et qu’il continuera à travailler avec les Canadiens pour mettre en œuvre des mesures climatiques robustes. [Non souligné dans l’original.]

[46] Vu le contexte dans lequel ces annonces ont été faites et le fait que l’on fasse expressément référence à la phase II et à la mine d’essai souterraine restreinte de Coalspur, je les ai envoyées aux avocats en indiquant que la Cour [TRADUCTION] « aimerait que les avocats lui disent si ces documents ont une incidence quelconque sur mon examen et la rédaction du jugement dans les deux présentes demandes de contrôle judiciaire ».

[47] Les parties ont été unanimes dans leurs réponses : les deux annonces n’avaient ou ne devraient avoir aucune incidence sur mon examen ou sur la rédaction des jugements en l’espèce.

#### J. *Le régime législatif applicable à la désignation*

[48] Toutes les administrations au Canada — y compris l’Alberta et le Canada — recourent à des régimes d’évaluation des incidences environnementales pour évaluer la possibilité que des activités concrètes causent des effets environnementaux préjudiciables importants, de même que pour concilier « les désirs d’aménagement

(*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3 [at page 56], (1992), 88 D.L.R. (4th) 1, at paragraph 71).

[49] In 2019, Parliament enacted the IAA, which replaced the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19 (CEAA 2012).

[50] The IAA imposes federal decision-making and the possibility of a requirement for federal impact assessments on “designated projects” regardless of whether they might also be subject to provincial environmental assessment.

[51] Designation pursuant to the IAA applies to physical activities rather than projects. Physical activities do not come within the scope of the IAA unless they, on their own or in conjunction with other physical activities, meet the definition of a designated project set out in the IAA.

[52] A designated project is defined in the IAA:

**Definitions**

**2 ....**

*designated project* means one or more physical activities that

(a) are carried out in Canada or on federal lands; and

(b) are designated by regulations made under paragraph 109(b) or designated in an order made by the Minister under subsection 9(1).

It includes any physical activity that is incidental to those physical activities, but it does not include a physical activity designated by regulations made under paragraph 112(1)(a.2). [Emphasis added.]

[53] As a result, there are two ways a physical activity may fall within the definition of a designated project under the IAA.

du promoteur et la protection et la préservation de l’environnement » (*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 71 [à la page 56]).

[49] En 2019, le législateur a adopté la LEI, qui a remplacé la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, ch. 19.

[50] La LEI impose un processus décisionnel fédéral et la possibilité d’exiger que des « projets désignés » fassent l’objet d’une évaluation d’impact fédérale, indépendamment de la question de savoir si ces projets pourraient aussi faire l’objet d’une évaluation environnementale provinciale.

[51] La désignation que prévoit la LEI s’applique à des activités concrètes plutôt qu’à des projets. Les activités concrètes ne tombent pas sous le coup de la LEI sauf si elles, seules ou de pair avec d’autres activités concrètes, répondent à la définition d’un projet désigné que donne la LEI.

[52] Un projet désigné est défini dans la LEI :

**Définitions**

**2 [...]**

*projet désigné* Une ou plusieurs activités concrètes — y compris celles qui leur sont accessoires — exercées au Canada ou sur un territoire domanial et désignées soit par règlement pris en vertu de l’alinéa 109b), soit par arrêté pris par le ministre en vertu du paragraphe 9(1). Sont exclues les activités concrètes désignées par règlement pris en vertu de l’alinéa 112(1)a.2). [Non souligné dans l’original.]

[53] C’est donc dire qu’il existe deux façons par lesquelles une activité concrète peut tomber sous le coup de la définition d’un projet désigné que donne la LEI.

[54] The first is where a physical activity meets a threshold for either its area or its volume of coal production; if it does, it is automatically designated by operation of law. This is set out in paragraph 19(a) of the Schedule of the *Physical Activities Regulations*, SOR/2019-285 (Regulations):

**19** The expansion of an existing mine, mill, quarry or sand or gravel pit in one of the following circumstances:

**(a)** in the case of an existing coal mine, if the expansion would result in an increase in the area of mining operations of 50% or more and the total coal production capacity would be 5 000 t/day or more after the expansion. [Emphasis added]

[55] The second is when the Minister by Order designates an activity under subsection 9(1) of the IAA; in which case the Minister must provide reasons per subsection 9(4):

**Minister's power to designate**

**9 (1)** The Minister may, on request or on his or her own initiative, by order, designate a physical activity that is not prescribed by regulations made under paragraph 109(b) if, in his or her opinion, either the carrying out of that physical activity may cause adverse effects within federal jurisdiction or adverse direct or incidental effects, or public concerns related to those effects warrant the designation.

...

**Minister's response — time limit**

**(4)** The Minister must respond, with reasons, to a request referred to in subsection (1) within 90 days after the day on which it is received. The Minister must ensure that his or her response is posted on the Internet site. [Emphasis added.]

[56] Phase II could only be designated by order of the Minister under subsection 9(1) of the IAA.

[57] Phase II did not meet the threshold for statutory designation under paragraph 19(a) [of the Schedule] of

[54] La première est la situation dans laquelle une activité concrète satisfait à un seuil qui s'applique soit à son aire d'exploitation soit à sa capacité de production de charbon; si c'est le cas, cette activité est automatiquement désignée par application de la loi. C'est ce qu'indique l'alinéa 19a) de l'annexe du *Règlement sur les activités concrètes*, DORS/2019-285 (le Règlement) :

**19** L'agrandissement d'une mine, usine ou carrière visée ci-après, dans les cas suivants :

**a)** s'agissant d'une mine de charbon existante, l'agrandissement entraînerait une augmentation de l'aire d'exploitation minière de 50 % ou plus et la capacité de production totale de charbon de la mine, après l'agrandissement, serait de 5 000 t/jour ou plus; [Non souligné dans l'original.]

[55] La seconde est la situation dans laquelle le ministre désigne par arrêté une activité en vertu du paragraphe 9(1) de la LEI; dans un tel cas, celui-ci doit motiver sa décision, comme le prévoit le paragraphe 9(4) :

**Pouvoir du ministre de désigner**

**9 (1)** Le ministre peut par arrêté, sur demande ou de sa propre initiative, désigner toute activité concrète qui n'est pas désignée par règlement pris en vertu de l'alinéa 109b), s'il estime que l'exercice de l'activité peut entraîner des effets relevant d'un domaine de compétence fédérale qui sont négatifs ou des effets directs ou accessoires négatifs, ou que les préoccupations du public concernant ces effets le justifient.

[...]

**Réponse du ministre — délai**

**(4)** Le ministre répond, motifs à l'appui, à la demande visée au paragraphe (1) dans les quatre-vingt-dix jours suivant sa réception et, dans un tel cas, il veille à ce que la réponse soit affichée sur le site Internet. [Non souligné dans l'original.]

[56] La phase II ne pouvait être désignée que par arrêté du ministre, conformément au paragraphe 9(1) de la LEI.

[57] La phase II ne satisfaisait pas au seuil fixé pour la désignation prévue à l'alinéa 19a) [de l'annexe] du

the Regulations because—while it exceeded the production threshold—it did not meet the minimum area threshold.

K. *Agency and Minister consideration of impact on Indigenous peoples required by Operational Guide and the IAA*

[58] The IAA’s designation process may be initiated at the request of third parties and is designed to assess a wide range of impacts. This includes impacts on Indigenous peoples such as Ermineskin according to the Agency’s “Operational Guide: Designating a Project under the Impact Assessment Act”, sanctioned by the Government of Canada and available on Canada’s website at: <<https://www.canada.ca/en/impact-assessment-agency/services/policy-guidance/designating-project-impact-assessment-act.html>> (Operational Guide).

[59] The purpose of the Operational Guide is set out on its introductory first page:

**Purpose**

This document describes the process for considering whether to designate a project **not identified** in the *Physical Activities Regulations*, also known as the Project List, under the *Impact Assessment Act* (the Act). [Emphasis in original.]

[60] The Operational Guide makes several references to the rights and interests of Indigenous peoples. It declares the Agency will consider, among other things, whether it requires further information from the requester(s), or from federal departments, other jurisdictions and “potentially affected Indigenous groups” to determine whether the physical activity has the potential to cause adverse effects on “the environment that could affect the Indigenous peoples of Canada” or “the health, social or economic conditions of the Indigenous peoples of Canada,” and the potential of the physical activity to cause “adverse impacts on the section 35 rights” of Indigenous peoples.

Règlement, parce que — même si elle excédait le seuil de production — elle ne répondait pas au seuil de l’aire d’exploitation minimale.

K. *Le Guide opérationnel et la LEI exigent que l’Agence et le ministre examinent les effets sur les peuples autochtones*

[58] Le processus de désignation prévu par la LEI peut être déclenché à la demande de tiers et il est conçu pour évaluer un large éventail d’effets. Cela inclut les effets sur les peuples autochtones, tels qu’Ermineskin, d’après le *Guide opérationnel : Désignation d’un projet en vertu de la Loi sur l’évaluation d’impact*, lequel est sanctionné par le gouvernement du Canada et accessible au site Web du Canada à l’adresse : <<https://www.canada.ca/fr/agence-evaluation-impact/services/politiques-et-orientation/designer-loi-evaluation-impact.html>> (le Guide opérationnel).

[59] L’objet du Guide opérationnel est énoncé à la première page d’introduction :

**Objet**

Ce document décrit le processus visant à déterminer s’il convient de désigner un projet qui **n’est pas décrit** dans le *Règlement désignant les activités concrètes*, également appelé la Liste des projets, en vertu de la *Loi sur l’évaluation d’impact* (la Loi). [Caractères gras dans l’original.]

[60] Le Guide opérationnel fait plusieurs fois référence aux droits et aux intérêts des peuples autochtones. Il y est déclaré que l’Agence examinera, notamment, si elle a besoin de plus amples renseignements de la part du ou des demandeurs, ou de ministères fédéraux, d’autres administrations et des « groupes autochtones potentiellement concernés » dans le but de décider si l’activité concrète en question est susceptible d’entraîner des effets négatifs sur « les changements environnementaux qui pourraient toucher les peuples autochtones du Canada » ou « les conditions sanitaires, sociales ou économiques des peuples autochtones du Canada », de même que la possibilité que l’activité concrète ait des « effets négatifs sur les droits des peuples autochtones [...] reconnus à l’article 35 ».

[61] The IAA itself creates statutory obligations on the Agency and Minister to consider the interests of Indigenous peoples in several provisions including paragraphs 6(1)(f) and 6(1)(g) and subsection 6(2) setting out the purposes of the IAA itself:

**Purposes**

**6 (1)** The purposes of this Act are

...

**(f)** to promote communication and cooperation with Indigenous peoples of Canada with respect to impact assessments;

**(g)** to ensure respect for the rights of the Indigenous peoples of Canada recognized and affirmed by section 35 of the *Constitution Act, 1982*, in the course of impact assessments and decision-making under this Act;

...

**Mandate**

**(2)** The Government of Canada, the Minister, the Agency and federal authorities, in the administration of this Act, must exercise their powers in a manner that fosters sustainability, respects the Government's commitments with respect to the rights of the Indigenous peoples of Canada and applies the precautionary principle. [Emphasis added.]

[62] In the normal course, the Agency receives a request, seeks input from those affected including “potentially affected Indigenous groups” and various government departments with relevant expertise and jurisdiction, and others. It may seek further input from those it has already heard from. The Agency conducts an analysis and prepares both a written report and written recommendations for the Minister.

[63] In this connection, and according to the Operational Guide, the Agency's recommendation to the Minister will “consider the potential impacts of the project on the rights of the Indigenous peoples of Canada as recognized and affirmed by section 35 of the

[61] La LEI impose elle-même à l'Agence et au ministre l'obligation légale de prendre en considération les intérêts des peuples autochtones dans plusieurs de ses dispositions, dont les alinéas 6(1)f) et g) ainsi que le paragraphe 6(2), qui énoncent les objets de la LEI même :

**Objet**

**6 (1)** La présente loi a pour objet :

[...]

**f) de promouvoir la communication et la collaboration avec les peuples autochtones du Canada en ce qui touche les évaluations d'impact;**

**g) de veiller au respect des droits des peuples autochtones du Canada reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dans le cadre des évaluations d'impact et de la prise de décisions sous le régime de la présente loi;**

[...]

**Mission**

**(2)** Pour l'application de la présente loi, le gouvernement du Canada, le ministre, l'Agence et les autorités fédérales doivent exercer leurs pouvoirs de manière à favoriser la durabilité, à respecter les engagements du gouvernement à l'égard des droits des peuples autochtones du Canada et à appliquer le principe de précaution. [Non souligné dans l'original.]

[62] Normalement, l'Agence reçoit une demande et sollicite les commentaires des personnes touchées, y compris les « groupes autochtones potentiellement concernés » et divers ministères jouissant d'une expertise ou d'une compétence pertinentes, ainsi que d'autres. Elle peut solliciter des commentaires supplémentaires auprès de ceux qui lui ont déjà fait part des leurs. L'Agence procède à une analyse et établit à la fois un rapport écrit et des recommandations écrites à l'intention du ministre.

[63] À cet égard, d'après le Guide opérationnel, la recommandation que fait l'Agence au ministre « prend [...] en compte les impacts potentiels du projet sur les droits des peuples autochtones du Canada, y compris les femmes autochtones, reconnus et confirmés par

*Constitution Act, 1982*” and will be “informed by science, Indigenous and community knowledge, input from the proponent, and consultations with other jurisdictions, as applicable.”

[64] Based on the Agency’s report and recommendation to the Minister and submissions from the parties, the Minister considers the designation request and determines whether designation is warranted in light of the potential for adverse direct or incidental effects to areas of federal jurisdiction, or public concerns including rights of the Indigenous peoples such as Ermineskin.

[65] The Minister must provide reasons for his or her decision so that Canadians understand the “science, evidence, and knowledge” on which the decision was based (IAA, subsections 9(1) and 9(4)).

*L. Designation Order halts all work on Phase II and the limited Underground Test Mine*

[66] The designation of an activity by the Minister immediately and by statute prevents a proponent from advancing a project (see IAA, subsection 7(1)). This statutory stay of all work continues until the Agency decides (a) that no impact assessment is required, or (b) the proponent complies with conditions in a decision statement issued following a federal impact assessment, or (c) the Agency permits the proponent to take steps to provide the Agency or a review panel with information considered necessary to conduct an impact assessment (see subsection 7(3)):

**Proponent**

**7 (1)** Subject to subsection (3), the proponent of a designated project must not do any act or thing in connection with the carrying out of the designated project, in whole or in part, if that act or thing may cause any of the following effects:

l’article 35 de la *Loi constitutionnelle* de 1982 » et elle « tien[t] compte des connaissances scientifiques, autochtones et communautaires, des commentaires du promoteur et des consultations tenues auprès d’autres administrations, selon le cas ».

[64] En se fondant sur le rapport de l’Agence et la recommandation qu’elle fait au ministre ainsi que sur les observations des parties, le ministre examine la demande de désignation et décide s’il est justifié de procéder à la désignation, en tenant compte de la possibilité qu’il y ait des effets négatifs directs ou accessoires sur des secteurs relevant de la compétence fédérale, ou des préoccupations de nature publique, dont les droits des peuples autochtones, tels qu’Ermineskin.

[65] Le ministre est tenu de motiver sa décision de manière à ce que les Canadiens comprennent les aspects scientifiques, la preuve et les connaissances sur lesquels repose la décision (LEI, aux paragraphes 9(1) et (4)).

*L. L’arrêté de désignation suspend tous les travaux exécutés dans le cadre de la phase II et de la mine d’essai souterraine restreinte*

[66] La désignation d’une activité par le ministre empêche un promoteur, immédiatement et par voie législative, de poursuivre un projet (voir le paragraphe 7(1)). Cette suspension légale de tous les travaux est maintenue jusqu’à ce que l’Agence décide : a) qu’aucune évaluation d’impact n’est requise, ou b) que le promoteur se conforme aux conditions prescrites dans une déclaration remise à la suite d’une évaluation d’impact fédérale, ou c) que l’Agence autorise le promoteur à prendre des mesures pour fournir à elle ou à une commission les renseignements qui sont considérés comme nécessaires pour effectuer une évaluation d’impact (voir le paragraphe 7(3)) :

**Promoteur**

**7 (1)** Sous réserve du paragraphe (3), le promoteur d’un projet désigné ne peut prendre de mesure qui se rapporte à la réalisation de tout ou partie du projet et qui peut entraîner les effets suivants :

**(a)** a change to the following components of the environment that are within the legislative authority of Parliament:

...

