



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2019, Vol. 2, Part 1**

**2019, Vol. 2, 1<sup>er</sup> fascicule**

Cited as [2019] 2 F.C.R., {<sup>3-332</sup><sub>D-1-D-4</sub>

Renvoi [2019] 2 R.C.F., {<sup>3-332</sup><sub>F-1-F-5</sub>

---

## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

FRANÇOIS BOIVIN, B.SOC.SC., LL.B./B.Sc.Soc., LL.B.

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r.  
LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

---

### LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.  
CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

### PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager  
LINDA BRUNET

### Legal Research Editors

LYNNE LEMAY  
NATHALIE LALONDE

### Production Coordinator

SARAH EL-SALIBY

The *Federal Courts Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Courts Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, MARC A. GIROUX, Commissioner.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2019.

Print	Online
Cat. No. JU1-2-1	Cat. No. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-3713	ISSN 1714-373X

*The following added value features in the Federal Courts Reports are protected by Crown copyright: captions and headnotes, all tables and lists of statutes and regulations, cases, authors, as well as the history of the case and digests of cases not selected for full-text publication.*

*Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-947-8491.*

### ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.  
CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

### SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication  
LINDA BRUNET

### Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY  
NATHALIE LALONDE

### Coordonnatrice, production

SARAH EL-SALIBY

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiŕte en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour publication par le Commissariat à la magistrature fédérale Canada, dont le commissaire est MARC A. GIROUX.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2019.

Imprimé	En ligne
N° de cat. JU1-2-1	N° de cat. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-3713	ISSN 1714-373X

*Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des décisions des Cours fédérales sont protégés par le droit d'auteur de la Couronne : rubriques et sommaires, toutes les listes et tables de jurisprudence, de doctrine, de lois et règlements, ainsi que l'historique de la cause et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.*

*Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiŕte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-947-8491.*

*Inquiries concerning the contents of the Federal Courts Reports should be directed to the Editor at the above mentioned address and telephone number.*

*Subscribers who receive the Federal Courts Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Production and Publication Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-992-2934.*

*The Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/>*

## CONTENTS

Appeals noted .....	I
Judgments .....	3–332
Digests .....	D-1–D-4

### **Apotex Inc. v. Pfizer Inc. (F.C.A.) ..... 263**

Patents—Infringement—Appeal from Federal Court decision dismissing appellant’s motion for partial summary judgment—Appellant contending that respondents’ failure to pay proper application fee for issuance of Canadian Patent No. 1339132 (‘132 patent) invalidating ‘132 patent but Federal Court disagreeing—When application that resulted in issuance of ‘132 patent filed, patent applicant not claiming small entity status—Applicable fee payable as large entity for \$300 submitted—All fees paid on basis applicant large entity—However, final fee payable was \$700 for applications filed by large entities before October 1, 1989—In present case, additional \$50 paid to Patent Office on incorrect assumption that payment corrected previous payment error—Thereafter, ‘132 patent issued—Payment errors never corrected within deadline after *Patent Act*, s. 78.6(1) coming into force—Ultimately, proper application fee never paid; Federal Court so finding—Motion for summary judgment arising in related proceeding appellant instituting to claim damages resulting from delay in obtaining notice of compliance for product allegedly infringing ‘132 patent—Whether Federal Court erring when it found that failure to pay proper application fee not invalidating ‘132 patent; whether appellant could rely on 1989 Act, s. 73(1) as fact or default thereunder that rendered ‘132 patent void pursuant to 1989 Act, s. 59—Federal Court adopting incorrect approach in interpreting 1989 Act, s. 73 but error not meaning judgment wrong in law—1989 Act, s. 73(1) not expressly dealing with impact on patent issued—Object of

*Continued on next page*

*Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l’arrê-tiste en chef à l’adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.*

*Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d’adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d’adresse à : Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-992-2934.*

*Le Recueil des décisions des Cours fédérales peut être consulté sur Internet au site Web suivant : <http://reports.cmf-fja.gc.ca/fra/>*

## SOMMAIRE

Appels notés .....	I
Jugements .....	3–332
Fiches analytiques .....	F-1–F-5

### **Apotex Inc. c. Pfizer Inc. (C.A.F.) ..... 263**

Brevets—Contrefaçon—Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la requête en jugement sommaire partiel de l’appelante—L’appelante a soutenu que le défaut des intimées de s’acquitter des bonnes taxes réglementaires applicables à la délivrance du brevet canadien n° 1339132 (le brevet ‘132) a eu pour effet d’invalider ce dernier, mais la Cour fédérale n’a pas souscrit à cet avis—Lorsque la demande qui a finalement abouti à la délivrance du brevet ‘132 a été déposée, la demanderesse n’a pas déclaré être une petite entité—Le paiement des taxes de 300 \$ qui s’appliquaient aux grandes entités a été remis—Toutes les taxes ont été acquittées sur le fondement que la demanderesse était une grande entité—Or, le montant de la taxe finale à payer à l’égard des demandes déposées par les grandes entités avant le 1<sup>er</sup> octobre 1989 était de 700 \$—Dans la présente affaire, un paiement complémentaire de 50 \$ a été fait au Bureau des brevets sur le fondement de la conviction erronée que ce paiement remédiait à l’erreur de paiement antérieure—Le brevet ‘132 a ensuite été délivré—Les erreurs de paiement n’ont jamais été corrigées avant la date limite après l’entrée en vigueur de l’art. 78.6(1) de la *Loi sur les brevets*—Par conséquent, la taxe correcte applicable à la demande n’a jamais été acquittée, comme l’a conclu la Cour fédérale—La requête en jugement sommaire partiel a été présentée dans le contexte d’une instance introduite par l’appelante pour demander que des dommages-intérêts lui soient versés, car la délivrance d’un avis de conformité à l’égard d’un produit qui, affirmait-on,

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

1989 Act, s. 73(1) to provide tool for Commissioner of Patents to collect fees—Appellant arguing that 1989 Act, s. 59 rendering '132 patent void—Appellant's simple, literal approach to s. 59 in particular would lead to absurd results, disregarded scheme, object of Act—Defects in pre-patent issuance process not coming within ambit of provisions dealing expressly with voidance of patent, like 1989 Act, s. 53, cannot be relied upon by alleged infringer to render patent void—Since 1869, Parliament using precise wording when intending to deal with matters that could void patent—Defences to actions for infringement not based on administrative law principles but on patent law—This is law to which s. 59 referring to—Fact alleged infringer can raise certain defences not changing nature of proceeding—Federal Court properly concluding that appellant could not rely on 1989 Act, s. 73 to void '132 patent—Act in question not act or default that came within ambit of 1989 Act, s. 59—Appeal dismissed.

### **Canada v. MacDonald (F.C.A.) . . . . . 302**

Income Tax—Income Calculation—Capital Gains and Losses—Appeal from Tax Court of Canada decision allowing respondent's appeal against reassessments issued with respect to 2004-2007 taxation years—Bank of Nova Scotia (BNS) acquiring brokerage firm—Respondent, employed by firm, receiving BNS shares in transaction—Credit facility offered by TD Bank whereby respondent pledging some BNS shares, assigning any payment received as collateral for loan—Respondent entering into forward contract whereby respondent paid amount by which closing price of BNS shares (reference price) falling below determined forward price, multiplied by number of shares subject to forward contract (reference shares)—If reference price exceeding forward price, respondent required to make payments—Value of reference