**(b)** a change to the environment that would occur

**(i)** on federal lands,

**(ii)** in a province other than the one in which the act or thing is done, or

**(iii)** outside Canada;

**(c)** with respect to the Indigenous peoples of Canada, an impact — occurring in Canada and resulting from any change to the environment — on

**(i)** physical and cultural heritage,

**(ii)** the current use of lands and resources for traditional purposes, or

**(iii)** any structure, site or thing that is of historical, archaeological, paleontological or architectural significance;

**(d)** any change occurring in Canada to the health, social or economic conditions of the Indigenous peoples of Canada; or

**(e)** any change to a health, social or economic matter within the legislative authority of Parliament that is set out in Schedule 3.

...

#### Conditions

**(3)** The proponent of a designated project may do an act or thing in connection with the carrying out of the designated project, in whole or in part, that may cause any of the effects described in subsection (1) if

**(a)** the Agency makes a decision under subsection 16(1) that no impact assessment of the designated project is required and posts that decision on the Internet site;

**(b)** the proponent complies with the conditions included in the decision statement that is issued to the

**a)** des changements aux composantes ci-après de l'environnement qui relèvent de la compétence législative du Parlement :

[...]

**b)** des changements à l'environnement, selon le cas :

**(i)** sur le territoire domanial,

**(ii)** dans une province autre que celle dans laquelle la mesure est prise,

**(iii)** à l'étranger;

**c)** s'agissant des peuples autochtones du Canada, les répercussions au Canada des changements à l'environnement, selon le cas :

**(i)** au patrimoine naturel et au patrimoine culturel,

**(ii)** à l'usage courant de terres et de ressources à des fins traditionnelles,

**(iii)** à une construction, à un emplacement ou à une chose d'importance sur le plan historique, archéologique, paléontologique ou architectural;

**d)** des changements au Canada aux conditions sanitaires, sociales ou économiques des peuples autochtones du Canada;

**e)** des changements en toute matière sanitaire, sociale ou économique mentionnée à l'annexe 3 qui relèvent de la compétence législative du Parlement.

[...]

#### Conditions

**(3)** Le promoteur d'un projet désigné peut prendre une mesure qui se rapporte à la réalisation de tout ou partie du projet et qui peut entraîner les effets prévus au paragraphe (1) dans les cas suivants :

**a)** l'Agence décide, au titre du paragraphe 16(1), qu'aucune évaluation d'impact du projet n'est requise et affiche sa décision sur le site Internet;

**b)** le promoteur prend la mesure en conformité avec les conditions qui sont énoncées dans la déclaration



proponent under section 65 with respect to that designated project and is not expired or revoked; or

(c) the Agency permits the proponent to do that act or thing, subject to any conditions that it establishes, for the purpose of providing to the Agency the information or details that it requires in order to prepare for a possible impact assessment of that designated project or for the purpose of providing to the Agency or a review panel the information or studies that it considers necessary for it to conduct the impact assessment of that designated project.

*M. The two valuable Impact Benefit Agreements: 2013 IBA and 2019 IBA*

[67] The 2013 IBA was not filed in Court for confidentiality reasons. However, Wildcat Affidavit I deposes the 2013 IBA “formalized the relationship between the parties and created mutually beneficial opportunities for community development, infrastructure, and business opportunities, and ensured Ermineskin’s participation in ongoing environmental monitoring of Coalspur’s operations.”

[68] Wildcat Affidavit I addresses the 2013 IBA and the 2019 IBA [at paragraphs 12–20]:

In December 2013, Ermineskin entered into an agreement with Coalspur in respect of its coal mine operations (“**2013 IBA**”). The agreement formalized the relationship between the parties and created mutually beneficial opportunities for community development, infrastructure, and business opportunities, and ensured Ermineskin’s participation in ongoing environmental monitoring of Coalspur’s operations. A copy of the news release published by the parties is attached as Exhibit A to Affidavit #1 of Joanne Austen, dated October 29, 2020 (Austen Affidavit).

The contents of the 2013 IBA are confidential. At that time, other members of Ermineskin and I were aware that Coalspur may expand the Vista Coal Mine beyond its current footprint.

In 2018, Coalspur proposed to expand the Phase I footprint westwards through the Vista Coal Mine Phase II Expansion Project (“**Phase II**”). Phase II will increase

qui lui est remise au titre de l’article 65 relativement au projet et celle-ci n’est ni expirée ni révoquée;

c) le promoteur est autorisé par l’Agence à prendre la mesure, sous réserve de toute condition qu’elle fixe, pour qu’il puisse lui fournir les renseignements ou les précisions qu’elle exige dans le cadre de la préparation à une évaluation d’impact éventuelle du projet ou qu’il puisse fournir à l’Agence ou à la commission les études ou les renseignements qu’elle estime nécessaires dans le cadre de l’évaluation d’impact.

*M. Les deux ententes sur les répercussions et les avantages importants : l’ERA de 2013 et l’ERA de 2019*

[67] Pour des raisons de confidentialité, l’ERA de 2013 n’a pas été déposée auprès de la Cour. Cependant, l’affidavit no I de Wildcat indique que cette ERA [TRADUCTION] « a officialisé la relation entre les parties et créé des possibilités mutuellement avantageuses sur le plan du développement communautaire, des infrastructures et des occasions commerciales, et a assuré la participation d’Ermineskin à la surveillance environnementale constante des activités de Coalspur ».

[68] L’affidavit n° I de Wildcat traite de l’ERA de 2013 et de l’ERA de 2019 [aux paragraphes 12–20] :

[TRADUCTION]

En décembre 2013, Ermineskin a conclu une entente avec Coalspur à l’égard de ses activités d’exploitation d’une mine de charbon (**l’ERA de 2013**). L’entente a officialisé la relation entre les parties et créé des possibilités mutuellement avantageuses sur le plan du développement communautaire, des infrastructures et des occasions commerciales, et a assuré la participation d’Ermineskin à la surveillance environnementale constante des activités de Coalspur. Une copie du communiqué de presse que les parties ont publié est jointe en tant qu’annexe A à l’affidavit n° 1 de Joanne Austen, daté du 29 octobre 2020 (l’affidavit d’Austen).

La teneur de l’ERA de 2013 est confidentielle. À cette époque, d’autres membres d’Ermineskin et moi-même savions que Coalspur pouvait agrandir la mine de charbon Vista au-delà de son empreinte actuelle.

En 2018, Coalspur a proposé d’agrandir l’empreinte de la phase I vers l’ouest dans le cadre du projet d’agrandissement de la phase II de la mine de charbon Vista (la

the volume of coal production and use existing Phase I infrastructure such as coal processing facilities, primary access roads, and a coal loadout facility. Construction of Phase 11 is proposed to commence in January 2022, with operations projected to commence in April 2022.

As far as I am aware, Coalspur has not yet filed an application with the AER for approval of Phase 11. However, Phase II will require a provincial environmental assessment and the Alberta Consultation Office (“ACO”) has directed Coalspur to consult with Ermineskin and five other First Nations in respect of Phase II. Ermineskin has been actively engaging with Coalspur in respect of Phase 11 since early 2019.

In October 2019, Ermineskin entered into an updated agreement with Coalspur in respect of its existing and proposed coal mine operations (“**2019 IBA**”). Similar to the previous agreement, the 2019 IBA formalized the relationship between the parties, created mutually beneficial opportunities, and ensured Ermineskin’s participation in ongoing environmental monitoring of Coalspur’s operations.

Coalspur also proposed an exploratory underground mine located within the boundaries of existing Phase I permits and licenses (the “**Underground Test Mine**”). Coalspur commenced the provincial regulatory process for the Underground Test Mine by filing an application with the AER on April 17, 2019, and resubmitting the application on February 5, 2020. The AER has concluded that no provincial environmental assessment is required for the Underground Test Mine.

The existing Vista Coal Mine, the proposed Phase II, and the proposed Underground Test Mine are all located entirely within Treaty 6 lands and within Ermineskin’s Traditional Territory. The construction and operation of these projects is a “taking up” of lands under Treaty 6 and has the potential to adversely impact Ermineskin hunting, trapping, fishing, and gathering rights.

Coalspur has acknowledged the potential for its operations to impact Ermineskin rights, and has regularly engaged with Ermineskin regarding its operations. Coalspur and Ermineskin have maintained a dialogue regarding Ermineskin’s traditional activities in the area, our concerns about land use, water, wildlife, etc., and

**phase II**). La phase II augmentera la quantité de charbon produite et utilisera l’infrastructure de la phase I existante, comme les installations de transformation du charbon, les routes d’accès principales et une installation de déchargement du charbon. Il est proposé de commencer les travaux de construction de la phase II en janvier 2022, et les activités sont censées débuter en avril 2022.

Pour autant que je sache, Coalspur n’a pas encore déposé une demande auprès de l’AER en vue de l’approbation de la phase II. Cependant, cette dernière exigera une évaluation environnementale provinciale, et l’Alberta Consultation Office (l’ACO) a ordonné à Coalspur de consulter Ermineskin et cinq autres Premières Nations à propos de la phase II. Ermineskin participe activement aux activités de Coalspur qui se rapportent à la phase II depuis le début de 2019.

En octobre 2019, Ermineskin a conclu avec Coalspur une entente mise à jour au sujet de ses activités d’exploitation du charbon existantes et proposées (l’**ERA de 2019**). À l’instar de l’entente précédente, l’ERA de 2019 a officialisé la relation entre les parties, créant des possibilités mutuellement avantageuses et garantissant la participation d’Ermineskin à la surveillance environnementale constante des activités de Coalspur.

Coalspur a proposé aussi de créer une mine souterraine exploratoire, à l’intérieur des limites visées par les permis et les licences relatifs à la phase I qui sont en vigueur (la **mine d’essai souterraine restreinte**). Coalspur a entrepris le processus réglementaire provincial qui s’applique à la mine d’essai souterraine restreinte en déposant une demande auprès de l’AER le 17 avril 2019 et en présentant de nouveau cette demande le 5 février 2020. L’AER a conclu que la mine d’essai souterraine restreinte n’exigeait aucune évaluation environnementale provinciale.

La mine de charbon Vista existante, le projet de phase II ainsi que le projet de mine d’essai souterraine restreinte sont tous situés entièrement à l’intérieur de terres visées par le Traité no 6 et au sein du territoire traditionnel de la Nation crie Ermineskin. La construction et l’exploitation de ces projets sont une « prise » de terres visées par le Traité no 6 et elles présentent le risque d’avoir un effet préjudiciable sur les droits de chasse, de piégeage, de pêche et de récolte d’Ermineskin.

Coalspur a reconnu la possibilité que ses activités aient un impact sur les droits d’Ermineskin, et elle a eu des contacts réguliers avec cette dernière au sujet de ses activités. Coalspur et Ermineskin ont maintenu un dialogue au sujet des activités traditionnelles d’Ermineskin dans la région, de nos préoccupations au sujet de l’utilisation

options to mitigate potential impacts. These discussions began during the Phase I environmental assessment and 2013 IBA negotiations, and have continued since that time.

The 2013 IBA and 2019 IBA were intended to compensate Ermineskin for the potential adverse impacts of Coalspur’s operations on Ermineskin Aboriginal and Treaty rights, but those agreements do not derogate from Ermineskin’s Aboriginal and Treaty rights and do not negate or replace the Crown’s duty to consult Ermineskin. [Emphasis added.]

[69] This evidence was not contested or challenged, and as noted already, I accept it as true.

[70] Ms. Wildcat filed a second affidavit before this Court (Wildcat Affidavit II) which among other things states [at paragraphs 10–14]:

In Affidavit #1, I stated that “Ermineskin is considered to be one of the more economically stable First Nation communities in Canada. Ermineskin has engaged in a pattern of robust consultation and negotiation with proponents in its territory, and revenues generated from economic development on Treaty 6 lands have been used to support community business, retain outside expertise, and to further develop the nation’s infrastructure.”

These revenues have been generated from, among other things, impact benefit and other agreements with proponents. Such agreements provide financial compensation and other benefits to Ermineskin to compensate for potential impacts caused by natural resource development on the ability of Ermineskin members to exercise Aboriginal rights within their Traditional Territory, including the right to hunt, fish, trap, and harvest.

In entering into such agreements, Ermineskin has balanced its concern for the taking up of lands under Treaty 6 and the adverse impacts of natural resource development on Ermineskin Aboriginal rights, with a desire to promote the economic and social well-being of Ermineskin members within the Traditional Territory. These decisions are an exercise of Ermineskin’s right of self-determination.

des terres, de l’eau, de la faune, etc. ainsi que des options permettant d’atténuer les effets potentiels. Ces discussions ont débuté lors de l’évaluation environnementale de la phase I et des négociations entourant l’ERA de 2013, et elles se poursuivent depuis ce temps-là.

L’ERA de 2013 et l’ERA de 2019 avaient pour objet d’indemniser Ermineskin des effets préjudiciables potentiels des activités de Coalspur sur ses droits ancestraux ou issus de traités, mais ces ententes ne dérogent pas à ces droits et n’annulent ni ne remplacent l’obligation qu’a la Couronne de consulter Ermineskin. [Non souligné dans l’original.]

[69] Cette preuve n’a été ni contestée ni remise en cause et, comme il a déjà été souligné, je la tiens pour vraie.

[70] M<sup>me</sup> Wildcat a déposé un second affidavit devant notre Cour (l’affidavit n° II de Wildcat), lequel indique, notamment, ce qui suit [aux paragraphes 10–14] :

[TRADUCTION]

Dans l’affidavit n° 1, j’ai écrit qu’« Ermineskin était considérée comme l’une des communautés des Premières Nations les plus économiquement stables au Canada. Ermineskin s’est engagée dans un vigoureux processus de consultation et de négociation avec les promoteurs présents sur son territoire, et les revenus découlant des activités de développement économique menées sur les terres visées par le Traité no 6 servent à soutenir des entreprises de la communauté, à retenir les services de spécialistes de l’extérieur et à développer l’infrastructure de la nation ».

Ces revenus découlent, notamment, d’ententes sur les répercussions et les avantages et d’autres ententes conclues avec des promoteurs. Ces ententes procurent à Ermineskin une indemnisation pécuniaire et d’autres avantages qui compensent les effets potentiels attribuables à la mise en valeur des ressources naturelles sur la capacité des membres d’Ermineskin à exercer leurs droits ancestraux sur leur territoire traditionnel, dont celui de chasser, de pêcher, de piéger et de récolter.

Pour conclure ces ententes, Ermineskin a établi un équilibre entre, d’une part, ses préoccupations concernant la prise de terres visées par le Traité no 6 et les effets préjudiciables de la mise en valeur des ressources naturelles sur ses droits ancestraux et, d’autre part, le souhait de promouvoir le bien-être économique et social de ses membres au sein du territoire traditionnel. Ces décisions sont un exercice du droit d’Ermineskin à l’autodétermination.

### Impact Benefit Agreements

In Affidavit #1, I described the 2013 and 2019 impact benefit agreements which Ermineskin entered into with Coalspur in respect of its existing and proposed coal mine operations. The contents of those agreements are confidential.

By virtue of the 2013 IBA and the 2019 IBA, Ermineskin has chosen to support the Vista Coal Mine and the expansions in exchange for sharing in the economic benefits of these projects and, where applicable, minimizing potential adverse impacts. The agreements do not derogate from Ermineskin's Aboriginal and Treaty rights, including the right to participate in ongoing consultation and regulatory processes, and do not negate or replace the Crown's duty to consult Ermineskin. [Emphasis added.]

[71] This evidence was not contested or challenged, and as noted already, I also accept it as true.

[72] Importantly, for the purposes of the duty to consult, Wildcat Affidavit I (at paragraph 18) and Wildcat Affidavit II (at paragraph 12) depose the construction and operation of Phase II and the limited Underground Test Mine are a "taking up" of lands under Treaty 6 and have the potential to adversely impact Ermineskin's hunting, trapping, fishing, and gathering rights. I accept this as correct.