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

contrefaisait le brevet '132, avait tardé—Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a conclu à tort que le défaut d'acquitter correctement la taxe applicable à la demande n'invalidait pas le brevet '132, et si l'appelante pouvait invoquer la situation prévue à l'art. 73(1) de la Loi de 1989 comme fait ou manquement qui a rendu le brevet nul en vertu de l'art. 59 de la même loi—La Cour fédérale a interprété erronément l'art. 73 de la Loi de 1989, mais cette erreur ne signifiait pas que son jugement était erroné en droit—L'art. 73(1) de la Loi de 1989 n'aborde pas de manière expresse son effet sur un brevet délivré—Cette disposition se voulait un outil de perception des taxes pour le commissaire aux brevets—L'appelante a fait valoir que l'art. 59 de la Loi de 1989 entraînait la nullité du brevet '132—L'approche simple et littérale à l'interprétation de l'art. 59 préconisée par l'appelante mènerait à un résultat absurde et faisait abstraction de l'esprit et de l'objet de la loi—Les défauts survenus dans le processus préalable à la délivrance d'un brevet qui ne tombent pas sous le coup des dispositions qui visent expressément l'annulation d'un brevet, comme l'art. 53 de la Loi de 1989, ne peuvent être invoqués par un contrefacteur présumé pour faire déclarer nul un brevet—Depuis 1869, le législateur emploie des termes précis lorsqu'il veut traiter de situations susceptibles d'entraîner la nullité d'un brevet—Les moyens de défense opposables aux actions en contrefaçon ne sont pas fondés sur les principes de droit administratif; ils sont fondés sur le droit des brevets—C'est le droit auquel renvoie l'art. 59—Que le contrefacteur présumé puisse invoquer certains moyens de défense ne change pas la nature de l'instance—La Cour fédérale a conclu à bon droit que l'appelante ne pouvait pas invoquer l'art. 73 de la Loi de 1989 pour faire annuler le brevet '132—La situation qui y est prévue ne constituait pas un fait ou manquement qui tombe sous le coup de l'art. 59 de la Loi de 1989—Appel rejeté.

### **Canada c. MacDonald (C.A.F.) . . . . . 302**

Impôt sur le revenu—Calcul du revenu—Gains et pertes en capital—Appel interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel interjeté par l'intimé contre les nouvelles cotisations à l'égard de ses années d'imposition 2004 à 2007—La Banque de Nouvelle-Écosse (BNE) a fait l'acquisition d'un cabinet de courtage—L'intimé, qui travaillait pour le cabinet, a obtenu des actions de la BNE en raison de cette acquisition—La Banque TD a offert à l'intimé une facilité de crédit, selon laquelle ce dernier donnerait en gage des actions de la BNE et céderait tout paiement reçu en garantie du prêt—L'intimé a conclu un contrat à terme de gré à gré en vertu duquel il toucherait la valeur de la diminution du prix de référence (le cours officiel de clôture des actions de la BNE) en deçà du prix à terme multiplié

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

shares remaining above reference price—Respondent making cash settlement payments totalling \$9 966 149—Claiming those payments as business losses deductible against income—Minister of National Revenue arguing payments giving rise to capital losses—Tax Court finding, *inter alia*, that respondent’s “sole purpose and intention” to speculate, profit from decrease in value of BNS shares—Rejecting contention that relevant link (linkage principle) was between forward contract, respondent’s ownership of BNS shares—Finding that linkage principle not satisfied, forward contract not hedging instrument—Appellant submitting, *inter alia*, that Tax Court failing to apply proper legal test—Explaining that financial instrument qualifying as hedge—Main issues whether forward contract hedging instrument, whether it immunized respondent’s shares from risk—Treatment of gain or loss derived from hedging instrument determined by character of asset being hedged—Here, BNS shares capital property, losses incurred by respondent capital losses—Forward contract neutralizing or mitigating risk on specific block of shares pledged by respondent—Not open to Tax Court to move away from test in *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)* in determining whether forward contract entered into by respondent a hedging instrument—Forward contract hedging instrument if neutralizing or mitigating risk to which underlying asset exposed, as was case herein—Although person concerned having to understand nature of contract being entered into, intention to hedge not prerequisite for hedging—Here, respondent aware that risk having to be neutralized for benefit of lender—*George Weston Ltd. v. Canada (George Weston)* addressing ownership risk—No reason why rule that hedging gains or losses treated same way as assets hedged for tax purposes should not apply—Tax Court should have followed *George Weston*—Value of respondent’s BNS shares immunized from market fluctuation risk—Tax Court not appreciating distinction between transactional, ownership risk—Intent to never sell consistent with existence of ownership risk—No inconsistency between long-term ownership, hedging risk associated with ownership—Linkage question irrelevant when regard had to *Placer Dome*—Hedging unaffected by way contract settled—Had it followed *George Weston*, Tax Court bound to conclude that risk resulting from respondent’s share ownership neutralized by forward contract—Appeal allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

par le nombre d’actions visées par le contrat à terme de gré à gré (les actions de référence)—Dans l’éventualité où le prix de référence excéderait le prix à terme, l’intimé serait tenu de verser des paiements—La valeur des actions de référence est restée supérieure au prix de référence—L’intimé a effectué des paiements en espèces totalisant 9 966 149 \$ en règlement du contrat—Il a estimé que les paiements donnaient lieu à des pertes d’entreprise qui étaient déductibles du revenu—Le ministre du Revenu national a fait valoir que les paiements donnaient lieu à des pertes en capital—La Cour de l’impôt a conclu notamment que « la seule intention » de l’intimé était de spéculer sur une baisse prévue du cours des actions de la BNE et d’en tirer profit—Elle a rejeté la thèse selon laquelle le lien pertinent (principe du rattachement) était celui entre le contrat à terme de gré à gré et les actions de la BNE dont l’intimé était propriétaire—Elle a conclu qu’il n’était pas satisfait au principe du rattachement et que le contrat à terme de gré à gré n’était pas un instrument de couverture—L’appelante a soutenu notamment que la Cour de l’impôt a fait fi du critère juridique applicable—Elle a expliqué qu’un instrument financier peut être un instrument de couverture—Il s’agissait principalement de savoir si le contrat à terme de gré à gré était un instrument de couverture et s’il protégeait les actions de l’intimé contre le risque—Le traitement d’un gain ou d’une perte découlant d’un instrument de couverture dépend de la nature du bien couvert—En l’espèce, les actions de la BNE constituaient une immobilisation, de sorte que les pertes subies par l’intimé étaient des pertes en capital—Le contrat à terme de gré à gré avait pour effet de neutraliser ou d’atténuer le risque sur le bloc précis d’actions que l’intimé avait donné en gage—Il n’était pas loisible à la Cour de l’impôt de s’écarter du critère énoncé dans l’arrêt *Placer Dome c. Ontario (Ministre des Finances)* pour décider si le contrat à terme de gré à gré conclu par l’intimé était ou non un instrument de couverture—Le contrat à terme de gré à gré est un instrument de couverture s’il neutralise ou atténue le risque auquel est exposé le bien qui en est l’objet, comme c’était le cas en l’espèce—Même si l’intéressée doit comprendre la nature du contrat qu’elle conclut, l’intention de couvrir ne constitue pas un prérequis à une opération de couverture—Dans la présente affaire, l’intimé était conscient qu’il fallait que le risque soit neutralisé au profit du prêteur—La décision *George Weston Ltd. c. Canada (George Weston)* a examinée la question du risque lié à la propriété—Rien n’empêche la règle établie, voulant que les gains ou les pertes provenant d’une opération de couverture soient traités de la même façon que les actifs couverts à des fins fiscales, de s’appliquer—La Cour de l’impôt aurait dû suivre la décision *George Weston*—La valeur des actions de la BNE de l’intimé était protégée contre le risque de fluctuation du marché—La Cour de l’impôt a omis de faire la distinction entre

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General) (F.C.A.)** . . . . . 3

Aboriginal Peoples—Duty to consult—Judicial review of National Energy Board’s report recommending that Governor in Council approve proposed expansion of Trans Mountain pipeline system, of Governor in Council’s Order in Council P.C. 2016-1069 wherein Governor in Council directing Board to issue certificate of public convenience and necessity approving construction, operation of expansion project—Respondent Trans Mountain Pipeline ULC (Trans Mountain) owning existing pipeline system—Board assessing project pursuant to *National Energy Board Act*, s. 52—Governor in Council satisfied that consultation process consistent with honour of Crown, that Aboriginal concerns, interests appropriately accommodated—Crown consultation broken down into four phases, including consideration by Governor in Council once in receipt of report (Phase III)—Board issuing number of decisions, including hearing order, “scoping” decision defining “designated project” to be assessed—Applicant Tsleil-Waututh Nation challenging hearing, scoping decisions—Several applicants arguing that *Gitxaala Nation v. Canada (Gitxaala)* manifestly wrong in deciding that Board’s report not justiciable—Whether report of Board judicially reviewable—Whether Canada consulting adequately with Indigenous applicants—No error in *Gitxaala* warranting departure from its analysis—Project herein correctly assessed under legislative scheme analyzed in *Gitxaala*—Consultation framework reasonable—Canada not breaching duty to consult by selecting four-phase consultation process—However, Canada’s execution of Phase III unacceptably flawed, falling short of prescribed standard—Canada required to do more than receive, understand concerns of Indigenous applicants—Required to engage in considered, meaningful two-way dialogue—Canada’s representatives only listening, recording, transmitting Indigenous concerns—Meaningful dialogue prerequisite for reasonable consultation—Phase III allowing Indigenous applicants to dialogue with Canada—Canada not confined to Board’s findings—Reliance on Board’s process not allowing Canada to rely