[73] It is also important for the duty to consult that Wildcat Affidavit I deposes the 2013 IBA and 2019 IBA were intended to compensate Ermineskin for the potential impacts of Coalspur's operations on Ermineskin's Aboriginal and Treaty rights: "[t]he 2013 IBA and 2019 IBA were intended to compensate Ermineskin for the potential adverse impacts of Coalspur's operations on Ermineskin Aboriginal and Treaty rights, but those agreements do not derogate from Ermineskin's Aboriginal and Treaty rights and do not negate or replace the Crown's duty to consult." I accept this as correct.

### Les ententes sur les répercussions et les avantages

Dans l'affidavit n° 1, j'ai décrit les ententes sur les répercussions et les avantages de 2013 et de 2019 qu'Ermineskin avait conclues avec Coalspur, au sujet de ses activités d'exploitation du charbon, tant existantes que proposées. La teneur de ces ententes est confidentielle.

Aux termes de l'ERA de 2013 et de l'ERA de 2019, Ermineskin a décidé d'appuyer la mine de charbon Vista et les agrandissements en échange d'une participation aux avantages économiques de ces projets et, le cas échéant, d'une réduction des effets préjudiciables potentiels. Les ententes ne dérogent pas aux droits ancestraux ou issus de traités d'Ermineskin, ce qui inclut le droit de prendre part aux processus réglementaires et de consultation en cours, et elles n'annulent ni ne remplacent l'obligation qu'a la Couronne de consulter Ermineskin. [Non souligné dans l'original.]

[71] Cette preuve n'a été ni contestée ni remise en cause et, comme il a déjà été souligné, je la tiens aussi pour vraie.

[72] Fait important, pour les besoins de l'obligation de consulter, l'affidavit n° I de Wildcat (au paragraphe 18) et l'affidavit n° II de Wildcat (au paragraphe 12) indiquent que les travaux de construction et d'exploitation de la phase II et de la mine d'essai souterraine restreinte sont une [TRADUCTION] « prise » de terres visées par le Traité n° 6 et qu'ils risquent d'avoir un effet préjudiciable sur les droits de chasse, de piégeage, de pêche et de récolte d'Ermineskin. Je considère que cela est exact.

[73] Il est également important pour l'obligation de consulter que l'affidavit n° I de Wildcat indique que l'ERA de 2013 et l'ERA de 2019 avaient pour objet d'indemniser Ermineskin des effets potentiels des activités de Coalspur sur ses droits ancestraux ou issus de traités : [TRADUCTION] « L'ERA de 2013 et l'ERA de 2019 avaient pour objet d'indemniser Ermineskin des effets préjudiciables potentiels des activités de Coalspur sur ses droits ancestraux ou issus de traités, mais ces ententes ne dérogent pas à ces droits et n'annulent ni ne remplacent l'obligation qu'a la Couronne de consulter Ermineskin. » Je considère que cela est exact.

N. *Designation Order—2020*

[74] On July 30, 2020, a little over seven months after the decision not to designate Phase II on December 19, 2019, the Minister Ordered the Designation of Phase II and the limited Underground Test Mine as requested by the Requesting Groups.

[75] The Designation Order states:

In my role as the Minister of Environment and Climate Change, between May and July 2020 I received multiple requests to consider the proposed the Vista Underground Mine Project and Vista Coal Mine Phase II Expansion Project together for designation under subsection 9(1) of the *Impact Assessment Act* (the IAA).

After careful consideration of the information provided by Coalspur Mines (Operations) Ltd., advice from federal authorities, input from provincial ministries, the concerns expressed in the requesters' letters and other public concerns that are known to the Impact Assessment Agency of Canada (the Agency), I have decided that the Vista Underground Mine Project and the Vista Coal Mine Phase II Expansion Project warrant designation pursuant to subsection 9(1) of the IAA.

...

## Order Designating Physical Activities

I, the undersigned Minister of Environment, pursuant to subsection 9(1) of the *Impact Assessment Act*, do hereby designate the physical activities known as the Vista Coal Underground Mine Project, as well as the Vista Coal Mine Phase II Expansion Project, proposed by Coalspur Mine (Operations) Ltd.

Signed at Ottawa on July 30, 2020

<Original signed by>

The Honourable Jonathan Wilkinson, P.C., M.P. Minister of Environment

N. *L'arrêté de désignation — 2020*

[74] Le 30 juillet 2020, un peu plus de sept mois après la décision, prise le 19 décembre 2019, de ne pas désigner la phase II, le ministre a pris un arrêté de désignation de la phase II et de la mine d'essai souterraine restreinte, comme le demandaient les groupes demandeurs.

[75] L'arrêté de désignation est libellé ainsi :

[TRADUCTION]

En ma qualité de ministre de l'Environnement et du Changement climatique, j'ai reçu, entre les mois de mai et de juillet 2020, de nombreuses demandes pour que j'examine ensemble le projet de mine souterraine Vista et le projet d'agrandissement de la phase II de la mine de charbon Vista, en vue de leur désignation en vertu du paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'évaluation d'impact* (la LEI).

Après avoir examiné avec soin les renseignements fournis par Coalspur Mines (Operations) Ltd., les conseils d'instances fédérales, les commentaires de ministres provinciaux, les préoccupations exprimées dans les lettres des demandeurs et d'autres préoccupations publiques dont l'Agence d'évaluation d'impact du Canada (l'Agence) est au courant, j'ai décidé que le projet de mine souterraine Vista et le projet d'agrandissement de la phase II de la mine de charbon Vista justifient d'être désignés en vertu du paragraphe 9(1) de la LEI.

[...]

## Arrêté désignant des activités concrètes

Je soussigné, ministre de l'Environnement, conformément au paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'évaluation d'impact*, désigne par la présente les activités concrètes connues sous le nom de projet de mine de charbon souterraine Vista, ainsi que le projet d'agrandissement de la phase II de la mine de charbon Vista, proposé par Coalspur Mine (Operations) Ltd.

Signé à Ottawa le 30 juillet 2020

<Original signé par>

L'honorable Jonathan Wilkinson, c.p., député, Ministre de l'Environnement

...

[...]

## Minister's Response

## Réponse ministérielle

Date: July 30, 2020

Date : 30 juillet 2020

## Projects:

## Projets :

Coalspur Mine (Operations) Ltd. (Limited) proposes the Vista Coal Underground Mine Project and the Vista Coal Mine Phase II (two) Expansion Project, to expand the existing Vista Coal Mine Phase I (one) Project; an open-pit thermal coal mine. The expansions would be located approximately 10 kilometres east of Hinton, Alberta.

Coalspur Mine (Operations) Ltd. propose le projet de mine de charbon souterraine et d'activités d'agrandissement Vista et le projet d'agrandissement de la phase II de la mine de charbon Vista, pour agrandir le projet de mine de charbon Vista (Phase I) existant, une mine de charbon thermique à ciel ouvert. Les agrandissements seraient situés à environ 10 kilomètres à l'est de Hinton, en Alberta.

## Decision:

## Décision :

The Minister previously considered the Vista Coal Mine Phase II Expansion Project for designation pursuant to the *Impact Assessment Act*, and on December 20, 2019, determined that the Project did not warrant designation. In light of the reasons provided below, the Minister is reconsidering that decision and has decided to designate the physical activities associated with the Vista Coal Mine Phase II (two) Expansion Project along with the Vista Coal Underground Mine Project.

Le ministre a précédemment examiné le projet d'agrandissement de la phase II de la mine de charbon Vista en vue de sa désignation en vertu de la *Loi sur l'évaluation d'impact*, et le 20 décembre 2019, il avait déterminé que la désignation du projet n'était pas justifiée. À la lumière des raisons fournies ci-dessous, le ministre a réexaminé cette décision et a décidé de désigner les activités concrètes en lien avec le projet d'agrandissement de la phase II de la mine de charbon Vista conjointement avec celles du projet de mine de charbon souterraine et d'activités d'agrandissement Vista.

## Reasons:

## Raisons :

The Minister of Environment and Climate Change has considered the potential for the Projects to cause adverse effects within federal jurisdiction, adverse direct or incidental effects, public concern related to these effects, as well as adverse impacts on Aboriginal and Treaty rights. The Minister also considered the analysis of the Impact Assessment Agency of Canada.

Le ministre de l'Environnement et du Changement climatique a pris en compte la possibilité que les projets entraînent des effets négatifs dans les domaines de compétence fédérale, des effets négatifs directs ou accessoires, des préoccupations du public liées à ces effets, ainsi que des répercussions négatives sur les droits ancestraux et issus de traités. Le ministre a également tenu compte de l'analyse de l'Agence d'évaluation d'impact du Canada.

The Minister has reached the decision that designation of the Projects is warranted for the following reasons:

Le ministre a pris la décision que la désignation des projets est justifiée pour les raisons suivantes :

- Considered together, the area of mining operations for the Projects would be just below the 50 percent threshold, and at 18,683 tonnes per day, well above the total coal production capacity threshold of 5,000 tonnes per day described in Item 19(a) of the *Physical Activities Regulations*;
- The Minister considered his previous decision regarding the Vista Coal Mine Phase II (two)

- Considérés conjointement, l'aire d'exploitation minière des projets serait juste en dessous du seuil de 50 pourcent et, à 18 683 tonnes par jour, bien au-dessus du seuil de capacité de production totale de charbon de 5 000 tonnes par jour décrite à l'item 19(a) du *Règlement sur les activités concrètes*.
- Le ministre a examiné sa décision antérieure concernant le projet d'agrandissement de la phase II

Expansion Project, the new information regarding plans for further expansion of the Vista Coal Mine Phase I (one) Project (the Vista Coal Underground Mine), and additional Indigenous and public concerns received regarding the Projects. The Minister acknowledges that, cumulatively, the Projects may result in adverse effects of greater magnitude to those previously considered. In particular:

- The Projects may cause adverse direct and cumulative effects to areas of federal jurisdiction (in particular to fish and fish habitat, species at risk, and Indigenous peoples) that may not be mitigated through project design or the application of standard mitigation measures;
- The concerns expressed by the requesters, Indigenous groups, federal authorities, and members of the public that, cumulatively, the Projects may cause potential adverse effects within federal jurisdiction or adverse direct or incidental effects (such as effects to fish and fish habitat, and Indigenous peoples); and,
- The Projects may cause adverse impacts on Aboriginal and Treaty rights (such as hunting, fishing and gathering) recognized and affirmed by section 35 of the *Constitution Act, 1982*, and matters related to Indigenous peoples within federal jurisdiction.

O. *Effect of the Designation Order—Delay of economic, social and community benefits under IBA 2019 to date, and ongoing*

[76] The Designation Order had the immediate effect of prohibiting Coalspur from doing any act or thing in connection with carrying out Phase II and the limited Underground Test Mine. This is uncontested and derives from subsection 7(1) of the IAA.

[77] The Designation Order therefore pushed back, and continues to push back Coalspur's intended start dates of 2020 for the limited Underground Test Mine, and 2022 for Phase II. The Designation Order was made

de la mine de charbon Vista, et pris en compte les nouveaux renseignements concernant les plans d'agrandissement de la phase I du projet de mine de charbon Vista par voie d'exploitation minière souterraine (projet de mine de charbon souterraine) et des préoccupations additionnelles de la part des groupes Autochtones et du public. Le ministre reconnaît que, cumulativement, les projets peuvent entraîner des effets d'une plus grande ampleur que ceux qui ont été considérés au paravent. En particulier :

- Les projets peuvent entraîner des effets négatifs directs et cumulatifs dans les domaines de compétence fédérale (en particulier sur les poissons et leur habitat, les espèces en péril et les peuples autochtones). Ces effets ne peuvent être atténués par la conception du projet ou l'application de mesures d'atténuation normalisées.
- Les préoccupations exprimées par les demandeurs, les groupes autochtones, les autorités fédérales et les personnes du public selon lesquelles, cumulativement, les projets peuvent entraîner des effets négatifs potentiels dans les limites de la compétence fédérale ou des effets négatifs directs ou accessoires (tel que les effets sur le poisson et son habitat, les peuples autochtones).
- Les projets peuvent entraîner des effets négatifs sur les droits (tel que la chasse, la pêche et la cueillette) ancestraux et issus de traités reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et sur les questions relatives aux peuples autochtones relevant de la compétence fédérale.

O. *L'effet de l'arrêté de désignation — retard, à ce jour et en cours, des avantages économiques, sociaux et communautaires que prévoit l'ERA de 2019*

[76] L'arrêté de désignation a eu pour effet immédiat d'interdire à Coalspur de prendre une mesure quelconque se rapportant à la réalisation de la phase II et de la mine d'essai souterraine restreinte. Ce résultat est incontesté et il découle du paragraphe 7(1) de la LEI.

[77] L'arrêté de désignation a donc repoussé, et continue de repousser, les dates de début prévues que sont 2020 pour la mine d'essai souterraine restreinte, et 2022 pour la phase II. L'arrêté de désignation a été pris

almost a year ago and by extension, I find on a balance of probabilities that delays in these dates have already occurred by as much as a year, and will further delay the economic, community and other benefits accruing to Ermineskin under the 2019 IBA, assuming Phase II and the limited Underground Test Mine are approved at all, until the activities are approved. If the mining activity is not approved, these valuable economic, community and social benefits will be lost to Ermineskin.

[78] The respondent Minister submits designation under section 9 of the IAA is distinct from the stage of the IAA process that determines whether an impact assessment is actually required at all. This is because a designation order does not mean an impact assessment will be conducted, only that a full impact assessment may be ordered. Thus, the Minister argues that delay is not relevant.

[79] I am not persuaded. First, this argument is speculative. There is no evidence in support that construction of the limited Underground Test Mine was started before the end of 2020 as planned, indeed there is no evidence it has started at all. In addition, there is no evidence the construction of Phase II will commence in January 2022, therefore as I have found, there has been delay which will continue until Phase II and the limited Underground Test Mine are given the green light, and which may be lost if they are turned down.

[80] I consider the fact of delay relevant to the issue of potential adverse impact on Aboriginal and Treaty rights and the duty to consult in this application for judicial review, as will be seen.

il y a presque un an de cela et, par extension, je conclus, selon la prépondérance des probabilités, que le report de ces dates se fait déjà sentir depuis aussi longtemps qu'un an, et qu'il reportera davantage les avantages économiques, communautaires et d'autres natures qui reviennent à Ermineskin aux termes de l'ERA de 2019, en présumant que la phase II et la mine d'essai souterraine restreinte seront approuvées, et ce, jusqu'à ce que les activités soient autorisées. Si les activités d'exploitation minière ne sont pas autorisées, Ermineskin perdra ces avantages économiques, communautaires et sociaux importants.

[78] Le ministre défendeur soutient que la désignation que prévoit l'article 9 de la LEI est distincte de l'étape du processus prévu par cette loi qui permet de déterminer si une évaluation d'impact est réellement requise. Cela s'explique par le fait qu'un arrêté de désignation ne veut pas dire que l'on procédera à une évaluation d'impact, mais uniquement qu'une évaluation d'impact complète peut être ordonnée. C'est donc dire, fait valoir le ministre, que la question du retard n'est pas pertinente.

[79] Je n'en suis pas convaincu. Premièrement, cet argument est conjectural. Il n'y existe aucune preuve que les travaux de construction de la mine d'essai souterraine restreinte ont commencé avant la fin de 2020, comme prévu; en fait, il n'en existe aucune qu'ils ont même commencé. De plus, il n'y a aucune preuve que les travaux de construction de la phase II commenceront en janvier 2022; par conséquent, comme je l'ai conclu, il y a eu un retard qui se poursuivra jusqu'à ce que l'on donne le feu vert à la phase II et à la mine d'essai souterraine restreinte, et ces deux projets risquent de disparaître s'ils sont rejetés.

[80] Je considère que la question du retard est pertinente à l'égard de celle des effets préjudiciables potentiels sur les droits ancestraux ou issus de traités, ainsi que de l'obligation de consulter dont il est question dans la présente demande de contrôle judiciaire, comme nous le verrons.