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général) (C.A.F.)** . . . . . 3

Peuples autochtones—Obligation de consulter—Contrôle judiciaire visant le rapport dans lequel l’Office national de l’énergie a recommandé que le gouverneur en conseil approuve le projet d’agrandissement du réseau pipelinier Trans Mountain, et le décret C.P. 2016-1069, par lequel le gouverneur en conseil a enjoint à l’Office de délivrer un certificat d’utilité publique pour la construction et l’exploitation du projet d’agrandissement—La défenderesse Trans Mountain Pipeline ULC (Trans Mountain) détient le réseau pipelinier actuel—L’Office a évalué le projet en vertu de l’art. 52 de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*—Le gouverneur en conseil était convaincu que le processus de consultation était compatible avec l’honneur de la Couronne et que les préoccupations et intérêts des Autochtones avaient fait l’objet de mesures d’accommodement appropriées—La consultation de la Couronne a comporté quatre étapes, dont l’examen par le gouverneur en conseil après réception du rapport (étape III)—L’Office a rendu plusieurs décisions, dont une ordonnance relative à l’audience et une décision sur la détermination de la portée du projet, dans laquelle l’Office a défini le « projet désigné » et a énuméré les éléments à évaluer—La demanderesse, la Tsleil-Waututh Nation, a contesté l’ordonnance relative à l’audience et la décision relative à la portée—Plusieurs demandeurs ont fait valoir que la conclusion, dans l’arrêt *Nation Gitxaala c. Canada (Gitxaala)*, selon laquelle le rapport de l’Office n’était pas susceptible de contrôle judiciaire, était manifestement erronée—Il s’agissait de savoir si le contrôle judiciaire du rapport de l’Office était permis—Il s’agissait aussi de savoir si le Canada a consulté adéquatement les demandeurs autochtones—Il n’y avait aucune erreur dans l’arrêt *Gitxaala* justifiant que l’on s’écarte de l’analyse qui y est exposée—Le projet dans la présente affaire a été évalué à juste titre au regard du régime législatif analysé dans l’arrêt *Gitxaala*—Le cadre de consultation était raisonnable—Le Canada n’a pas manqué à son obligation de consulter en adoptant un processus de consultation

*Suite à la page suivante*

risque lié à une opération et risque lié à la propriété—L’intention de ne jamais vendre concorde avec l’existence d’un risque lié à la propriété—La propriété à long terme ne fait pas obstacle à la couverture d’un risque lié à la propriété—La question de lien n’était pas pertinente à la lumière de l’arrêt *Placer Dome*—L’opération de l’instrument de couverture ne dépend pas du mode de dénouement du contrat—Suivant la décision *George Weston*, la Cour de l’impôt ne pouvait que conclure que le risque résultant du fait que l’intimé était propriétaire de ses actions était neutralisé par le contrat à terme de gré à gré—Appel accueilli.



## CONTENTS (Continued)

unwaveringly upon Board's findings, recommended conditions—Canada required to dialogue meaningfully about concerns raised—Inadequacies of consultation process flowing from limited execution of Crown's mandate—Canada unwilling to meaningfully discuss, consider flaws in Board's findings—Order in Council P.C. 2016-1069 quashed—Certificate of public convenience and necessity rendered null—Project approval remitted to Governor in Council—Applications for judicial review of Board's report dismissed; applications for judicial review of Order in Council P.C. 2016-1069 allowed.

Energy—National Energy Board report recommending that Governor in Council approve proposed expansion of Trans Mountain pipeline system, receiving direction from Governor in Council (Order in Council P.C. 2016-1069) to issue certificate of public convenience and necessity approving construction, operation of expansion project—Board assessing project pursuant to *National Energy Board Act*, s. 52—Several applicants arguing, *inter alia*, that *Gitxaala Nation v. Canada (Gitxaala)* manifestly wrong in deciding that Board's report not justiciable—Board breaching requirements of procedural fairness; failing to decide certain issues, alternatives to Westridge Marine Terminal—Whether report of Board judicially reviewable—Whether Governor in Council's decision should be set aside, specifically, whether Governor in Council erring in determining that Board's report qualifying as report; whether Board's process procedurally fair—No error in *Gitxaala* warranting departure from its analysis—Not stated therein that only "decisions about legal or practical interests" reviewable—Project herein correctly assessed under legislative scheme analyzed in *Gitxaala*—Governor in Council required to consider deficiencies in report—If Governor in Council's decision is based upon materially flawed report, decision may be set aside—Governor in Council can act only if "report" before it—Materially deficient report not such a report—Board

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

en quatre étapes—Toutefois, l'exécution par le Canada de l'étape III était lacunaire au point d'en être inacceptable et insuffisante pour respecter la norme établie—Le Canada n'était pas simplement tenu de recueillir et de comprendre les préoccupations des demandeurs autochtones—Il devait prendre part à un véritable dialogue réfléchi—Les représentants du Canada se sont contentés d'écouter et de consigner les préoccupations des demandeurs autochtones et de les transmettre—Des consultations raisonnables sont subordonnées à la tenue d'un véritable dialogue—L'étape III permettait aux demandeurs autochtones d'établir un dialogue avec le Canada—Le Canada n'était pas lié par les conclusions de l'Office—Le Canada pouvait s'en remettre au processus de l'Office, mais il n'était pas tenu d'adopter d'office les conclusions et conditions recommandées par l'Office—Le Canada était tenu d'engager un véritable dialogue au sujet des préoccupations soulevées—Les lacunes du processus de consultation ont découlé de l'interprétation stricte du mandat de la Couronne—Le Canada était réticent à discuter véritablement et à envisager la possibilité de lacunes dans les conclusions de l'Office—Décret C.P. 2016-1069 annulé—Certificat d'utilité publique annulé—La question de l'approbation du projet est renvoyée au gouverneur en conseil—Demandes de contrôle judiciaire du rapport de l'Office rejetées; demandes de contrôle judiciaire du décret C.P. 2016-1069 accueillies.

Énergie—L'Office national de l'énergie a recommandé dans son rapport que le gouverneur en conseil approuve le projet d'agrandissement du réseau pipelinier Trans Mountain et a été enjoint par le gouverneur en conseil (décret C.P. 2016-1069) de délivrer un certificat d'utilité publique pour la construction et l'exploitation du projet d'agrandissement—L'Office a évalué le projet en vertu de l'art. 52 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*—Plusieurs demandeurs ont fait valoir notamment que la conclusion, dans l'arrêt *Nation Gitxaala c. Canada (Gitxaala)*, selon laquelle le rapport de l'Office n'était pas susceptible de contrôle judiciaire, était manifestement erronée—L'Office a manqué à l'équité procédurale; il n'a pas tranché certaines questions et il n'a pas envisagé des solutions de rechange au terminal maritime Westridge—Il s'agissait de déterminer si le contrôle judiciaire du rapport de l'Office était permis—Il s'agissait aussi de savoir si la décision du gouverneur en conseil devait être annulée, plus particulièrement, si le gouverneur en conseil a commis une erreur lorsqu'il a conclu que le rapport de l'Office constituait un rapport en bonne et due forme; si le processus de l'Office était équitable sur le plan de la procédure—Il n'y a aucune erreur dans l'arrêt *Gitxaala* qui justifie que l'on s'écarte de l'analyse qui y est exposée—La Cour n'y a pas affirmé que seule une « décision sur des intérêts juridiques ou pratiques »

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

report not justiciable—Judicial review applications challenging report dismissed—Duty of fairness not breached by Board’s decisions not to allow oral cross-examination, full oral hearing—Board not required to facilitate interested party’s independent assessment of project—Board’s approval process not contrary to legislative scheme—Approval process not impermissibly deferring determinations post-judgment—Principle of *functus officio* having less application to Board.