II. Issues

[81] The following issues are to be resolved:

- A. Was the Crown's duty to consult triggered by the second designation request and the Designation Order?
- B. If so, what was the scope of that duty and was it fulfilled?
- C. Did the Minister owe Ermineskin a duty of procedural fairness in respect of the second designation request and the Designation Order?
- D. If so, what was the content of that duty and was it fulfilled?
- E. Was the Designation Order reasonable?

III. Standards of Review

[82] The existence, extent, and content of the duty to consult are legal questions reviewable on the standard of correctness. Whether or not the Minister fulfilled the duty to consult is reviewable on a standard of reasonableness. See *Ehattesaht First Nation v. British Columbia (Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2014 BCSC 849 (*Ehattesaht*), at paragraph 45, citing *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511 (*Haida Nation*), at paragraph 61; *Coldwater First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2020 FCA 34, [2020] 3 F.C.R. 3 (*Coldwater*), at paragraph 27, citing *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653 (*Vavilov*), at paragraph 55.

[83] The respondent Minister agrees, and says the scope of Aboriginal and Treaty rights under section 35 of the Constitution, is reviewable on the correctness standard (*Vavilov*, at paragraph 55). He says the duty to consult flows from the honour of the Crown and is

II. Les questions en litige

[81] Les questions qui suivent doivent être réglées :

- A. L'obligation de consulter de la Couronne a-t-elle été déclenchée par la seconde demande de désignation et par l'arrêté de désignation?
- B. Si oui, quelle était la portée de cette obligation et s'en est-on acquitté?
- C. Le ministre a-t-il, envers Ermineskin, une obligation d'équité procédurale à l'égard de la seconde demande de désignation et de l'arrêté de désignation?
- D. Si oui, quelle était la teneur de cette obligation et s'en est-on acquitté?
- E. L'arrêté de désignation était-il raisonnable?

III. Les normes de contrôle applicables

[82] L'existence, la portée et la teneur de l'obligation de consulter sont des questions de droit susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte. La question de savoir si le ministre s'est acquitté ou non de cette obligation est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Voir la décision *Ehattesaht First Nation v. British Columbia (Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2014 BCSC 849 (*Ehattesaht*), au paragraphe 45, citant l'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511 (*Nation haïda*), au paragraphe 61; l'arrêt *Première Nation Coldwater c. Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 34, [2020] 3 R.C.F. 3 (*Coldwater*), au paragraphe 27, citant l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (*Vavilov*), au paragraphe 55.

[83] Le ministre défendeur est d'accord, et dit que la portée des droits ancestraux ou issus de traités visés à l'article 35 de la Constitution est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte (*Vavilov*, au paragraphe 55). Il dit que l'obligation de consulter découle de

constitutionalized by section 35 (*Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386, at paragraph 78), and I agree. Therefore, whether a duty to consult exists in any particular case is a question of law reviewed on the standard of correctness (*Yellowknives Dene First Nation v. Canada (Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2015 FCA 148, at paragraphs 46–47. Whether the consultation provided was sufficient to meet that duty is reviewed on the standard of reasonableness (*Coldwater*, at paragraphs 24–25).

#### IV. Analysis

##### A. *Duty to consult and the honour of the Crown*

[84] I find that Ermineskin has Aboriginal and Treaty rights that are recognized and affirmed by section 35 of the *Constitution Act, 1982*. It is common ground these rights have explicit constitutional protection and, once established, may not be interfered with by any level of government without justification. Such rights include, but are not limited to, the right to hunt, fish, trap and gather “on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access” (*R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, (1990), 70 D.L.R. (4th) 385 (*Sparrow*), at paragraph 76).

[85] I also note, as does Ermineskin, that Aboriginal rights are not absolute and the government may justify regulations or actions that infringe upon or deny Aboriginal rights in appropriate circumstances (*Sparrow*, at paragraph 62). *Sparrow* is not only a foundational case for the rights of Aboriginal people in Canada, it is a case defining Aboriginal rights in the absence of a Treaty with the First Nation concerned.

[86] In order to safeguard against unjustifiable infringement of Aboriginal rights, I also agree as does

l’honneur de la Couronne et qu’elle est constitutionnalisée par l’article 35 (*Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386, au paragraphe 78), et je suis d’accord. C’est donc dire que la question de savoir s’il existe une obligation de consulter dans une affaire particulière est une question de droit que l’on contrôle selon la norme de la décision correcte (*Première Nation Yellowknives Dene c. Canada (Affaires autochtones et Développement du Nord)*, 2015 CAF 148, aux paragraphes 46–47. La question de savoir si les consultations menées ont été suffisantes pour s’acquitter de cette obligation est contrôlée selon la norme de la décision raisonnable (*Coldwater*, aux paragraphes 24–25).

#### IV. Analyse

##### A. *L’obligation de consulter et l’honneur de la Couronne*

[84] Je conclus qu’Ermineskin jouit de droits ancestraux ou issus de traités qui sont reconnus et confirmés par l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il est bien établi que ces droits jouissent d’une protection constitutionnelle explicite et que, une fois qu’ils sont établis, aucun niveau de gouvernement ne peut y toucher sans justification. Ces droits comprennent, mais sans s’y limiter, le droit de chasser, de pêcher, de piéger et de récolter « sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d’accès » (*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 (*Sparrow*), au paragraphe 76).

[85] Je fais également remarquer, comme le fait Ermineskin, que les droits ancestraux ne sont pas absolus et que le gouvernement peut justifier la prise de règlements ou de mesures qui empiètent sur des droits ancestraux ou les nient quand les circonstances s’y prêtent (*Sparrow*, au paragraphe 62). *Sparrow* n’est pas seulement un arrêt fondamental pour les droits des peuples autochtones au Canada, c’est aussi une affaire qui définit les droits ancestraux en l’absence d’un traité avec la Première Nation concernée.

[86] À l’instar du ministre défendeur, je conviens également que, pour empêcher toute atteinte injustifiable à

the respondent Minister, that the Crown must consult with and, if appropriate, accommodate the interests of Indigenous communities where contemplated Crown conduct may impinge on an Aboriginal right.

[87] This is driven in part from a desire to bring about reconciliation between Canada and First Nations. The honour of the Crown and the duty to consult encourages reconciliation by better ensuring Aboriginal rights are protected and accommodated. I note our highest Court acknowledges the reality that often Aboriginal peoples are involved in exploiting the resource: hence its statement that the duty to consult “also accommodates the reality that often Aboriginal peoples are involved in exploiting the resource” which the Supreme Court of Canada made in *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650 (*Rio Tinto*), at paragraph 34. This too is part of reconciliation.

[88] I also accept, as the parties agree, the duty to consult is grounded in the honour of the Crown, which reflects the unique contemporary relationship, grounded in history and policy, between the Crown and Canada’s Indigenous peoples. The honour of the Crown is understood generously and gives rise to different duties to Aboriginal peoples depending on the circumstances of the potential infringement.

[89] I wish to review a number of leading cases in the jurisprudence concerning the honour of the Crown and the duty to consult before turning to their application in the case at bar.

[90] A leading authority is from the Supreme Court of Canada in *Rio Tinto* [at paragraphs 34–36, 42–43, and 45–46]:

Grounded in the honour of the Crown, the duty has both a legal and a constitutional character: *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 6. The duty seeks to provide protection to Aboriginal and treaty rights while furthering the goals of reconciliation between Aboriginal peoples and the Crown. Rather than pitting

des droits ancestraux, la Couronne est tenue de mener des consultations et, s’il y a lieu, de prendre en compte les intérêts des communautés autochtones dans les cas où la mesure envisagée de la Couronne peut empiéter sur un droit ancestral.

[87] Cela est motivé en partie par le souhait de réconcilier le Canada et les Premières Nations. L’honneur de la Couronne et l’obligation de consulter favorisent cette réconciliation en veillant mieux à ce que les droits ancestraux soient protégés et que l’on en tienne compte. Je signale que notre plus haute juridiction reconnaît la réalité que, souvent, les peuples autochtones prennent part à l’exploitation des ressources, d’où sa déclaration selon laquelle l’obligation de consulter « tient aussi compte du fait que les peuples autochtones participent souvent à l’exploitation des ressources », comme l’a écrit la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650 (*Rio Tinto*), au paragraphe 34. Cela aussi fait partie de la réconciliation.

[88] J’admets aussi, tout comme les parties, que l’obligation de consulter est fondée sur l’honneur de la Couronne, ce qui reflète les rapports contemporains uniques, fondés sur l’histoire et les politiques, qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada. L’honneur de la Couronne est interprété de manière généreuse et donne lieu à des obligations différentes envers les peuples autochtones, suivant les circonstances de l’atteinte possible.

[89] Je souhaite passer maintenant en revue un certain nombre d’arrêts clés qui se rapportent à l’honneur de la Couronne et à l’obligation de consulter avant de passer à leur application en l’espèce.

[90] Un arrêt qui fait autorité est *Rio Tinto*, de la Cour suprême du Canada [aux paragraphes 34–36, 42–43, et 45–46] :

Fondée sur l’honneur de la Couronne, l’obligation revêt un caractère à la fois juridique et constitutionnel : *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 6. Elle vise la protection des droits ancestraux et issus de traités, ainsi que la réalisation de l’objectif de conciliation des intérêts des Autochtones et de ceux de

Aboriginal peoples against the Crown in the litigation process, the duty recognizes that both must work together to reconcile their interests. It also accommodates the reality that often Aboriginal peoples are involved in exploiting the resource. Shutting down development by court injunction may serve the interest of no one. The honour of the Crown is therefore best reflected by a requirement for consultation with a view to reconciliation.

*Haida Nation* sets the framework for dialogue prior to the final resolution of claims by requiring the Crown to take contested or established Aboriginal rights into account *before* making a decision that may have an adverse impact on them: J. Woodward, *Native Law*, vol. 1 (loose-leaf), at p. 5-35. The duty is *prospective*, fastening on rights yet to be proven.

The nature of the duty varies with the situation. The richness of the required consultation increases with the strength of the *prima facie* Aboriginal claim and the seriousness of the impact on the underlying Aboriginal or treaty right: *Haida Nation*, at paras. 43-45, and *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, at para. 32.

...

Second, for a duty to consult to arise, there must be Crown conduct or a Crown decision that engages a potential Aboriginal right. What is required is conduct that may adversely impact on the claim or right in question.

This raises the question of what government action engages the duty to consult. It has been held that such action is not confined to government exercise of statutory powers: *Huu-Ay-Aht First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2005 BCSC 697, [2005] 3 C.N.L.R. 74, at paras. 94 and 104; *Wii'litswx v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1139, [2008] 4 C.N.L.R. 315, at paras. 11-15. This accords with the generous, purposive approach that must be brought to the duty to consult.

...

The third element of a duty to consult is the possibility that the Crown conduct may affect the Aboriginal claim or right. The claimant must show a causal relationship between the proposed government conduct or decision and a potential for adverse impacts on pending Aboriginal

la Couronne. Elle reconnaît que les deux parties doivent collaborer pour concilier leurs intérêts au lieu de s'opposer dans un litige. Elle tient aussi compte du fait que les peuples autochtones participent souvent à l'exploitation des ressources. Empêcher la mise en valeur par voie d'injonction risque de ne servir l'intérêt de personne. L'honneur de la Couronne est donc davantage compatible avec une obligation de consulter axée sur la conciliation des intérêts respectifs des parties.

L'arrêt *Nation haïda* jette les bases du dialogue préalable au règlement définitif des revendications en obligeant la Couronne à tenir compte des droits ancestraux contestés ou établis *avant* de prendre une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur ces droits : J. Woodward, *Native Law*, vol. 1 (feuilles mobiles), p. 5-35. Il s'agit d'une obligation de nature *prospective* prenant appui sur des droits dont l'existence reste à prouver.

La nature de l'obligation varie en fonction de la situation. La consultation exigée est plus approfondie lorsque la revendication autochtone paraît de prime abord fondée et que l'effet sur le droit ancestral ou issu de traité sous-jacent est grave : *Nation haïda*, par. 43-45, et *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, par. 32.

[...]

Deuxièmement, pour que naisse l'obligation de consulter, la mesure ou la décision de la Couronne doit mettre en jeu un droit ancestral éventuel. La mesure doit être susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur la revendication ou le droit en question.

Dès lors, la question qui se pose est celle de savoir quelle mesure oblige le gouvernement à consulter. Il a été établi que cette mesure ne s'entend pas uniquement de l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi : *Huu-Ay-Aht First Nation c. British Columbia (Minister of Forests)*, 2005 BCSC 697, [2005] 3 C.N.L.R. 74, par. 94 et 104; *Wii'litswx c. British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1139, [2008] 4 C.N.L.R. 315, par. 11-15. Cette conclusion s'inscrit dans l'approche généreuse et téléologique que commande l'obligation de consulter.

[...]

Le troisième élément requis pour qu'il y ait obligation de consulter est la possibilité que la mesure de la Couronne ait un effet sur une revendication autochtone ou un droit ancestral. Le demandeur doit établir un lien de causalité entre la mesure ou la décision envisagée par le

claims or rights. Past wrongs, including previous breaches of the duty to consult, do not suffice.

Again, a generous, purposive approach to this element is in order, given that the doctrine's purpose, as stated by Newman, is "to recognize that actions affecting unproven Aboriginal title or rights or treaty rights can have irreversible effects that are not in keeping with the honour of the Crown" (p. 30, citing *Haida Nation*, at paras. 27 and 33). Mere speculative impacts, however, will not suffice. As stated in *R. v. Douglas*, 2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653, at para. 44, there must be an "appreciable adverse effect on the First Nations' ability to exercise their aboriginal right". The adverse effect must be on the future exercise of the right itself; an adverse effect on a First Nation's future negotiating position does not suffice. [Emphasis added.]

[91] See also *Haida Nation* [at paragraphs 16–18]:

The government's duty to consult with Aboriginal peoples and accommodate their interests is grounded in the honour of the Crown. The honour of the Crown is always at stake in its dealings with Aboriginal peoples: see for example *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 41; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456. It is not a mere incantation, but rather a core precept that finds its application in concrete practices.

The historical roots of the principle of the honour of the Crown suggest that it must be understood generously in order to reflect the underlying realities from which it stems. 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. Nothing less is required if we are to achieve "the reconciliation of the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown": *Delgamuukw*, *supra*, at para. 186, quoting *Van der Peet*, *supra*, at para. 31.

The honour of the Crown gives rise to different duties in different circumstances. Where the Crown has assumed discretionary control over specific Aboriginal interests, the honour of the Crown gives rise to a fiduciary duty: *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245,

gouvernement et un effet préjudiciable éventuel sur une revendication autochtone ou un droit ancestral. Un acte fautif commis dans le passé, telle l'omission de consulter, ne suffit pas.

Une approche généreuse et téléologique est aussi de mise à l'égard de ce troisième élément puisque, comme le dit Newman, l'objectif poursuivi est [TRADUCTION] « de reconnaître que les actes touchant un titre aborigène ou un droit ancestral non encore établi, ou des droits issus de traités, peuvent avoir des répercussions irréversibles qui sont incompatibles avec l'honneur de la Couronne » (p. 30, citant l'arrêt *Nation haïda*, par. 27 et 33). Cependant, de simples répercussions hypothétiques ne suffisent pas. Comme il appert de l'arrêt *R. c. Douglas*, [2007] BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653, au par. 44, il doit y avoir un [TRADUCTION] « effet préjudiciable important sur la possibilité qu'une Première nation puisse exercer son droit ancestral ». Le préjudice doit toucher l'exercice futur du droit lui-même, et non seulement la position de négociation ultérieure de la Première nation. [Non souligné dans l'original.]

[91] Voir également *Nation haïda* [aux paragraphes 16–18] :

L'obligation du gouvernement de consulter les peuples autochtones et de prendre en compte leurs intérêts découle du principe de l'honneur de la Couronne. L'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsque cette dernière transige avec les peuples autochtones : voir par exemple *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 41; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456. Il ne s'agit pas simplement d'une belle formule, mais d'un précepte fondamental qui peut s'appliquer dans des situations concrètes.

Les origines historiques du principe de l'honneur de la Couronne tendent à indiquer que ce dernier doit recevoir une interprétation généreuse afin de refléter les réalités sous-jacentes dont il découle. 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. Il s'agit là du minimum requis pour parvenir à « concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté » : *Delgamuukw*, précité, par. 186, citant *Van der Peet*, précité, par. 31.

L'honneur de la Couronne fait naître différentes obligations selon les circonstances. Lorsque la Couronne assume des pouvoirs discrétionnaires à l'égard d'intérêts autochtones particuliers, le principe de l'honneur de la Couronne donne naissance à une obligation de

2002 SCC 79, at para. 79. The content of the fiduciary duty may vary to take into account the Crown's other, broader obligations. However, the duty's fulfilment requires that the Crown act with reference to the Aboriginal group's best interest in exercising discretionary control over the specific Aboriginal interest at stake. As explained in *Wewaykum*, at para. 81, the term "fiduciary duty" does not connote a universal trust relationship encompassing all aspects of the relationship between the Crown and Aboriginal peoples:

... "fiduciary duty" as a source of plenary Crown liability covering all aspects of the Crown-Indian band relationship ... overshoots the mark. The fiduciary duty imposed on the Crown does not exist at large but in relation to specific Indian interests.

Here, Aboriginal rights and title have been asserted but have not been defined or proven. The Aboriginal interest in question is insufficiently specific for the honour of the Crown to mandate that the Crown act in the Aboriginal group's best interest, as a fiduciary, in exercising discretionary control over the subject of the right or title. [Emphasis added.]

[92] And see *Sparrow* [at paragraph 64]:

Section 35(1) suggests that while regulation affecting aboriginal rights is not precluded, such regulation must be enacted according to a valid objective. Our history has shown, unfortunately all too well, that Canada's aboriginal peoples are justified in worrying about government objectives that may be superficially neutral but which constitute de facto threats to the existence of aboriginal rights and interests. By giving aboriginal rights constitutional status and priority, Parliament and the provinces have sanctioned challenges to social and economic policy objectives embodied in legislation to the extent that aboriginal rights are affected. Implicit in this constitutional scheme is the obligation of the legislature to satisfy the test of justification. The way in which a legislative objective is to be attained must uphold the honour of the Crown and must be in keeping with the unique contemporary relationship, grounded in history and policy, between the Crown and Canada's aboriginal peoples. The extent of legislative or regulatory impact on an existing aboriginal right may be scrutinized so as to ensure recognition and affirmation. [Emphasis added.]

fiduciaire : *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79, par. 79. Le contenu de l'obligation de fiduciaire peut varier en fonction des autres obligations, plus larges, de la Couronne. Cependant, pour s'acquitter de son obligation de fiduciaire, la Couronne doit agir dans le meilleur intérêt du groupe autochtone lorsqu'elle exerce des pouvoirs discrétionnaires à l'égard des intérêts autochtones en jeu. Comme il est expliqué dans *Wewaykum*, par. 81, l'expression « obligation de fiduciaire » ne dénote pas un rapport fiduciaire universel englobant tous les aspects des rapports entre la Couronne et les peuples autochtones :

[...] [considérer l'] « obligation de fiduciaire » [...] comme si elle imposait à la Couronne une responsabilité totale à l'égard de tous les aspects des rapports entre la Couronne et les bandes indiennes[, c'est] aller trop loin. L'obligation de fiduciaire incombant à la Couronne n'a pas un caractère général, mais existe plutôt à l'égard de droits particuliers des Indiens.

En l'espèce, des droits et un titre ancestraux ont été revendiqués, mais n'ont pas été définis ou prouvés. L'intérêt autochtone en question n'est pas suffisamment précis pour que l'honneur de la Couronne oblige celle-ci à agir, comme fiduciaire, dans le meilleur intérêt du groupe autochtone lorsqu'elle exerce des pouvoirs discrétionnaires à l'égard de l'objet du droit ou du titre. [Non souligné dans l'original.]

[92] Et *Sparrow* [au paragraphe 64] :

Il semble se dégager du par. 35(1) que, si la réglementation des droits ancestraux n'est pas exclue, une telle réglementation doit être adoptée conformément à un objectif régulier. Notre histoire démontre, trop bien malheureusement, que les peuples autochtones du Canada ont raison de s'inquiéter au sujet d'objectifs gouvernementaux qui, bien que neutres en apparence, menacent en réalité l'existence de certains de leurs droits et intérêts. En accordant aux droits ancestraux le statut et la priorité propres aux droits constitutionnels, le Parlement et les provinces ont sanctionné les contestations d'objectifs de principe socio-économiques énoncés dans des textes législatifs, dans la mesure où ceux-ci portent atteinte à des droits ancestraux. Ce régime constitutionnel comporte implicitement une obligation de la part du législateur de satisfaire au critère de la justification. La façon de réaliser un objectif législatif doit préserver l'honneur de Sa Majesté et doit être conforme aux rapports contemporains uniques, fondés sur l'histoire et les politiques, qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada. La mesure dans laquelle une loi ou un règlement a un effet sur

[93] The duty to consult is ongoing and may be triggered when a decision maker reconsiders an earlier decision in light of new information or submissions (*Rio Tinto*, at paragraph 93); that is what happened in this case.

B. *Impact on Ermineskin's economic interests*

[94] In my respectful view, the key issue in this case is whether the duty to consult is triggered by the 2020 designation requests and the process leading to the Designation Order. As noted already, the duty to consult is triggered when the Crown has knowledge of the potential existence of an Aboriginal right and contemplates conduct that might adversely affect it. The jurisprudence says this duty is triggered when three elements are met: (1) the Crown's knowledge, actual or constructive, of a potential Aboriginal claim or right; (2) the existence of contemplated Crown conduct; and (3) the potential that the contemplated conduct may adversely affect an Aboriginal claim or right (i.e. a causal relationship) (*Rio Tinto*, at paragraph 31, citing *Haida Nation*, at paragraph 35):

The Court in *Haida Nation* answered this question as follows: 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” (para. 35). 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. I will discuss each of these elements in greater detail. First, some general comments on the source and nature of the duty to consult are in order. [Emphasis added.]

[95] On the first element, the Crown must have real or constructive knowledge of an Aboriginal claim or right

un droit ancestral existant doit être examinée soigneusement de manière à assurer la reconnaissance et la confirmation de ce droit. [Non souligné dans l'original.]

[93] L'obligation de consulter est permanente et elle peut être déclenchée quand un décideur révisé une décision antérieure à la lumière de nouvelles informations ou observations (*Rio Tinto*, au paragraphe 93). C'est ce qui s'est passé en l'espèce.

B. *L'effet sur les intérêts économiques d'Ermineskin*

[94] À mon humble avis, la principale question en litige dans la présente affaire consiste à savoir si les demandes de désignation de 2020 et le processus menant à la prise de l'arrêté de désignation ont déclenché l'obligation de consulter. Comme il a déjà été souligné, cette obligation est déclenchée quand la Couronne a connaissance de l'existence potentielle d'un droit ancestral et qu'elle envisage de prendre une mesure susceptible d'y porter atteinte. Selon la jurisprudence, cette obligation est déclenchée au moment où trois conditions sont remplies : 1) la connaissance par la Couronne, réelle ou imputée, de l'existence possible d'une revendication autochtone ou d'un droit ancestral, 2) l'existence de la mesure que la Couronne envisage de prendre et 3) la possibilité que cette mesure ait un effet préjudiciable sur une revendication autochtone ou un droit ancestral (c'est-à-dire l'existence d'un lien de causalité) (*Rio Tinto*, au paragraphe 31, citant *Nation haïda*, au paragraphe 35) :

Dans l'arrêt *Nation haïda*, notre Cour établit que l'obligation de consulter prend naissance « lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci » (par. 35). 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. [Non souligné dans l'original.]

[95] Pour ce qui est de la première de ces trois conditions, la Couronne doit avoir une connaissance, réelle

to the resource or land to which it attaches. This element is satisfied where, as here, a Treaty right is involved, because the Crown always has notice of treaties to which it is a party (*Rio Tinto*, at paragraph 40; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, at paragraph 34; *Dene Tha' First Nation v. Canada (Minister of Environment)*, 2006 FC 1354 (*Dene Tha'*), at paragraph 101, affd *Canada (Environment) v. Imperial Oil Resources Ventures Ltd.*, 2008 FCA 20).

[96] In addition, Ermineskin corresponded with the Minister to participate or seek information about the provincial and federal assessment process. Further, the Agency was advised by Coalspur on September 10, 2019 that Coalspur had been directed by the ACO to engage with Ermineskin.

[97] The respondent Minister agrees the first element is present, as do I. I find the Crown had ample notice of Ermineskin's Aboriginal and Treaty rights when it received the request to reconsider and engaged on its process leading to the 2020 Designation Order.

[98] Second, there must be Crown conduct that engages a potential Aboriginal or Treaty right. What is required is Crown conduct with the potential to adversely impact the Aboriginal claim or right in question. The conduct is not confined to conduct that has an immediate impact on lands, resources, or Aboriginal rights—a potential for adverse impact is sufficient to trigger the duty (*Rio Tinto*, at paragraphs 42 and 44, citing *Dene Tha'*). The test for this second element is set out in *Rio Tinto* [at paragraph 42]:

Second, for a duty to consult to arise, there must be Crown conduct or a Crown decision that engages a potential Aboriginal right. What is required is conduct that may adversely impact on the claim or right in question.

ou imputée, de l'existence d'une revendication autochtone ou d'un droit ancestral à l'égard des ressources ou des terres auxquelles se rattache cette revendication ou ce droit. Cette condition est remplie quand, comme c'est le cas en l'espèce, un droit issu de traité est en cause, car la Couronne a connaissance des traités dont elle est partie (*Rio Tinto*, au paragraphe 40; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388, au paragraphe 34; *Première Nation Dene Tha' c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2006 CF 1354 (*Dene Tha'*), au paragraphe 101, conf. par *Canada (Environment) c. Première nation Dene Tha'*, 2008 CAF 20).

[96] De plus, Ermineskin a correspondu avec le ministre en vue de participer au processus d'évaluation provincial et fédéral ou d'obtenir des informations sur celui-ci. En outre, l'Agence a été informée par Coalspur le 10 septembre 2019 que l'ACO lui avait donné instruction de dialoguer avec Ermineskin.

[97] Le ministre défendeur convient, tout comme moi, que la première condition est présente. Je conclus que la Couronne avait été suffisamment informée des droits ancestraux ou issus de traités d'Ermineskin quand elle a reçu la demande de réexaminer son processus menant à l'arrêté de désignation de 2020 et qu'elle a entrepris un dialogue sur ce dernier.

[98] Deuxièmement, il faut que la Couronne ait pris une mesure qui fait entrer en jeu un éventuel droit ancestral ou issu de traité. Ce qu'il faut, c'est une mesure qui présente le risque d'avoir un effet préjudiciable sur la revendication autochtone ou le droit ancestral en question. La mesure en question ne se limite pas à celles qui ont un effet immédiat sur des terres, des ressources ou des droits ancestraux — l'éventualité d'un effet préjudiciable suffit pour déclencher l'obligation (*Rio Tinto*, aux paragraphes 42 et 44, citant *Dene Tha'*). Le critère qui s'applique à cette deuxième condition est énoncé dans l'arrêt *Rio Tinto* [au paragraphe 42] :

Deuxièmement, pour que naisse l'obligation de consulter, la mesure ou la décision de la Couronne doit mettre en jeu un droit ancestral éventuel. La mesure doit être susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur la revendication ou le droit en question.



[99] I have no hesitation in concluding that the Minister’s (i.e., the Crown’s) consideration of a designation order as occurred in this case constitutes Crown conduct that engages a potential Aboriginal or Treaty right and may adversely impact on the claim or right in question. The respondent Minister concedes the second element.

[100] There is a disagreement on the third element, which is the “possibility that the Crown conduct may affect the Aboriginal claim or right” requiring the claimant show a “causal relationship” (*Rio Tinto*, at paragraph 45). Adverse impacts extend to any effect that may prejudice an Aboriginal right. Although adverse effects are often physical in nature, the Supreme Court of Canada is clear that adverse effects may extend to high-level policy decisions or changes to resource management, which do not have an immediate impact on lands and resources. “This is because such structural changes to the resources management may set the stage for further decisions that will have a direct adverse impact on land and resources” (*Rio Tinto*, at paragraph 47). As discussed above, a generous, purposive approach is required (*Rio Tinto*, at paragraphs 45–47).

[101] Ermineskin argues, and I refer to Wildcat Affidavit I, at paragraph 18, and Wildcat Affidavit II, at paragraph 12, that the construction and operation of Phase II and the limited Underground Test Mine are “taking up” of lands under Treaty 6 and have the potential to adversely impact Ermineskin’s hunting, trapping, fishing, and gathering rights. I agree, noting as Ermineskin submits that not every “taking up” of land automatically triggers the duty to consult and a contextual analysis will be required to determine if the taking up has, or potentially has, an adverse effect on the Aboriginal or Treaty rights exercised within the area. Here I find it does or potentially has such an adverse effect. Therefore, in my respectful view, the duty to consult is triggered (*Athabasca Chipewyan First Nation v. Alberta*, 2019 ABCA 401, at paragraphs 57–61).

[99] Je n’hésite aucunement à conclure que l’examen que fait le ministre (c.-à-d., la Couronne) d’un arrêté de désignation, comme cela s’est passé en l’espèce, constitue une mesure de la Couronne qui fait entrer en jeu un éventuel droit ancestral ou issu de traité et qui peut avoir un effet préjudiciable sur la revendication ou sur le droit en question. Le ministre défendeur reconnaît l’existence de cette deuxième condition.

[100] La troisième condition, la « possibilité que la mesure de la Couronne ait un effet sur une revendication autochtone ou un droit ancestral », ce qui oblige le demandeur à établir un « lien de causalité » (*Rio Tinto*, au paragraphe 45) suscite un désaccord. Les effets préjudiciables englobent tous ceux qui sont susceptibles de porter préjudice à un droit ancestral. Bien que les effets négatifs soient souvent de nature concrète, la Cour suprême du Canada a clairement indiqué qu’ils pouvaient s’étendre aux décisions de principe de haut niveau ou aux changements au mode de gestion d’une ressource, qui n’ont pas un effet immédiat sur des terres et des ressources. « La raison en est qu’une telle modification structurelle de la gestion de la ressource peut ouvrir la voie à d’autres décisions ayant un effet préjudiciable direct sur les terres et les ressources » (*Rio Tinto*, au paragraphe 47). Comme nous l’avons vu plus tôt, il est nécessaire de recourir à une approche généreuse et téléologique (*Rio Tinto*, aux paragraphes 45–47).

[101] Ermineskin fait valoir, et je fais ici référence à l’affidavit n° I de Wildcat, au paragraphe 18, et à l’affidavit n° II de Wildcat, au paragraphe 12, que la construction et l’exploitation de la phase II et de la mine d’essai souterraine restreinte constituent une [TRADUCTION] « prise » de terres visées par le Traité n° 6 et que ces mesures présentent le risque d’avoir un effet préjudiciable sur ses droits de chasse, de piégeage, de pêche et de récolte. Je suis d’accord, en soulignant, comme le soutient Ermineskin, que ce ne sont pas toutes les [TRADUCTION] « prises » de terres qui donnent automatiquement naissance à l’obligation de consulter et qu’il est nécessaire de procéder à une analyse contextuelle pour déterminer si cette prise a, réellement ou potentiellement, un effet négatif sur les droits ancestraux ou issus de traités qui sont exercés dans la région. Je conclus que, dans le cas présent, la mesure a, concrètement ou potentiellement,

[102] In this connection, the Supreme Court of Canada in *Haida Nation* says the honour of the Crown must be understood generously: that nothing less is required. This may also be said of the duty to consult flowing from that same honour of the Crown [at paragraphs 16 and 17]:

The government's duty to consult with Aboriginal peoples and accommodate their interests is grounded in the honour of the Crown. The honour of the Crown is always at stake in its dealings with Aboriginal peoples: see for example *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 41; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456. It is not a mere incantation, but rather a core precept that finds its application in concrete practices.

The historical roots of the principle of the honour of the Crown suggest that it must be understood generously in order to reflect the underlying realities from which it stems. 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. Nothing less is required if we are to achieve “the reconciliation of the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown”: *Delgamuukw*, *supra*, at para. 186, quoting *Van der Peet*, *supra*, at para. 31. [Emphasis added.]