Environment—National Energy Board report recommending that Governor in Council approve proposed expansion of Trans Mountain pipeline system, receiving direction from Governor in Council (Order in Council P.C. 2016-1069) to issue certificate of public convenience and necessity approving construction, operation of expansion project—Board conducting environmental assessment under *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*—Applicants asserting, *inter alia*, that Board failing to assess project-related marine shipping under *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*; erring in its treatment of *Species at Risk Act*—Whether Board erring by concluding that *Species at Risk Act*, s. 79 not applying in considering effects of project-related marine shipping—Board’s report adequate for purpose of informing Governor in Council about effects of project-related marine shipping on Southern resident killer whales, their use by Indigenous groups—Board erring by unjustifiably excluding project-related marine shipping from project’s description—Failure to apply s. 79 also unjustified—Board’s consideration of project’s impact on Southern resident killer whale not complying with s. 79 obligation—Board giving no consideration in report to fact recommending approval without measures to protect Southern resident killer whale—Governor in Council lacking necessary information to make decision—Board’s report not kind of “report” arming governor in Council with appropriate information.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

est susceptible de contrôle judiciaire—Le projet dans la présente affaire a été évalué à juste titre au regard du régime législatif analysé dans l’arrêt *Gitxaala*—Il incombait au gouverneur en conseil d’examiner toute lacune dans le rapport—Si la décision du gouverneur en conseil repose sur un rapport qui comporte d’importantes lacunes, elle peut être annulée pour ce motif—Le gouverneur en conseil ne peut agir que s’il dispose d’un « rapport »—Un rapport qui comporte des lacunes importantes ne constitue pas un tel rapport—Le contrôle judiciaire du rapport de l’Office n’était pas permis—Les demandes de contrôle judiciaire contestant le rapport ont été rejetées—Les décisions de l’Office de ne pas permettre de contre-interrogatoires oraux et des audiences complètes n’ont pas violé l’obligation d’équité—L’Office n’est pas tenu de faciliter la tenue d’une évaluation indépendante du projet par une partie intéressée—Le processus d’approbation de l’Office n’était pas contraire au régime législatif—Le processus d’approbation ne reportait pas de façon inacceptable certaines conclusions à une date ultérieure au jugement—Le principe du dessaisissement s’applique dans une moindre mesure à l’Office.

Environnement—L’Office national de l’énergie a recommandé dans son rapport que le gouverneur en conseil approuve le projet d’agrandissement du réseau pipelinier Trans Mountain et a été enjoint par le gouverneur en conseil (décret C.P. 2016-1069) de délivrer un certificat d’utilité publique pour la construction et l’exploitation du projet d’agrandissement—L’Office a effectué une évaluation environnementale en application de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*—Plusieurs demandeurs ont fait valoir notamment que l’Office n’a pas évalué le transport maritime associé au projet sous le régime de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*; qu’il a mal interprété la Loi sur les espèces en péril—Il s’agissait de savoir si l’Office a commis une erreur lorsqu’il a conclu que l’art. 79 de la *Loi sur les espèces en péril* ne s’appliquait pas à son examen des effets du transport maritime associé au projet—Le rapport de l’Office était suffisant pour informer le gouverneur en conseil des effets du transport maritime lié au projet sur les épaulards résidents du sud et l’utilisation de cette ressource par des groupes autochtones—L’Office a commis une erreur en excluant de façon injustifiable le transport maritime lié au projet de la définition de ce dernier—Le défaut d’appliquer l’art. 79 était également injustifié—L’examen par l’Office de l’incidence du projet sur l’épaulard résident du sud n’a pas satisfait à son obligation au titre de l’art. 79—Son rapport était muet sur le fait qu’il a recommandé l’approbation du projet sans imposer des mesures pour protéger l’épaulard résident du sud—Le gouverneur en conseil ne disposait pas de l’information

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Concluded)

Practice—Pleadings—Motion to Strike—National Energy Board report recommending that Governor in Council approve proposed expansion of Trans Mountain pipeline system, receiving direction from Governor in Council (Order in Council P.C. 2016-1069) to issue certificate of public convenience and necessity approving construction, operation of expansion project—Respondent Trans Mountain Pipeline ULC (Trans Mountain) owning existing pipeline system—Applicants commencing applications challenging Board’s report—Trans Mountain seeking to strike notices of application on basis that Court in *Gitxaala Nation v. Canada (Gitxaala)* concluding applications for judicial review not lying against reports made pursuant to s. 52—Applicants arguing *Gitxaala* wrongly decided on that point—Whether Trans Mountain’s motion to strike having merit—Motion to strike dismissed—Motions to strike unnecessarily delaying expeditious determination of application—Justice better served by allowing Court to deal with all issues raised by application.

Crown—Practice—National Energy Board report recommending that Governor in Council approve proposed expansion of Trans Mountain pipeline system, receiving direction from Governor in Council (Order in Council P.C. 2016-1069) to issue certificate of public convenience and necessity approving construction, operation of expansion project—Governor in Council complying with statutory obligation to give reasons—*National Energy Board Act* requiring only that Order in Council (Order) set out reasons—Not dictating form reasons should take—Here, reasons found in explanatory note accompanying Order—Unduly formalistic to set aside Order on ground reasons not found within “four square corners” of Order.

## SOMMAIRE (Fin)

nécessaire pour prendre une décision—Le rapport de l’Office ne constituait pas un « rapport » qui pouvait fournir au gouverneur en conseil les renseignements dont il avait besoin.

Pratique—Actes de procédure—Requête en radiation—L’Office national de l’énergie a recommandé dans son rapport que le gouverneur en conseil approuve le projet d’agrandissement du réseau pipelinier Trans Mountain et a été enjoint par le gouverneur en conseil (décret C.P. 2016-1069) de délivrer un certificat d’utilité publique pour la construction et l’exploitation du projet d’agrandissement—La défenderesse Trans Mountain Pipeline ULC (Trans Mountain) détient le réseau pipelinier actuel—Les demandeurs ont institué des actions dans lesquelles ils ont contesté le rapport de l’Office—Trans Mountain a sollicité la radiation des avis de demande sur le fondement de l’arrêt *Nation Gitxaala c. Canada (Gitxaala)*, dans lequel la Cour a conclu que les rapports établis conformément à l’art. 52 n’étaient pas susceptibles de contrôle judiciaire—Les demandeurs ont fait valoir que l’arrêt *Gitxaala* était erroné à cet égard—Il s’agissait de savoir si la requête en radiation de Trans Mountain était fondée—La requête en radiation a été rejetée—Les requêtes en radiation retardent inutilement la détermination rapide d’une demande—L’intérêt de la justice est mieux servi lorsque la Cour est en mesure de traiter ensemble toutes les questions soulevées dans une demande.

Couronne—Pratique—L’Office national de l’énergie a recommandé dans son rapport que le gouverneur en conseil approuve le projet d’agrandissement du réseau pipelinier Trans Mountain et a été enjoint par le gouverneur en conseil (décret C.P. 2016-1069) de délivrer un certificat d’utilité publique pour la construction et l’exploitation du projet d’agrandissement—Le gouverneur en conseil a respecté son obligation légale de fournir des motifs—La *Loi sur l’Office national de l’énergie* exige uniquement que le décret énonce les motifs de celui-ci—Elle ne dicte pas la forme que devraient revêtir les motifs—Dans la présente affaire, les motifs figuraient dans la note explicative accompagnant le décret—Il serait indûment formaliste d’annuler le décret au motif que les motifs ne se trouvaient pas « à l’intérieur même » du décret.

## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Hociung v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FC 298, [2018] 4 F.C.R. 82, has been reversed in part on appeal (A-102-18, 2019 FCA 214). The reasons for judgment, handed down August 7, 2019, will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Union of Canadian Correctional Officers – Syndicat des Agents Correctionnels du Canada – CSN (UCCO-SACC-CSN) v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 1289, [2017] 3 F.C.R. 540, has been affirmed on appeal (A-463-16, 2019 FCA 212). The reasons for judgment, handed down July 26, 2019, will be published in the *Federal Courts Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for leave to appeal*

*Canada (Board of Internal Economy) v. Boulerice*, A-332-17, 2019 FCA 33, Noël C.J., judgment dated February 20, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused July 18, 2019.

*Elson v. Canada (Attorney General)*, A-177-17, 2019 FCA 27, Webb J.A., judgment dated February 8, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused July 25, 2019.

*Madison Pacific Properties Inc. v. Canada*, A-171-17, A-172-17, 2019 FCA 19, Gleason J.A., judgment dated January 30, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused July 11, 2019.

*Sadhu Singh Hamdard Trust v. Navsun Holdings Ltd.*, A-65-18, 2019 FCA 10, Rennie J.A., judgment dated January 17, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused July 11, 2019.

*Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, A-191-17, 2019 FCA 34, Rennie J.A., judgment dated February 21, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused July 11, 2019.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Hociung c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CF 298, [2018] 4 R.C.F. 82 a été infirmée en partie en appel (A-102-18, 2019 CAF 214). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 7 août 2019, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Union of Canadian Correctional Officers – Syndicat des Agents Correctionnels du Canada – CSN (UCCO-SACC-CSN) c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 1289, [2017] 3 R.C.F. 540 a été confirmée en appel (A-463-16, 2019 CAF 212). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 26 juillet 2019, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

#### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*Canada (Bureau de régie interne) c. Boulerice*, A-332-17, 2019 CAF 33, le juge en chef Noël, jugement en date du 20 février 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 18 juillet 2019.

*Elson c. Canada (Procureur général)*, A-177-17, 2019 CAF 27, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 8 février 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 juillet 2019.

*Madison Pacific Properties Inc. c. Canada*, A-171-17, A-172-17, 2019 CAF 19, la juge Gleason, J.C.A., jugement en date du 20 janvier 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 11 juillet 2019.

*Sadhu Singh Hamdard Trust c. Navsun Holdings Ltd.*, A-65-18, 2019 CAF 10, le juge Rennie, J.C.A., jugement en date du 17 janvier 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 11 juillet 2019.

*Tapambwa c. Canada (Citoyenne et Immigration)*, A-191-17, 2019 CAF 34, le juge Rennie J.C.A., jugement en date du 21 février 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 11 juillet 2019.



**Federal Courts  
Reports**

**2019, Vol. 2, Part 1**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2019, Vol. 2, 1<sup>er</sup> fascicule**



A-78-17	A-78-17
A-217-16	A-217-16
A-218-16	A-218-16
A-223-16	A-223-16
A-224-16	A-224-16
A-225-16	A-225-16
A-232-16	A-232-16
A-68-17	A-68-17
A-74-17	A-74-17
A-75-17	A-75-17
A-76-17	A-76-17
A-77-17	A-77-17
A-84-17	A-84-17
A-86-17	A-86-17
2018 FCA 153	2018 CAF 153

**Tsleil-Waututh Nation, City of Vancouver, City of Burnaby, the Squamish Nation (also known as the Squamish Indian Band), Xàlek/Se<sub>k</sub>yú Si<sub>y</sub>am, Chief Ian Campbell on his own behalf and on behalf of all members of the Squamish Nation, Coldwater Indian Band, Chief Lee Spahan in his capacity as Chief of the Coldwater Band on behalf of all members of the Coldwater Band, Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten, Yakweakwioose, Skwah, Chief David Jimmie on his own behalf and on behalf of all members of the Ts'elxwéyeqw Tribe, Upper Nicola Band, Chief Ron Ignace and Chief Fred Seymour on their own behalf and on behalf of all other members of the Stk'emlupsemc Te Secwepemc of the Secwepemc Nation, Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society (*Applicants*)**

v.

**Attorney General of Canada, National Energy Board and Trans Mountain Pipeline ULC (*Respondents*)**

and

**Attorney General of Alberta and Attorney General of British Columbia (*Interveners*)**

**INDEXED AS: TSLEIL-WAUTUTH NATION v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**Tsleil-Waututh Nation, Ville de Vancouver, Ville de Burnaby, Nation Squamish (également appelée Bande indienne Squamish), Xàlek/Se<sub>k</sub>yú Si<sub>y</sub>am, Chef Ian Campbell, pour son propre compte et au nom de tous les membres de la Nation Squamish, Bande indienne Coldwater, Chef Lee Spahan, à titre de chef de la Bande Coldwater et au nom de tous les membres de la Bande Coldwater, Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Première Nation Squiala, Tzeachten, Yakweakwioose, Skwah, Chef David Jimmie, pour son propre compte et au nom de tous les membres de la tribu Ts'elxwéyeqw, Bande Upper Nicola, Chef Ron Ignace et Chef Fred Seymour, pour leur propre compte et au nom de tous les autres membres de Stk'emlupsemc Te Secwepemc de la Nation Secwepemc, Raincoast Conservation Foundation et Living Oceans Society (*demandeurs*)**

c.

**Procureur général du Canada, Office national de l'énergie et Trans Mountain Pipeline ULC (*défendeurs*)**

et

**Procureur général de l'Alberta et Procureur général de la Colombie-Britannique (*intervenants*)**

**RÉPERTORIÉ : TSLEIL-WAUTUTH NATION c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**



Federal Court of Appeal, Dawson, de Montigny and Woods J.J.A.—Vancouver, October 2-5, 10, 12-13, 2017; Ottawa, August 30, 2018.

*Aboriginal Peoples — Duty to consult — Judicial review of National Energy Board's report recommending that Governor in Council approve proposed expansion of Trans Mountain pipeline system, of Governor in Council's Order in Council P.C. 2016-1069 wherein Governor in Council directing Board to issue certificate of public convenience and necessity approving construction, operation of expansion project — Respondent Trans Mountain Pipeline ULC (Trans Mountain) owning existing pipeline system — Board assessing project pursuant to National Energy Board Act, s. 52 — Governor in Council satisfied that consultation process consistent with honour of Crown, that Aboriginal concerns, interests appropriately accommodated — Crown consultation broken down into four phases, including consideration by Governor in Council once in receipt of report (Phase III) — Board issuing number of decisions, including hearing order, "scoping" decision defining "designated project" to be assessed — Applicant Tsleil-Waututh Nation challenging hearing, scoping decisions — Several applicants arguing that Gitxaala Nation v. Canada (Gitxaala) manifestly wrong in deciding that Board's report not justiciable — Whether report of Board judicially reviewable — Whether Canada consulting adequately with Indigenous applicants — No error in Gitxaala warranting departure from its analysis — Project herein correctly assessed under legislative scheme analyzed in Gitxaala — Consultation framework reasonable — Canada not breaching duty to consult by selecting four-phase consultation process — However, Canada's execution of Phase III unacceptably flawed, falling short of prescribed standard — Canada required to do more than receive, understand concerns of Indigenous applicants — Required to engage in considered, meaningful two-way dialogue — Canada's representatives only listening, recording, transmitting Indigenous concerns — Meaningful dialogue prerequisite for reasonable consultation — Phase III allowing Indigenous applicants to dialogue with Canada — Canada not confined to Board's findings — Reliance on Board's process not allowing Canada to rely unwaveringly upon Board's findings, recommended conditions — Canada required to dialogue meaningfully about concerns raised — Inadequacies of consultation process flowing from limited execution of Crown's mandate — Canada unwilling to meaningfully discuss, consider flaws in Board's findings — Order in Council P.C. 2016-1069 quashed — Certificate of public convenience and necessity rendered null — Project approval remitted to Governor in Council — Applications for judicial review of Board's report dismissed; applications for judicial review of Order in Council P.C. 2016-1069 allowed.*

Cour d'appel fédérale, juges Dawson, de Montigny et Woods, J.C.A.—Vancouver, 2 au 5, 10, 12 et 13 octobre 2017; Ottawa, 30 août 2018.