[103] While Canada argues the Designation Order does not have the potential to adversely affect the asserted or established Aboriginal or Treaty rights, Ermineskin submits otherwise. I agree with Ermineskin.

[104] In my view the third element is met because the contemplated Designation Order has the potential to adversely affect an Aboriginal right. In this case, Canada takes an ungenerous approach to the duty to consult; it is too narrow. In my view, the Minister's approach is contrary to the jurisprudence developed under section 35 concerning the duty to consult and the honour of the Crown.

un effet négatif de cette nature. C'est donc dire, à mon humble avis, qu'il y a déclenchement de l'obligation de consulter (*Athabasca Chipewyan First Nation v. Alberta*, 2019 ABCA 401, aux paragraphes 57–61).

[102] À cet égard, dans *Nation haïda*, la Cour suprême du Canada dit que l'honneur de la Couronne doit être interprété de manière généreuse : il s'agit là du minimum requis. C'est aussi ce que l'on peut dire de l'obligation de consulter qui découle de ce même honneur de la Couronne [aux paragraphes 16 et 17] :

L'obligation du gouvernement de consulter les peuples autochtones et de prendre en compte leurs intérêts découle du principe de l'honneur de la Couronne. L'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsque cette dernière transige avec les peuples autochtones : voir par exemple *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 41; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456. Il ne s'agit pas simplement d'une belle formule, mais d'un précepte fondamental qui peut s'appliquer dans des situations concrètes.

Les origines historiques du principe de l'honneur de la Couronne tendent à indiquer que ce dernier doit recevoir une interprétation généreuse afin de refléter les réalités sous-jacentes dont il découle. 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. Il s'agit là du minimum requis pour parvenir à « concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté » : *Delgamuukw*, précité, par. 186, citant *Van der Peet*, précité, par. 31. [Non souligné dans l'original.]

[103] Le Canada fait valoir que l'arrêté de désignation n'est pas susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux ou issus de traités qui sont revendiqués ou établis, mais Ermineskin soutient le contraire. Je suis d'accord avec cette dernière.

[104] À mon avis, la troisième condition est remplie, parce que l'arrêté de désignation envisagé est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur un droit ancestral. Dans la présente affaire, le Canada aborde l'obligation de consulter d'une manière non généreuse. Son approche est trop stricte. Selon moi, elle est contraire à la jurisprudence établie à l'égard de l'article 35 au sujet de l'obligation de consulter et de l'honneur de la Couronne.

[105] In my respectful view, the third element of the duty to consult is triggered for many reasons. First, jurisprudence says the duty to consult may be engaged when broader economic interests may be adversely impacted. I find that is the case in connection with the 2019 IBA which creates economic interest which I find are closely related to and derivative from the Aboriginal right. In this case, the evidence is uncontroverted that 2019 IBA is designed “to compensate” Ermineskin for the loss of its Aboriginal and Treaty rights including the taking up of some of its land.

[106] Ermineskin has valuable rights under 2019 IBA and in my view not only may these rights be adversely impacted, such adverse impact has already occurred through delay as discussed above. In my respectful view, this situation is analogous to that in *Ehattesaht*, at paragraphs 60 and 61, and see *Haida Nation*, at paragraph 47:

When the consultation process suggests amendment of Crown policy, we arrive at the stage of accommodation. Thus the effect of good faith consultation may be to reveal a duty to accommodate. Where a strong *prima facie* case exists for the claim, and the consequences of the government’s proposed decision may adversely affect it in a significant way, addressing the Aboriginal concerns may require taking steps to avoid irreparable harm or to minimize the effects of infringement, pending final resolution of the underlying claim. Accommodation is achieved through consultation, as this Court recognized in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533, at para. 22: “... the process of accommodation of the treaty right may best be resolved by consultation and negotiation”.

[107] In summary, the 2019 IBA is an economic interest that I find is closely related to and thus derivative from Aboriginal and Treaty rights. I rely in part on the unchallenged and accepted evidence of Ms. Wildcat, who makes the points in paragraphs 18, 20 and 23 of Wildcat Affidavit I cited above but repeated here for convenience:

[105] À mon humble avis, la troisième condition de l’obligation de consulter est déclenchée, et ce, pour bien des raisons. Premièrement, selon la jurisprudence, l’obligation de consulter peut prendre naissance lorsqu’il peut y avoir un effet préjudiciable sur des intérêts économiques plus vastes. Je conclus que c’est le cas en rapport avec l’ERA de 2019, laquelle crée des intérêts économiques qui, selon ma conclusion, sont étroitement liés au droit ancestral et qui en découlent. En l’espèce, il est incontesté que l’ERA de 2019 est conçue [TRADUCTION] « pour indemniser » Ermineskin de la perte de ses droits ancestraux ou issus de traités, ce qui inclut la prise de certaines de ses terres.

[106] Ermineskin jouit de droits précieux aux termes de l’ERA de 2019, et, à mon avis, non seulement ces droits peuvent-ils subir un effet préjudiciable, mais cet effet a déjà été causé par le retard dont il a été question plus tôt. À mon humble avis, cette situation est analogue à celle dont il est question dans *Ehattesaht*, aux paragraphes 60 et 61, et je me réfère aussi au paragraphe 47 de l’arrêt *Nation haïda* :

S’il ressort des consultations que des modifications à la politique de la Couronne s’imposent, il faut alors passer à l’étape de l’accommodement. Des consultations menées de bonne foi peuvent donc faire naître l’obligation d’accommoder. Lorsque la revendication repose sur une preuve à première vue solide et que la décision que le gouvernement entend prendre risque de porter atteinte de manière appréciable aux droits visés par la revendication, l’obligation d’accommodement pourrait exiger l’adoption de mesures pour éviter un préjudice irréparable ou pour réduire au minimum les conséquences de l’atteinte jusqu’au règlement définitif de la revendication sous-jacente. L’accommodement est le fruit des consultations, comme la Cour l’a reconnu dans *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, par. 22 : « [...] il est préférable de réaliser la prise en compte du droit issu du traité par des consultations et par la négociation ».

[107] En résumé, l’ERA de 2019 est un intérêt économique qui, selon ma conclusion, est étroitement lié à des droits ancestraux ou issus de traités et qui en découle donc. Je me fonde en partie sur le témoignage incontesté et accepté de M<sup>me</sup> Wildcat, qui en fait la preuve aux paragraphes 18, 20 et 23 de l’affidavit n° I de Wildcat, que j’ai cités plus tôt, mais que je répète ici par souci de commodité :

The existing Vista Coal Mine, the proposed Phase II, and the proposed Underground Test Mine are all located entirely within Treaty 6 lands and within Ermineskin's Traditional Territory. The construction and operation of these projects is a "taking up" of lands under Treaty 6 and has the potential to adversely impact Ermineskin hunting, trapping, fishing, and gathering rights.

...

The 2013 IBA and 2019 IBA were intended to compensate Ermineskin for the potential adverse impacts of Coalspur's operations on Ermineskin Aboriginal and Treaty rights, but those agreements do not derogate from Ermineskin's Aboriginal and Treaty rights and do not negate or replace the Crown's duty to consult Ermineskin.

...

The federal Crown is aware of Ermineskin's asserted Aboriginal and Treaty rights in the area encompassing the Vista Coal Mine, and is aware of Ermineskin's interest in the Vista Coal Mine. Among other things, Ermineskin sought information regarding a possible federal assessment of the mine in 2013. On or about May 23, 2013, the former Canadian Environmental Assessment Agency responded to this request. A copy of this correspondence is attached as Exhibit "B" to my affidavit. [Emphasis added.]

[108] See also *Da'naxda'xw/Awaetlala First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, 2011 BCSC 620 (*Da'naxda'xw/Awaetlala*), at paragraph 139 where the British Columbia Supreme Court held an economic component to the claim respecting the benefits of the forest resource triggered the duty to consult. That, with respect, is the case here with Ermineskin's claim to land to be occupied by Phase II, in relation to and in compensation for which Ermineskin negotiated the 2019 IBA [at paragraph 139]:

I accept that in some circumstances, decisions preserving lands or the *status quo* may not have an adverse impact on aboriginal claims. *Tsuu T'ina* is an example of

[TRANSLATION]

La mine de charbon Vista existante, le projet de phase II ainsi que le projet de mine d'essai souterraine restreinte proposée sont tous situés entièrement à l'intérieur de terres visées par le Traité no 6 et au sein du territoire traditionnel de la Nation crie Ermineskin. La construction et l'exploitation de ces projets sont une « prise » de terres visées par le Traité no 6 et elles présentent le risque d'avoir un effet préjudiciable sur les droits de chasse, de piégeage, de pêche et de récolte d'Ermineskin.

[...]

L'ERA de 2013 et l'ERA de 2019 avaient pour objet d'indemniser Ermineskin des effets préjudiciables potentiels des activités de Coalspur sur ses droits ancestraux ou issus de traités, mais ces ententes ne dérogent pas à ces droits et n'annulent ni ne remplacent l'obligation qu'a la Couronne de consulter Ermineskin.

[...]

La Couronne fédérale est au courant des droits ancestraux ou issus de traités que revendique Ermineskin dans la région englobant la mine de charbon Vista, et elle est au courant de l'intérêt d'Ermineskin's à l'égard de cette mine. Ermineskin a notamment demandé des informations concernant une éventuelle évaluation fédérale de la mine en 2013. Le ou vers le 23 mai 2013, l'ancienne Agence canadienne d'évaluation environnementale a répondu à cette demande. Une copie de cette lettre est jointe à mon affidavit en tant que pièce B. [Non souligné dans l'original.]

[108] Voir aussi le paragraphe 139 de la décision *Da'naxda'xw/Awaetlala First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, 2011 BCSC 620 (*Da'naxda'xw/Awaetlala*), où la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu qu'un élément économique de la revendication concernant les avantages de la ressource forestière déclenchait l'obligation de consulter. En toute déférence, c'est le cas dans la présente affaire, où Ermineskin revendique des terres qu'occupera la phase II, des terres à l'égard desquelles Ermineskin a négocié l'ERA de 2019, en vue d'une indemnisation [au paragraphe 139] :

[TRANSLATION]

J'accepte le fait que, dans certaines circonstances, des décisions qui préservent des terres ou le *statu quo* peuvent ne pas avoir d'effets préjudiciables sur des revendications

this. However, I do not interpret *Haida Nation* as establishing a duty to consult only for the purpose of preserving land from development. I agree with Mr. Elwood's submission that there was an economic component to the Haida's claim to the lands and forests of their traditional territory, and another aspect of the Crown's conduct in issue was the exclusion of the Haida from the benefits of the forest resource. Proposed conservation measures could have an adverse affect on claimed aboriginal rights and title, as they may limit future uses of land. The LRMP process and the government-to-government consultations regarding the Upper Klinaklini area clearly demonstrate this. In my opinion, limiting the duty to consult in the manner suggested by the government is inconsistent with the "generous, purposive approach" to this element of the duty to consult as described in *Rio Tinto* and inconsistent with the goal of achieving reconciliation. [Emphasis added.]

[109] *Council of the Innu of Ekuanitshit v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2015 FC 1298 [*Ekuanitshit*], at paragraphs 176–177 is also on point, emphasizing the duty to consult is engaged in relation to broader economic rights, as is the case here with the 2019 IBA, not just in connection with rights to hunt, fish, trap and gather. As noted at paragraph 176, precedents where the Court have taken into account “economic interests” to establish a duty to consult have been established when these interests are closely related to and thus are derivative from an Aboriginal right or title or to an underlying territorial right (*Ehattesah*, at paragraphs 59–62; *Da'naxda'xw/Awaetlala; Squamish Nation v. British Columbia (Community, Sport and Cultural Development)*, 2014 BCSC 991 (*Squamish Nation*)). Thus, economic interests in aspects of land claimed and the economic use of land have been acknowledged as situations that may trigger the duty to consult.

[110] In my respectful view, the important and valuable economic and community benefits negotiated in compensation of Aboriginal and Treaty rights, as achieved by Ermineskin in 2019 IBA, are entitled to the

autochtones. *Tsuu T'ina* en est un exemple. Cependant, selon mon interprétation, l'arrêt *Nation haïda* n'établit pas une obligation de consulter uniquement dans le but de préserver des terres contre toute mise en valeur. Je souscris à l'observation de M. Elwood selon laquelle la revendication des Haïda à l'égard des terres et des forêts de leur territoire traditionnel comporte un élément économique, et un autre aspect de la mesure de la Couronne qui est en litige a été l'exclusion des Haïda des avantages de la ressource forestière. Les mesures de conservation proposées pourraient avoir un effet préjudiciable sur les droits et les titres autochtones revendiqués, car elles sont susceptibles de restreindre les usages futurs des terres. Le processus du PGRT et les consultations intergouvernementales concernant la région de l'Upper Klinaklini l'illustrent clairement. À mon avis, le fait de restreindre l'obligation de consulter comme le laisse entendre le gouvernement est incompatible avec l'« approche généreuse et téléologique » à l'égard de cet élément de l'obligation de consulter, telle que décrite dans l'arrêt *Rio Tinto*, et cela est incompatible aussi avec l'objectif de réaliser la réconciliation. [Non souligné dans l'original.]

[109] La décision *Conseil des Innus de Ekuanitshit c. Canada (Pêches et Océans)*, 2015 CF 1298 [*Ekuanitshit*], aux paragraphes 175–176, est elle aussi pertinente, car la Cour y souligne que l'obligation de consulter entre en jeu en rapport avec des droits économiques plus vastes, comme c'est le cas en l'espèce avec l'ERA de 2019, et pas uniquement en lien avec des droits de chasse, de pêche, de piégeage et de récolte. Comme il est signalé au paragraphe 176, des précédents dans le cadre desquels la Cour a tenu compte d'« intérêts économiques » pour confirmer une obligation de consulter sont établis quand ces intérêts sont étroitement liés à un droit ou un titre ancestral ou à un droit territorial sous-jacent et qu'ils en découlent donc (*Ehattesah*, aux paragraphes 59–62; *Da'naxda'xw/Awaetlala; Squamish Nation v. British Columbia (Community, Sport and Cultural Development)*, 2014 BCSC 991 (*Squamish Nation*)). C'est donc dire qu'il a été reconnu que les intérêts économiques à l'égard d'aspects liés à des terres revendiquées et à l'utilisation économique de ces dernières sont des situations qui peuvent déclencher l'obligation de consulter.

[110] À mon humble avis, les avantages économiques et communautaires importants et précieux qui ont été négociés en guise d'indemnisation de droits ancestraux ou issus de traités, qu'Ermineskin a obtenus dans l'ERA

protection through the honour of the Crown construed generously and purposefully, and through its concomitant duty to consult, because they are closely related to and derivative from the underlying Aboriginal or Treaty right [*Ekuanitshit*, at paragraphs 176 and 177]:

The Court agrees with the Innu of Ekuanitshit that the duty to consult may exist even when broader economic interests, not only traditional Aboriginal rights, are at stake (*Ehattesaht First Nation v British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2014 BCSC 849 [*Ehattesaht*] at para 61). The time when Aboriginal activities consisted only in hunting, fishing, trapping and selling artisanal products has passed. Aboriginal peoples' economic reality can no longer be reduced to only those traditional activities.

However, precedents where these economic interests were taken into account to establish a duty to consult were established when these interests were closely related to an Aboriginal right or title or to an underlying territorial right (*Ehattesaht*, at paras 59-62; *Da'naxda'xw/Awaetlala First Nation v British Columbia Hydro and Power Authority*, 2015 BCSC 16; *Squamish Nation v British Columbia (Community, Sport and Cultural Development)*, 2014 BCSC 991). Thus, the economic aspects of land claimed and the economic use of land have been acknowledged as a situation that may trigger the duty to consult. In addition, the federal government's knowledge of the Aboriginal title claimed was generally never at issue in these matters and was admitted. For example, in *Ehattesaht*, an Aboriginal right to a part of the land on Vancouver Island was at issue and the government's conduct resulted in a lost economic opportunity with respect to stumpage fees from a part of this land. The Crown's knowledge about Aboriginal rights to the land involved was acknowledged and the conduct impacted the land and the resources to which the Aboriginal people were claiming an Aboriginal right. [Emphasis added.]