*Peuples autochtones — Obligation de consulter — Contrôle judiciaire visant le rapport dans lequel l'Office national de l'énergie a recommandé que le gouverneur en conseil approuve le projet d'agrandissement du réseau pipelinier Trans Mountain, et le décret C.P. 2016-1069, par lequel le gouverneur en conseil a enjoint à l'Office de délivrer un certificat d'utilité publique pour la construction et l'exploitation du projet d'agrandissement — La défenderesse Trans Mountain Pipeline ULC (Trans Mountain) détient le réseau pipelinier actuel — L'Office a évalué le projet en vertu de l'art. 52 de la Loi sur l'Office national de l'énergie — Le gouverneur en conseil était convaincu que le processus de consultation était compatible avec l'honneur de la Couronne et que les préoccupations et intérêts des Autochtones avaient fait l'objet de mesures d'accommodement appropriées — La consultation de la Couronne a comporté quatre étapes, dont l'examen par le gouverneur en conseil après réception du rapport (étape III) — L'Office a rendu plusieurs décisions, dont une ordonnance relative à l'audience et une décision sur la détermination de la portée du projet, dans laquelle l'Office a défini le « projet désigné » et a énuméré les éléments à évaluer — La demanderesse, la Tsleil-Waututh Nation, a contesté l'ordonnance relative à l'audience et la décision relative à la portée — Plusieurs demandeurs ont fait valoir que la conclusion, dans l'arrêt Nation Gitxaala c. Canada (Gitxaala), selon laquelle le rapport de l'Office n'était pas susceptible de contrôle judiciaire, était manifestement erronée — Il s'agissait de savoir si le contrôle judiciaire du rapport de l'Office était permis — Il s'agissait aussi de savoir si le Canada a consulté adéquatement les demandeurs autochtones — Il n'y avait aucune erreur dans l'arrêt Gitxaala justifiant que l'on s'écarte de l'analyse qui y est exposée — Le projet dans la présente affaire a été évalué à juste titre au regard du régime législatif analysé dans l'arrêt Gitxaala — Le cadre de consultation était raisonnable — Le Canada n'a pas manqué à son obligation de consulter en adoptant un processus de consultation en quatre étapes — Toutefois, l'exécution par le Canada de l'étape III était lacunaire au point d'en être inacceptable et insuffisante pour respecter la norme établie — Le Canada n'était pas simplement tenu de recueillir et de comprendre les préoccupations des demandeurs autochtones — Il devait prendre part à un véritable dialogue réfléchi — Les représentants du Canada se sont contentés d'écouter et de signer les préoccupations des demandeurs autochtones et de les transmettre — Des consultations raisonnables sont subordonnées à la tenue d'un véritable dialogue — L'étape III permettait aux demandeurs autochtones d'établir un dialogue avec le Canada — Le Canada n'était pas lié par les conclusions de l'Office — Le Canada pouvait s'en remettre au processus de l'Office, mais il n'était pas tenu d'adopter d'office les conclusions et conditions recommandées par l'Office — Le Canada*

*Energy — National Energy Board report recommending that Governor in Council approve proposed expansion of Trans Mountain pipeline system, receiving direction from Governor in Council (Order in Council P.C. 2016-1069) to issue certificate of public convenience and necessity approving construction, operation of expansion project — Board assessing project pursuant to National Energy Board Act, s. 52 — Several applicants arguing, inter alia, that Gitxaala Nation v. Canada (Gitxaala) manifestly wrong in deciding that Board's report not justiciable — Board breaching requirements of procedural fairness; failing to decide certain issues, alternatives to Westridge Marine Terminal — Whether report of Board judicially reviewable — Whether Governor in Council's decision should be set aside, specifically, whether Governor in Council erring in determining that Board's report qualifying as report; whether Board's process procedurally fair — No error in Gitxaala warranting departure from its analysis — Not stated therein that only "decisions about legal or practical interests" reviewable — Project herein correctly assessed under legislative scheme analyzed in Gitxaala — Governor in Council required to consider deficiencies in report — If Governor in Council's decision is based upon materially flawed report, decision may be set aside — Governor in Council can act only if "report" before it — Materially deficient report not such a report — Board report not justiciable — Judicial review applications challenging report dismissed — Duty of fairness not breached by Board's decisions not to allow oral cross-examination, full oral hearing — Board not required to facilitate interested party's independent assessment of project — Board's approval process not contrary to legislative scheme — Approval process not impermissibly deferring determinations post-judgment — Principle of functus officio having less application to Board.*

*était tenu d'engager un véritable dialogue au sujet des préoccupations soulevées — Les lacunes du processus de consultation ont découlé de l'interprétation stricte du mandat de la Couronne — Le Canada était réticent à discuter véritablement et à envisager la possibilité de lacunes dans les conclusions de l'Office — Décret C.P. 2016-1069 annulé — Certificat d'utilité publique annulé — La question de l'approbation du projet est renvoyée au gouverneur en conseil — Demandes de contrôle judiciaire du rapport de l'Office rejetées; demandes de contrôle judiciaire du décret C.P. 2016-1069 accueillies.*

*Énergie — L'Office national de l'énergie a recommandé dans son rapport que le gouverneur en conseil approuve le projet d'agrandissement du réseau pipelinier Trans Mountain et a été enjoint par le gouverneur en conseil (décret C.P. 2016-1069) de délivrer un certificat d'utilité publique pour la construction et l'exploitation du projet d'agrandissement — L'Office a évalué le projet en vertu de l'art. 52 de la Loi sur l'Office national de l'énergie — Plusieurs demandeurs ont fait valoir notamment que la conclusion, dans l'arrêt Nation Gitxaala c. Canada (Gitxaala), selon laquelle le rapport de l'Office n'était pas susceptible de contrôle judiciaire, était manifestement erronée — L'Office a manqué à l'équité procédurale; il n'a pas tranché certaines questions et il n'a pas envisagé des solutions de rechange au terminal maritime Westridge — Il s'agissait de déterminer si le contrôle judiciaire du rapport de l'Office était permis — Il s'agissait aussi de savoir si la décision du gouverneur en conseil devait être annulée, plus particulièrement, si le gouverneur en conseil a commis une erreur lorsqu'il a conclu que le rapport de l'Office constituait un rapport en bonne et due forme; si le processus de l'Office était équitable sur le plan de la procédure — Il n'y a aucune erreur dans l'arrêt Gitxaala qui justifie que l'on s'écarte de l'analyse qui y est exposée — La Cour n'y a pas affirmé que seule une « décision sur des intérêts juridiques ou pratiques » est susceptible de contrôle judiciaire — Le projet dans la présente affaire a été évalué à juste titre au regard du régime législatif analysé dans l'arrêt Gitxaala — Il incombait au gouverneur en conseil d'examiner toute lacune dans le rapport — Si la décision du gouverneur en conseil repose sur un rapport qui comporte d'importantes lacunes, elle peut être annulée pour ce motif — Le gouverneur en conseil ne peut agir que s'il dispose d'un « rapport » — Un rapport qui comporte des lacunes importantes ne constitue pas un tel rapport — Le contrôle judiciaire du rapport de l'Office n'était pas permis — Les demandes de contrôle judiciaire contestant le rapport ont été rejetées — Les décisions de l'Office de ne pas permettre de contre-interrogatoires oraux et des audiences complètes n'ont pas violé l'obligation d'équité — L'Office n'est pas tenu de faciliter la tenue d'une évaluation indépendante du projet par une partie intéressée — Le processus d'approbation de l'Office n'était pas contraire au régime législatif — Le processus d'approbation ne reportait pas de façon inacceptable certaines conclusions à une date ultérieure au jugement — Le*

*Environment — National Energy Board report recommending that Governor in Council approve proposed expansion of Trans Mountain pipeline system, receiving direction from Governor in Council (Order in Council P.C. 2016-1069) to issue certificate of public convenience and necessity approving construction, operation of expansion project — Board conducting environmental assessment under Canadian Environmental Assessment Act, 2012 — Applicants asserting, inter alia, that Board failing to assess project-related marine shipping under Canadian Environmental Assessment Act, 2012; erring in its treatment of Species at Risk Act — Whether Board erring by concluding that Species at Risk Act, s. 79 not applying in considering effects of project-related marine shipping — Board's report adequate for purpose of informing Governor in Council about effects of project-related marine shipping on Southern resident killer whales, their use by Indigenous groups — Board erring by unjustifiably excluding project-related marine shipping from project's description — Failure to apply s. 79 also unjustified — Board's consideration of project's impact on Southern resident killer whale not complying with s. 79 obligation — Board giving no consideration in report to fact recommending approval without measures to protect Southern resident killer whale — Governor in Council lacking necessary information to make decision — Board's report not kind of "report" arming governor in Council with appropriate information.*

*Practice — Pleadings — Motion to Strike — National Energy Board report recommending that Governor in Council approve proposed expansion of Trans Mountain pipeline system, receiving direction from Governor in Council (Order in Council P.C. 2016-1069) to issue certificate of public convenience and necessity approving construction, operation of expansion project — Respondent Trans Mountain Pipeline ULC (Trans Mountain) owning existing pipeline system — Applicants commencing applications challenging Board's report — Trans Mountain seeking to strike notices of application on basis that Court in Gitxaala Nation v. Canada (Gitxaala) concluding applications for judicial review not lying against reports made pursuant to s. 52 — Applicants arguing Gitxaala wrongly decided on that point — Whether Trans Mountain's motion to strike having merit — Motion to strike dismissed — Motions to strike unnecessarily delaying expeditious determination of application — Justice better served by allowing Court to deal with all issues raised by application.*

*principe du dessaisissement s'applique dans une moindre mesure à l'Office.*

*Environnement — L'Office national de l'énergie a recommandé dans son rapport que le gouverneur en conseil approuve le projet d'agrandissement du réseau pipelinier Trans Mountain et a été enjoint par le gouverneur en conseil (décret C.P. 2016-1069) de délivrer un certificat d'utilité publique pour la construction et l'exploitation du projet d'agrandissement — L'Office a effectué une évaluation environnementale en application de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012) — Plusieurs demandeurs ont fait valoir notamment que l'Office n'a pas évalué le transport maritime associé au projet sous le régime de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012); qu'il a mal interprété la Loi sur les espèces en péril — Il s'agissait de savoir si l'Office a commis une erreur lorsqu'il a conclu que l'art. 79 de la Loi sur les espèces en péril ne s'appliquait pas à son examen des effets du transport maritime associé au projet — Le rapport de l'Office était suffisant pour informer le gouverneur en conseil des effets du transport maritime lié au projet sur les épaulards résidents du sud et l'utilisation de cette ressource par des groupes autochtones — L'Office a commis une erreur en excluant de façon injustifiable le transport maritime lié au projet de la définition de ce dernier — Le défaut d'appliquer l'art. 79 était également injustifié — L'examen par l'Office de l'incidence du projet sur l'épaulard résident du sud n'a pas satisfait à son obligation au titre de l'art. 79 — Son rapport était muet sur le fait qu'il a recommandé l'approbation du projet sans imposer des mesures pour protéger l'épaulard résident du sud — Le gouverneur en conseil ne disposait pas de l'information nécessaire pour prendre une décision — Le rapport de l'Office ne constituait pas un « rapport » qui pouvait fournir au gouverneur en conseil les renseignements dont il avait besoin.*

*Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — L'Office national de l'énergie a recommandé dans son rapport que le gouverneur en conseil approuve le projet d'agrandissement du réseau pipelinier Trans Mountain et a été enjoint par le gouverneur en conseil (décret C.P. 2016-1069) de délivrer un certificat d'utilité publique pour la construction et l'exploitation du projet d'agrandissement — La défenderesse Trans Mountain Pipeline ULC (Trans Mountain) détient le réseau pipelinier actuel — Les demandeurs ont institué des actions dans lesquelles ils ont contesté le rapport de l'Office — Trans Mountain a sollicité la radiation des avis de demande sur le fondement de l'arrêt Nation Gitxaala c. Canada (Gitxaala), dans lequel la Cour a conclu que les rapports établis conformément à l'art. 52 n'étaient pas susceptibles de contrôle judiciaire — Les demandeurs ont fait valoir que l'arrêt Gitxaala était erroné à cet égard — Il s'agissait de savoir si la requête en radiation de Trans Mountain était fondée — La requête en radiation a été rejetée — Les requêtes en radiation*

*Crown — Practice — National Energy Board report recommending that Governor in Council approve proposed expansion of Trans Mountain pipeline system, receiving direction from Governor in Council (Order in Council P.C. 2016-1069) to issue certificate of public convenience and necessity approving construction, operation of expansion project — Governor in Council complying with statutory obligation to give reasons — National Energy Board Act requiring only that Order in Council (Order) set out reasons — Not dictating form reasons should take — Here, reasons found in explanatory note accompanying Order — Unduly formalistic to set aside Order on ground reasons not found within “four square corners” of Order.*

These were consolidated applications for judicial review of the respondent National Energy Board’s (Board) report recommending that the Governor in Council approve the proposed expansion of the Trans Mountain pipeline system, and of the Governor in Council’s Order in Council P.C. 2016-1069 wherein the Governor in Council directed the Board to issue a certificate of public convenience and necessity approving the construction and operation of the expansion project.

The respondent Trans Mountain Pipeline ULC (Trans Mountain) owns and holds operating certificates issued by the Board for the existing Trans Mountain pipeline system. The proposed expansion consisted of, *inter alia*, twinning the existing pipeline system with new pipeline segments, new and modified facilities, including pump stations and tanks, and a new and expanded dock facility in Burnaby, British Columbia. The project would increase the overall capacity of Trans Mountain’s existing pipeline system from 300 000 barrels per day to 890 000 barrels per day. Trans Mountain’s application for a certificate of public convenience and necessity in December 2013 triggered the Board’s obligation to assess the project pursuant to section 52 of the *National Energy Board Act*. The Board was also required to conduct an environmental assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. The Board recommended approval of the project based on a number of findings, including that the project’s environmental protection procedures and mitigation measures would not likely cause significant adverse environmental effects, the likelihood of a spill would be very low and the project would be in the Canadian public interest. The Governor in Council was satisfied that the consultation process undertaken was consistent with the honour of the Crown and that the Aboriginal concerns and interests were appropriately accommodated. The Governor in Council also accepted the Board’s recommendation that the

*retardent inutilement la détermination rapide d’une demande — L’intérêt de la justice est mieux servi lorsque la Cour est en mesure de traiter ensemble toutes les questions soulevées dans une demande.*

*Couronne — Pratique — L’Office national de l’énergie a recommandé dans son rapport que le gouverneur en conseil approuve le projet d’agrandissement du réseau pipelinier Trans Mountain et a été enjoint par le gouverneur en conseil (décret C.P. 2016-1069) de délivrer un certificat d’utilité publique pour la construction et l’exploitation du projet d’agrandissement — Le gouverneur en conseil a respecté son obligation légale de fournir des motifs — La Loi sur l’Office national de l’énergie exige uniquement que le décret énonce les motifs de celui-ci — Elle ne dicte pas la forme que devraient revêtir les motifs — Dans la présente affaire, les motifs figuraient dans la note explicative accompagnant le décret — Il serait indûment formaliste d’annuler le décret au motif que les motifs ne se trouvaient pas « à l’intérieur même » du décret.*

Il s’agissait de demandes de contrôle judiciaire regroupées visant le rapport dans lequel l’Office national de l’énergie (Office) a recommandé que le gouverneur en conseil approuve le projet d’agrandissement du réseau pipelinier Trans Mountain, et le décret C.P. 2016-1069, par lequel le gouverneur en conseil a enjoint à l’Office de délivrer un certificat d’utilité publique pour la construction et l’exploitation du projet d’agrandissement.