[111] The uncontroverted and accepted evidence before the Court is that Ermineskin has contractual commitments from Coalspur in the 2013 IBA and 2019 IBA. I emphasize these were intended to compensate for Aboriginal and Treaty rights.

[112] It is also important per Wildcat Affidavit II that the 2013 IBA and 2019 IBA are in part a reason for

de 2019, ont droit à la protection qu'assurent l'honneur de la Couronne, interprétée de manière généreuse et téléologique, et son obligation de consulter concomitante, car ces avantages sont étroitement liés au droit ancestral ou issu de traité sous-jacent et en découlent [*Ekuanitshit*, aux paragraphes 176 et 177] :

La Cour est d'accord avec les Innus d'Ekuanitshit que le devoir de consulter peut exister même si des intérêts économiques plus larges, et pas seulement des droits aborigènes traditionnels, sont en jeu (*Ehattesaht First Nation v British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2014 BCSC 849 [*Ehattesaht*] au para 61). L'époque où les activités autochtones se résumaient uniquement à la chasse, à la pêche, au piégeage ou à la vente de produits d'artisanat est effectivement révolue. La réalité économique des autochtones ne peut plus être réduite à ces seules activités traditionnelles.

Cependant, les précédents où ces intérêts économiques ont été pris en compte pour fonder une obligation de consultation l'ont été lorsque ces intérêts étaient intimement liés à un droit ancestral, à un titre aborigène ou à un droit territorial sous-jacent (*Ehattesaht* aux para 59-62; *Da'naxda'xw/Awaetlala First Nation v British Columbia Hydro and Power Authority*, 2015 BCSC 16; *Squamish Nation v British Columbia (Community, Sport and Cultural Development)*, 2014 BCSC 991). Ainsi, les aspects économiques des terres revendiquées et l'utilisation de nature économique des terres ont été reconnus comme une situation pouvant déclencher l'obligation de consultation. De plus, la connaissance par le gouvernement fédéral du titre aborigène revendiqué n'était généralement jamais en cause dans ces affaires et était admise. Par exemple, dans *Ehattesaht*, un droit aborigène sur une partie du territoire de l'île de Vancouver était en cause et la mesure gouvernementale se traduisait par une perte d'opportunité économique dans les droits de coupe provenant d'une partie de ce territoire. La connaissance de la Couronne au sujet des droits aborigènes sur le territoire affecté était reconnue, et l'impact de la mesure touchait le territoire et les ressources sur lesquels les autochtones se réclamaient d'un droit ancestral. [Non souligné dans l'original.]

[111] La preuve incontestée et admise devant la Cour est qu'Ermineskin a obtenu des engagements contractuels de Coalspur dans l'ERA de 2013 et l'ERA de 2019. Je souligne que ces avantages avaient pour but d'indemniser des droits ancestraux ou issus de traités.

[112] Il est également important, selon l'affidavit n° II de Wildcat, que l'ERA de 2013 et l'ERA de 2019 expliquent

the very considerable success and financial stability of Ermineskin [at paragraphs 10–14]:

In Affidavit #1, I stated that “Ermineskin is considered to be one of the more economically stable First Nation communities in Canada. Ermineskin has engaged in a pattern of robust consultation and negotiation with proponents in its territory, and revenues generated from economic development on Treaty 6 lands have been used to support community business, retain outside expertise, and to further develop the nation’s infrastructure.”

These revenues have been generated from, among other things, impact benefit and other agreements with proponents. Such agreements provide financial compensation and other benefits to Ermineskin to compensate for potential impacts caused by natural resource development on the ability of Ermineskin members to exercise Aboriginal rights within their Traditional Territory, including the right to hunt, fish, trap, and harvest.

In entering into such agreements, Ermineskin has balanced its concern for the taking up of lands under Treaty 6 and the adverse impacts of natural resource development on Ermineskin Aboriginal rights, with a desire to promote the economic and social well-being of Ermineskin members within the Traditional Territory. These decisions are an exercise of Ermineskin’s right of self-determination.

### **Impact Benefit Agreements**

In Affidavit #1, I described the 2013 and 2019 impact benefit agreements which Ermineskin entered into with Coalspur in respect of its existing and proposed coal mine operations. The contents of those agreements are confidential.

By virtue of the 2013 IBA and the 2019 IBA, Ermineskin has chosen to support the Vista Coal Mine and the expansions in exchange for sharing in the economic benefits of these projects and, where applicable, minimizing potential adverse impacts. The agreements do not derogate from Ermineskin’s Aboriginal and Treaty rights, including the right to participate in ongoing consultation and regulatory processes, and do not negate or replace the Crown’s duty to consult Ermineskin. [Emphasis added.]

en partie le succès considérable et la grande stabilité financière d’Ermineskin [aux paragraphes 10–14] :

[TRANSDUCTION]

Dans l’affidavit n° 1, j’ai écrit qu’« Ermineskin était considérée comme l’une des communautés des Premières Nations les plus économiquement stables au Canada. Ermineskin s’est engagée dans un vigoureux processus de consultation et de négociation avec les promoteurs présents sur son territoire, et les revenus découlant des activités de développement économique menées sur les terres visées par le Traité no 6 servent à soutenir des entreprises de la communauté, à retenir les services de spécialistes de l’extérieur et à développer l’infrastructure de la nation ».

Ces revenus découlent, notamment, d’ententes sur les répercussions et les avantages et d’autres ententes conclues avec des promoteurs. Ces ententes procurent à Ermineskin une indemnisation pécuniaire et d’autres avantages qui compensent les effets potentiels attribuables à la mise en valeur des ressources naturelles sur la capacité des membres d’Ermineskin à exercer leurs droits ancestraux sur leur territoire traditionnel, dont celui de chasser, de pêcher, de piéger et de récolter.

Pour conclure ces ententes, Ermineskin a établi un équilibre entre, d’une part, ses préoccupations concernant la prise de terres visées par le Traité no 6 et les effets préjudiciables de la mise en valeur des ressources naturelles sur ses droits ancestraux et, d’autre part, le souhait de promouvoir le bien-être économique et social de ses membres au sein du territoire traditionnel. Ces décisions sont un exercice du droit d’Ermineskin à l’autodétermination.

### **Les ententes sur les répercussions et les avantages**

Dans l’affidavit n° 1, j’ai décrit les ententes sur les répercussions et les avantages de 2013 et de 2019 qu’Ermineskin avait conclues avec Coalspur, au sujet de ses activités d’exploitation du charbon, tant existantes que proposées. La teneur de ces ententes est confidentielle.

Aux termes de l’ERA de 2013 et de l’ERA de 2019, Ermineskin a décidé d’appuyer la mine de charbon Vista et les agrandissements en échange d’une participation aux avantages économiques de ces projets et, le cas échéant, d’une réduction des effets préjudiciables potentiels. Les ententes ne dérogent pas aux droits ancestraux ou issus de traités d’Ermineskin, ce qui inclut le droit de prendre part aux processus réglementaires et de consultation en cours, et elles n’annulent ni ne remplacent l’obligation qu’a la Couronne de consulter Ermineskin. [Non souligné dans l’original.]

[113] The Minister says that direct impacts that may or may not happen and that can be fully addressed later in the process fall on the “speculative side” and do not trigger the duty to consult and submit if there was an indirect impact, it would be of the speculative type (footnote 58, paragraph 59, respondent Minister’s memorandum). I disagree for several reasons.

[114] First, the jurisprudence establishes the contrary: an economic interest is sufficient to trigger the duty to consult and it [can] be a potential economic interest that may or may not materialize in the future: see *Da’naxda’xw/Awaetlala*, at paragraph 136 “while the economic benefits the Da’naxda’xw hoped to receive from the Project may or may not have been realized, I do not see the adverse impact as speculative.” In my respectful view, the 2019 IBA is such a potential interest. As was the case in *Da’naxda’xw/Awaetlala*, as a result of the Designation Order Ermineskin may “have lost a unique opportunity, which is significant to them, especially considering the remote location of their traditional territories” (*Da’naxda’xw/Awaetlala*, at paragraph 136). That is the very situation facing Ermineskin in relation to the 2013 IBA and 2019 IBA.

[115] Second, the Minister seems to disagree with *Rio Tinto*’s ruling, at paragraph 35, which I consider binding that: “[t]he duty is *prospective*, fastening on rights yet to be proven” [emphasis in original]. With respect, I prefer to follow *Rio Tinto*.

[116] Even if the benefits of 2019 IBA may not have started to flow, that cannot negate 2019 IBA’s value to Ermineskin. It also seems to me that the duty to consult regarding the loss of the 2019 IBA also results in value to the Crown in terms of its stated goals in relation to reconciliation. In addition, I find the fact obligations must be delivered in accordance with contractual terms, some of which may occur in the future, in no way diminishes the fact that the 2019 IBA was intended to benefit Ermineskin and its citizens.

[113] Le ministre dit que les effets directs qui peuvent survenir ou non et dont il est possible de traiter en détail plus tard au cours du processus penchent du [TRADUCTION] « côté hypothétique » et ne déclenchent pas l’obligation de consulter, et il soutient que, s’il y avait un effet indirect, il serait du genre hypothétique (note de bas de page n° 58, paragraphe 59, mémoire du ministre défendeur). Je ne suis pas d’accord, et ce, pour plusieurs raisons.

[114] Premièrement, la jurisprudence établit le contraire : un intérêt économique suffit pour déclencher l’obligation de consulter, et il peut s’agir d’un intérêt économique potentiel qui peut se concrétiser, ou non, dans l’avenir : voir *Da’naxda’xw/Awaetlala*, au paragraphe 136; [TRADUCTION] « les avantages économiques que les Da’naxda’xw espéraient tirer du projet se sont peut-être réalisés, ou non, mais je ne considère pas que l’effet préjudiciable est hypothétique ». À mon humble avis, l’ERA de 2019 constitue un intérêt potentiel de cette nature. Comme c’était le cas dans l’arrêt *Da’naxda’xw/Awaetlala*, par suite de l’arrêté de désignation, Ermineskin peut [TRADUCTION] « avoir perdu une occasion unique, qui est importante pour [elle], compte tenu surtout de l’éloignement de [ses] territoires traditionnels » (*Da’naxda’xw/Awaetlala*, au paragraphe 136). C’est exactement la même situation que celle à laquelle Ermineskin fait face, par rapport à l’ERA de 2013 et à l’ERA de 2019.

[115] Deuxièmement, le ministre semble ne pas être d’accord avec la conclusion tirée dans l’arrêt *Rio Tinto*, au paragraphe 35, qui, selon moi, a force exécutoire, à savoir : « Il s’agit d’une obligation de nature *prospective* prenant appui sur des droits dont l’existence reste à prouver » [italique dans l’original.] En toute déférence, je préfère suivre l’arrêt *Rio Tinto*.

[116] Même si les avantages de l’ERA de 2019 n’ont peut-être pas commencé à se concrétiser, cela ne peut nier la valeur que représente cette ERA aux yeux d’Ermineskin. Il me semble aussi que l’obligation de consulter concernant la perte de l’ERA de 2019 se solde également par une valeur pour la Couronne, sous l’angle de ses objectifs de réconciliation déclarés. De plus, je conclus que le fait que les obligations doivent être exécutées d’une manière conforme à des conditions contractuelles, dont certaines peuvent survenir dans l’avenir,



[117] I find that the social, economic and community benefits secured under 2019 IBA are threatened with potential adverse impact by the Designation Order. I also find that losses have already been incurred because the Designation Order was made over a year ago and has already delayed Phase II and the limited Underground Test Mine.

[118] I am unable to find such actual and potential adverse impacts are “speculative” as the Minister claims. With respect, there is nothing in the evidence to support the Minister’s allegation the loss of 2019 IBA benefits being causally connected to Crown conduct is speculative. To allege otherwise is to advance the very tenuous argument that all executory contracts are speculative—which is simply not the case. To the contrary, in the absence of any evidence to the contrary, it seems to me this Court must give credit to the value of the 2013 IBA and 2019 IBA negotiated in good faith between this First Nation and this resource developer. I have already the 2013 IBA and 2019 IBA are closely related to and derivative from Aboriginal or Treaty rights; moreover, in my view and the actions of the Crown in making the Designation Order are directly and negatively related to what Ermineskin would receive under the 2013 IBA and 2019 IBA.

[119] To the same effect and by analogy see *Squamish Nation*; the Crown cannot avoid the duty to consult by unilaterally deciding Ermineskin’s 2019 IBA is of no worth, or wishing it away. See paragraphs 151–153:

I do not accept the Respondents’ argument that because this OCP [Official Community Plan] limits future development, and therefore preserves the status quo, there is no potential adverse impact on Aboriginal rights or title.

n’atténue en rien le fait que l’ERA de 2019 était censée avantager Ermineskin et ses citoyens.

[117] Je conclus que les avantages sociaux, économiques et communautaires garantis par l’ERA de 2019 sont menacés par l’effet préjudiciable potentiel de l’arrêté de désignation. Je conclus aussi que des pertes ont déjà été subies, parce que l’arrêté de désignation a été pris il y a plus d’un an et qu’il a déjà retardé la phase II ainsi que la mine d’essai souterraine restreinte.

[118] Je ne suis pas en mesure de conclure que ces effets préjudiciables réels et potentiels sont [TRADUCTION] « hypothétiques », comme le prétend le ministre. En toute déférence, rien dans la preuve n’étaye l’allégation du ministre selon laquelle le lien de causalité entre la perte des avantages de l’ERA de 2019 et la mesure de la Couronne est de nature hypothétique. Alléguer le contraire, c’est avancer l’argument très ténu que tous les contrats exécutoires sont hypothétiques; cela n’est tout simplement pas le cas. À l’opposé, en l’absence de toute preuve contraire, il me semble que notre Cour doit donner crédit à la valeur de l’ERA de 2013 et de l’ERA de 2019, qui ont été négociées de bonne foi entre cette Première Nation et cet exploitant de ressources. J’ai déjà dit que l’ERA de 2013 et l’ERA de 2019 étaient étroitement liées à des droits ancestraux ou issus de traités et qu’elles en découlaient; de plus, à mon avis, les mesures de la Couronne, en prenant l’arrêté de désignation, ont un lien direct et négatif avec ce qu’Ermineskin recevrait aux termes de l’ERA de 2013 et de l’ERA de 2019.

[119] Dans le même sens et par analogie (voir *Squamish Nation*), la Couronne ne peut se soustraire à l’obligation de consulter en décidant unilatéralement que l’ERA de 2019 conclue avec Ermineskin n’est d’aucune valeur, ou en souhaitant qu’elle disparaisse. Voir les paragraphes 151–153 :

[TRADUCTION]

Je ne souscris pas à l’argument des défendeurs selon lequel, étant donné que ce PCO [Plan communautaire officiel] restreint les projets futurs, et qu’il préserve donc le *statu quo*, il n’existe aucun effet préjudiciable potentiel

The purpose of consultation is to listen to and consider the concerns of the First Nations whose rights and title may be adversely impacted by a decision. The Crown cannot avoid the duty to consult by unilaterally deciding that the land should be conserved in its current state.

I adopt the following reasoning of Fisher J. in *Da'naxda'xw*, in which she considered whether the Crown had a duty to consult before deciding against an amendment to the boundaries of a conservancy that effectively precluded a development project that the Da'naxda'xw Nation proposed [at paragraphs 130 and 139]:

... I disagree with the government that conduct which contemplates conserving the *status quo* necessarily means that Aboriginal interests will not be adversely affected.

...

I accept that in some circumstances, decisions preserving lands or the *status quo* may not have an adverse impact on Aboriginal claims. [*Tsuu T'ina Nation v. Alberta (Minister of Environment)*, 2010 ABCA 137] is an example of this. However, I do not interpret *Haida Nation* as establishing a duty to consult only for the purpose of preserving land from development. I agree with Mr. Elwood's submission that there was an economic component to the Haida's claim to the lands and forests of their traditional territory, and another aspect of the Crown's conduct in issue was the exclusion of the Haida from the benefits of the forest resource. Proposed conservation measures could have an adverse affect on claimed Aboriginal rights and title, as they may limit future uses of land. The LRMP process and the government-to-government consultations regarding the Upper Klinaklini area clearly demonstrate this. In my opinion, limiting the duty to consult in the manner suggested by the government is inconsistent with the "generous, purposive approach" to this element of the duty to consult as described in *Rio Tinto* and inconsistent with the goal of achieving reconciliation.

sur des droits ou des titres ancestraux. La consultation a pour objet d'écouter les préoccupations des Premières Nations dont les droits et les titres peuvent être négativement touchés par une décision et de prendre en compte ces préoccupations. La Couronne ne peut se soustraire à l'obligation de consulter en décidant unilatéralement que les terres devraient être conservées dans leur état actuel.

Je fais mien le raisonnement suivant de la juge Fisher dans *Da'naxda'xw*, où elle a examiné la question de savoir si la Couronne avait une obligation de consulter avant de se prononcer contre une modification aux limites d'une réserve qui faisait concrètement obstacle à un projet de mise en valeur que la Nation Da'naxda'xw avait proposé [au paragraphes 130 et 139] :

[...] Je ne suis pas d'accord avec le gouvernement pour dire que la mesure qui envisage de conserver le statu quo signifie nécessairement que cela n'aura pas un effet préjudiciable sur les intérêts des Autochtones.

[...]

J'accepte le fait que, dans certaines circonstances, des décisions qui préservent des terres ou le statu quo peuvent ne pas avoir d'effets préjudiciables sur des revendications autochtones. [*Tsuu T'ina Nation v. Alberta (Minister of Environment)*, 2010 ABCA 137] en est un exemple. Cependant, selon mon interprétation, l'arrêt *Nation haïda* n'établit pas une obligation de consulter uniquement dans le but de préserver des terres contre toute mise en valeur. Je souscris à l'observation de M. Elwood selon laquelle la revendication des Haïda à l'égard des terres et des forêts de leur territoire traditionnel comporte un élément économique, et un autre aspect de la mesure de la Couronne qui est en litige a été l'exclusion des Haïda des avantages de la ressource forestière. Les mesures de conservation proposées pourraient avoir un effet préjudiciable sur les droits et les titres autochtones revendiqués, car elles sont susceptibles de restreindre les usages futurs des terres. Le processus du PGRT et les consultations intergouvernementales concernant la région de l'Upper Klinaklini l'illustrent clairement. À mon avis, le fait de restreindre l'obligation de consulter comme le laisse entendre le gouvernement est incompatible avec l'« approche généreuse et téléologique » à l'égard de cet élément de l'obligation de consulter, telle que décrite dans l'arrêt *Rio Tinto*, et cela est incompatible aussi avec l'objectif de réaliser la réconciliation.

The Petitioners have demonstrated a causal relationship between the approval of the OCP and a potential for adverse impacts on their pending Aboriginal title claims. As Lamer C.J.C. pointed out in *Delgamuukw v. British Columbia*, 1997 CanLII 302 (SCC), [1997] 3 S.C.R. 1010 at para. 166, “lands held pursuant to Aboriginal title have an inescapable economic component” (emphasis in original). The OCP has the potential to restrict the uses to which the Nations can put land they acquire in the future. Such a potential mandates the Province engage in consultation, and if necessary, accommodation. [Emphasis added.]

[120] I share the view that limiting the duty to consult in the manner suggested by the Minister is inconsistent with the “generous, purposive approach” to the duty to consult described in *Rio Tinto* and highlighted above.

[121] Narrowing the duty to consult from that set out in established jurisprudence is also inconsistent with the goal of achieving reconciliation. With respect, it seems to me we are beyond the stage where government officials, even Ministers, may deprecate agreements entered into by First Nations (by describing them as “speculative”) and thereby allow the Crown to limit or abrogate completely, as alleged here, the constitutionalized honour of the Crown and its related duty to consult.

[122] The respondent Minister submits without the Designation Order, the IAA would not apply to Phase II and the limited Underground Test Mine, such that the Designation Order is an opportunity for further consideration of the proposed physical activities and serve to prevent any immediate adverse impacts.

[123] This submission is not maintainable for several reasons. First, the several Federal departments and agencies such as Fisheries and Oceans Canada, those responsible for the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29, and others retain their statutory powers to assess and prevent

Les requérants ont démontré l’existence d’un lien de causalité entre l’approbation du PCO et une possibilité d’effets préjudiciables sur leurs revendications de titre ancestral en instance. Comme le juge en chef Lamer l’a signalé dans l’arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, au para 166 : « les terres détenues en vertu d’un titre aborigène ont une composante économique inéluctable » (souligné dans l’original). Le PCO présente la possibilité de restreindre les usages auxquels les nations peuvent consacrer des terres qu’elles acquerront dans l’avenir. Un tel potentiel oblige la province à s’engager dans des consultations et, le cas échéant, à prendre des mesures d’accommodement. [Non souligné dans l’original.]

[120] Je partage l’opinion selon laquelle le fait de restreindre l’obligation de consulter comme le laisse entendre le ministre est incompatible avec l’« approche généreuse et téléologique » à l’égard de cette obligation qui a été décrite dans l’arrêt *Rio Tinto* et qui a été soulignée plus haut.

[121] Le fait de circonscrire l’obligation de consulter par rapport à ce qui est énoncé dans la jurisprudence établie est également incompatible avec l’objectif de réaliser la réconciliation. En toute déférence, il me semble que nous avons dépassé le stade où de hauts fonctionnaires gouvernementaux, même des ministres, peuvent désapprouver des ententes qu’ont conclues des Premières Nations (en les qualifiant comme [TRADUCTION] « hypothétiques ») et permettre ainsi à la Couronne de restreindre, voire d’abroger entièrement, comme il est allégué en l’espèce, l’honneur constitutionnel de la Couronne et son obligation connexe de consulter.

[122] Le ministre défendeur soutient que, sans l’arrêté de désignation, la LEI ne s’appliquerait pas à la phase II et à la mine d’essai souterraine restreinte, de sorte que cet arrêté est un moyen d’examiner plus en détail les activités concrètes proposées et sert à éviter tout effet préjudiciable immédiat.

[123] Cet argument ne peut pas être retenu, et ce, pour plusieurs raisons. Premièrement, plusieurs ministères et organismes fédéraux, comme Pêches et Océans Canada, ceux qui sont responsables de la *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29, et d’autres entités conservent

breaches in areas of federal jurisdiction. Likewise, First Nations on either side of this issue retain access to remedies from those entities and the courts as needed. In addition, this submission is entirely speculative.

[124] More importantly, this argument is a red herring. It does not point away from the duty to consult on potential Aboriginal and Treaty rights. This is an argument, one of many, to be discussed with First Nations in the course of the consultation, which should have, but have not yet taken place.

[125] The respondent Minister then argues the IAA at section 12 incorporates an obligation to consult only once a project is designated whereas section 9 provides no legal requirement to allow the public or any particular group to participate. This argument is completely without merit. I am unable to see anything in section 12 to relieve Canada of its duty to consult which, as the respondent Minister admits, at paragraph 50 of his memorandum, is grounded in the constitutionalized honour of the Crown (*Haida Nation*, at paragraph 16) and must take place before the Crown takes steps that might adversely affect Aboriginal or Treaty rights. In my view, the suggested abrogation of a constitutionalized duty to consult would take more than the enactment of section 12 of IAA:

**Agency's obligation — offer to consult**

**12** For the purpose of preparing for a possible impact assessment of a designated project, the Agency must offer to consult with any jurisdiction that has powers, duties or functions in relation to an assessment of the environmental effects of the designated project and any Indigenous group that may be affected by the carrying out of the designated project.

[126] This argument also reflects an outdated view of what is embraced by Aboriginal and Treaty rights, a view not supported by the jurisprudence. As noted, the jurisprudence demands not only a generous and purposive

leurs pouvoirs législatifs d'évaluer et d'éviter toute atteinte dans les secteurs qui relèvent de la compétence fédérale. Dans le même ordre d'idées, les Premières Nations, de l'un ou l'autre côté de cette question, continuent d'avoir accès à des mesures de réparation de ces entités, ainsi qu'aux tribunaux, en cas de besoin. De plus, cet argument est tout à fait hypothétique.

[124] Fait plus important, cet argument est un faux-fuyant. Il ne va pas dans le sens contraire de l'obligation de mener des consultations sur d'éventuels droits ancestraux ou issus de traités. Il s'agit là d'un argument, un parmi de nombreux autres, dont il faut discuter avec les Premières Nations au cours des consultations, lesquelles auraient dû avoir lieu, mais ne l'ont pas encore été.

[125] Le ministre défendeur fait ensuite valoir que l'article 12 de la LEI intègre une obligation de consulter uniquement dans les cas où un projet est désigné, tandis que l'article 9 ne comporte aucune obligation légale de permettre au public ou à un groupe particulier de participer. Cet argument est dénué de tout fondement. Il m'est impossible de voir quoi que ce soit à l'article 12 qui libère le Canada de son obligation de consulter, laquelle, comme l'admet le ministre défendeur au paragraphe 50 de son mémoire, est ancrée dans l'honneur constitutionnel de la Couronne (*Nation haïda*, au paragraphe 16) et qui doit avoir lieu avant que la Couronne prenne des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur des droits ancestraux ou issus de traités. À mon avis, l'abrogation suggérée d'une obligation constitutionnelle de consulter exigerait plus que l'adoption de l'article 12 de la LEI :

**Obligation de l'Agence — offre de consulter**

**12** Afin de préparer l'évaluation d'impact éventuelle d'un projet désigné, l'Agence est tenue d'offrir de consulter toute instance qui a des attributions relatives à l'évaluation des effets environnementaux du projet et tout groupe autochtone qui peut être touché par la réalisation du projet.

[126] Cet argument reflète aussi une vision périmée de ce qu'englobent les droits ancestraux ou issus de traités, une vision que la jurisprudence n'étaye pas. Comme il a été souligné, la jurisprudence n'exige pas seulement

approach to the duty to consult and the honour of the Crown underlying it. Moreover, the duty to consult also arises in connection with economic rights concerning the “reality” that often Aboriginal peoples are involved in exploiting the resource: “[i]t also accommodates the reality that often Aboriginal peoples are involved in exploiting the resource” said the Supreme Court of Canada in *Rio Tinto*, at paragraph 34.

[127] The Minister asserts the jurisprudence where adverse impacts to economic interests were recognized as engaging the duty to consult, involved economic interests closely related to an Aboriginal right or title. In this case he says the economic interests are through an agreement with Coalspur and are distinct from the substance of Aboriginal and Treaty rights and do not relate to the promise of section 35 of the *Constitution Act, 1982* or the principle of the honour of the Crown. I have already considered and rejected this narrow interpretation of Aboriginal and Treaty rights protected by section 35 in respect of economic rights which, as I have found here, are closely related to and are derivative from Aboriginal and Treaty rights.

[128] Ermineskin says if this Court finds there was a duty to consult, it was not fulfilled in this case because there was no consultation at all. I agree. Ermineskin was not notified the re-designation request was received, and was not informed by the Minister or Agency that the 2019 decision not to designate might be reversed. Ermineskin was not given any opportunity to meaningfully consult with the Agency or the Minister before the Minister made the Designation Order.

[129] Not only was there no consultation at all, but I find Ermineskin was inexplicably frozen out of this very one-sided process. I say one-sided because for whatever reason the Agency and Minister, in relation to Aboriginal and Indigenous input, decided to hear only from Indigenous voices seeking the Designation Order. By contrast, in the case of the 2019 decision not to designate Phase II, the Agency notified 31 Indigenous communities, four of

une approche généreuse et téléologique à l’égard de l’obligation de consulter ainsi que de l’honneur de la Couronne qui la sous-tend. Par ailleurs, l’obligation de consulter prend également naissance en lien avec des droits économiques concernant le « fait » qu’il arrive souvent que les peuples autochtones prennent part à l’exploitation d’une ressource : « Elle tient aussi compte du fait que les peuples autochtones participent souvent à l’exploitation des ressources » (*Rio Tinto*, au paragraphe 34).

[127] Le ministre affirme que la jurisprudence dans laquelle il a été reconnu que des effets préjudiciables sur les intérêts économiques déclenchaient l’obligation de consulter met en cause des intérêts économiques étroitement liés à un droit ou à un titre ancestral. En l’espèce, dit-il, les intérêts économiques découlent d’une entente conclue avec Coalspur, ils sont distincts de la teneur de droits ancestraux ou issus de traités et ne se rapportent pas à la promesse de l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou au principe de l’honneur de la Couronne. J’ai déjà examiné et rejeté cette interprétation étroite des droits ancestraux ou issus de traités que protège l’article 35 à l’égard de droits économiques qui, comme je l’ai conclu en l’espèce, sont étroitement liés à des droits ancestraux ou issus de traités et découlent de ces derniers.

[128] Ermineskin dit que, si notre Cour conclut qu’il y avait une obligation de consulter, celle-ci n’a pas été respectée en l’espèce, car il n’y a eu aucune consultation du tout. Je suis d’accord. Ermineskin n’a pas été avisée de la réception de la demande de désignation et n’a pas été informée par le ministre ou l’Agence que la décision de 2019 de ne pas procéder à la désignation pouvait être annulée. Ermineskin n’a pas eu la possibilité de consulter sérieusement l’Agence ou le ministre avant que ce dernier prenne l’arrêté de désignation.

[129] Non seulement n’y a-t-il eu aucune consultation du tout, mais je conclus qu’Ermineskin a été inexplicablement exclue de ce processus très unilatéral. J’écris « unilatéral », parce que, pour une raison quelconque, l’Agence et le ministre, relativement à la contribution des Autochtones, ont décidé d’entendre uniquement les voix autochtones qui demandaient l’arrêté de désignation. Par contraste, dans le cas de la décision de 2019

which responded, and their responses were considered by the Agency.

### C. *Procedural Fairness*

[130] It is not necessary to determine this aspect of the case given my conclusion that judicial review must be ordered because of the Agency and Minister's breach of the duty to consult grounded in the constitutionalized Honour of the Crown.

### D. *Reasonableness*

[131] Ermineskin relies on submissions made by Coalspur in its memorandum of fact and law in T-1008-20. I make no determination on this issue for the same reason I decline to deal with procedural fairness.

## V. Conclusion

[132] In my respectful view, for the reasons set out above, the duty to consult was triggered in this case. The duty to consult was breached because Ermineskin was not given notice of or had the benefit of any consultation whatsoever. Therefore, this application for judicial review will be granted.

## VI. Costs

[133] The parties agreed each party should bear their own costs, and I will so order.

### JUDGMENT in T-1014-20

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. This application for judicial review is granted, the Designation Order is set aside and this matter is remanded for reconsideration.
2. No costs are awarded to or by any party.

de ne pas désigner la phase II, l'Agence a avisé 31 communautés autochtones, dont quatre ont répondu, et elle a pris leurs réponses en compte.

### C. *L'équité procédurale*

[130] Il n'est pas nécessaire de trancher cet aspect de l'affaire, étant donné que j'ai conclu qu'il était nécessaire d'accorder un contrôle judiciaire, parce que l'Agence et le ministre ont manqué à l'obligation de consulter qui est ancrée dans l'honneur constitutionnel de la Couronne.

### D. *Le caractère raisonnable*

[131] Ermineskin se fonde sur les observations qu'a faites Coalspur dans le mémoire des faits et du droit qu'elle a déposé dans le cadre du dossier T-1008-20. Je ne rends aucune décision à cet égard pour la même raison que celle pour laquelle je m'abstiens de traiter de l'équité procédurale.

## V. Conclusion

[132] À mon humble avis, pour les motifs susmentionnés, l'obligation de consulter a été déclenchée en l'espèce. Il y a eu manquement à cette obligation, parce qu'Ermineskin n'a pas été avisée de la tenue d'une consultation, ou n'a pu en bénéficier. La présente demande de contrôle judiciaire sera donc accueillie.

## VI. Les dépens

[133] Les parties ont convenu que chacune d'elles devrait supporter ses propres frais, et je rendrai donc une ordonnance en ce sens.

### JUGEMENT dans le dossier T-1014-20

LA COUR ORDONNE :

1. La présente demande de contrôle judiciaire est accueillie, l'arrêté de désignation est annulé, et la présente affaire est renvoyée pour nouvel examen.
2. Aucuns dépens ne sont adjugés à l'une ou l'autre des parties.