La défenderesse Trans Mountain Pipeline ULC (Trans Mountain) détient les certificats d’exploitation délivrés par l’Office pour le réseau pipelinier Trans Mountain actuel. Le projet d’agrandissement consistait notamment à doubler le réseau pipelinier existant au moyen de nouveaux segments, à construire et à modifier des ouvrages, dont des stations de pompage et des citernes, et à construire et agrandir les quais à Burnaby (Colombie-Britannique). Dans le cadre du projet, la capacité globale du réseau pipelinier de Trans Mountain existant passerait de 300 000 barils à 890 000 barils par jour. Par suite de la demande de certificat d’utilité publique présentée par Trans Mountain en décembre 2013, l’Office était tenu, en vertu de l’article 52 de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*, d’évaluer le projet. L’Office devait aussi effectuer une évaluation environnementale en application de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*. L’Office a recommandé l’approbation du projet sur le fondement de plusieurs conclusions, notamment que les mesures d’atténuation et de protection de l’environnement prévues n’étaient pas susceptibles d’entraîner des effets environnementaux négatifs et importants, qu’un déversement était peu probable et que le projet serait dans l’intérêt public canadien. Le gouverneur en conseil s’est dit convaincu que le processus de consultation était compatible avec l’honneur de la Couronne et que les préoccupations et intérêts des Autochtones avaient fait l’objet de



project was required by present and future public convenience and necessity and that it would not likely cause significant adverse environmental effects.

There were four phases of Crown consultation: early engagement (Phase I), the Board hearing (Phase II), consideration by the Governor in Council once in receipt of the Board's report (Phase III), and regulatory authorization (Phase IV). In April 2014, the Board issued a number of decisions setting the parameters of the project's environmental assessment and establishing the hearing process for the project, including a hearing order which set out timelines and a process for the hearing, and a "scoping" decision wherein the Board defined the "designated project" to be assessed. The applicant Tsleil-Waututh Nation challenged both the hearing order and the scoping decision, asserting, *inter alia*, that the Board erred in law by failing to include marine shipping activities in the project description.

A number of the applicants commenced applications challenging the report of the Board. Trans Mountain sought orders striking the notices of application that challenged the Board's report on the basis that in *Gitxaala Nation v. Canada (Gitxaala)*, the Court concluded that applications for judicial review do not lie against reports made pursuant to section 52 of the *National Energy Board Act* recommending whether a certificate of public convenience and necessity should issue for all or any portion of a pipeline. Several applicants argued that *Gitxaala* was wrongly decided on that point and that the applications should not be struck on a preliminary basis. They further argued that the Court in *Gitxaala* determined that the decision of the Governor in Council cannot be considered in isolation from the Board's report; it is for the Governor in Council to determine whether the process followed by the Board in assembling, analyzing, assessing, and studying the evidence before it was so deficient that its report does not qualify as a "report" within the meaning of the *National Energy Board Act*. Those same applicants argued that *Gitxaala* was manifestly wrong in deciding that the Board's report was not justiciable, and that *Gitxaala* is distinguishable because it dealt with section 38 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, a provision that had no application to the process at issue here.

The applicants asserted that the Board breached the requirements of procedural fairness; failed to decide certain issues before it recommended approval of the project; failed to consider alternatives to the Westridge Marine Terminal; failed to

mesures d'accommodement appropriées. Le gouverneur en conseil a aussi accepté la recommandation de l'Office selon laquelle le projet présentait un caractère d'utilité publique, tant pour le présent que pour le futur, et qu'il n'était pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants.

La consultation de la Couronne a comporté quatre étapes : la participation initiale (étape I), les audiences de l'Office (étape II), l'examen par le gouverneur en conseil après réception du rapport de l'Office (étape III), et les autorisations réglementaires (étape IV). En avril 2014, l'Office a rendu plusieurs décisions établissant les paramètres de l'évaluation environnementale du projet et la tenue de l'audience relative au projet, dont une ordonnance relative à l'audience qui établissait le calendrier et la procédure applicable, et une décision sur la détermination de la portée du projet, dans laquelle l'Office a défini le « projet désigné » et a énuméré les éléments à évaluer. La demanderesse, la Tsleil-Waututh Nation, a contesté l'ordonnance relative à l'audience et la décision relative à la portée, affirmant notamment que l'Office avait omis de mentionner les activités de transport maritime dans la description du projet et avait ainsi commis une erreur de droit.

Plusieurs demandeurs ont attaqué le rapport de l'Office. Trans Mountain a sollicité la radiation des avis de demande qui attaquaient le rapport de l'Office sur le fondement de l'arrêt *Nation Gitxaala c. Canada (Gitxaala)*, dans lequel la Cour a conclu que les rapports établis conformément à l'article 52 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, qui présentaient une recommandation quant à l'opportunité d'un certificat d'utilité publique relatif à tout ou partie d'un pipeline, n'étaient pas susceptibles de contrôle judiciaire. Plusieurs demandeurs ont fait valoir que l'arrêt *Gitxaala* était erroné à cet égard et que les demandes ne devraient pas être radiées à une étape préliminaire. Ils ont fait valoir en outre que la Cour dans l'arrêt *Gitxaala* a conclu que l'on ne saurait faire abstraction du rapport de l'Office dans l'examen de la décision du gouverneur en conseil, et qu'il appartenait au gouverneur en conseil de décider si le processus suivi par l'Office pour regrouper, analyser, évaluer et étudier la preuve dont il était saisi était lacunaire au point que son rapport ne constituait pas un « rapport » pour l'application de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*. Les mêmes demandeurs ont fait valoir que la conclusion, dans l'arrêt *Gitxaala*, selon laquelle le rapport de l'Office n'était pas susceptible de contrôle judiciaire, était manifestement erronée, et qu'on pouvait faire une distinction d'avec l'affaire *Gitxaala* parce qu'elle portait sur l'article 38 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, disposition qui ne s'appliquait pas au processus en cause en l'espèce.

Les demandeurs ont prétendu que l'Office a manqué à l'équité procédurale; qu'il n'a pas tranché certaines questions avant de recommander l'approbation du projet; qu'il n'a pas envisagé des solutions de rechange au terminal maritime

assess project-related marine shipping under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*; and erred in its treatment of the *Species at Risk Act*. The effect of each of these errors was said to render the Board's report materially deficient such that it was not a "report" that the Governor in Council could rely upon.

The main issues were whether Trans Mountain's motion to strike had merit, whether the report of the Board could be judicially reviewed, and whether the decision of the Governor in Council should be set aside on administrative law grounds. This last issue required the Court to consider whether, *inter alia*, the Governor in Council erred in determining that the Board's report qualified as a report so as to be a proper condition precedent to the Governor in Council's decision; whether the Board's process was procedurally fair; whether the Board erred by concluding that section 79 of the *Species at Risk Act* did not apply to its consideration of the effects of project-related marine shipping; and whether the decision of the Governor in Council should be set aside on the ground that Canada failed to consult adequately with the Indigenous applicants.

*Held*, the applications for judicial review of the Board's report should be dismissed, the applications for judicial review of the Order in Council P.C. 2016-1069 should be allowed.

Trans Mountain's motion to strike the applications was dismissed. Motions to strike applications for judicial review are to be resorted to sparingly. Judicial review proceedings are designed to proceed with celerity; motions to strike carry the potential to unduly and unnecessarily delay the expeditious determination of an application. Therefore justice is better served by allowing the Court to deal at one time with all of the issues raised by an application. This rationale was particularly applicable in the present case.

The report of the Board could not be judicially reviewed. There was no error in the *Gitxaala* decision that merited departing from its analysis. When the Court's analysis in *Gitxaala* is read in its entirety, it is not stated therein that only "decisions about legal or practical interests" are reviewable and no such error was made. In *Gitxaala*, the Court found that the only action to carry legal consequences was the decision of the Governor in Council: the environmental assessment conducted under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* did not affect legal rights or carry legal consequences. Instead, the assessment played "no role other than assisting in the development of recommendations submitted to the Governor in Council". The same could be said of the balance of the report prepared pursuant to the requirements of

Westridge; qu'il n'a pas évalué le transport maritime associé au projet sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*; et qu'il a mal interprété la *Loi sur les espèces en péril*. On a fait valoir que chacune de ces erreurs a vicié substantiellement le rapport de l'Office de sorte qu'il ne constituait pas un « rapport » pour les besoins du gouverneur en conseil.

Il s'agissait principalement de déterminer si la requête en radiation de Trans Mountain était fondée, si le contrôle judiciaire du rapport de l'Office était permis, et si la décision du gouverneur en conseil devait être annulée pour des motifs de droit administratif. Pour répondre à cette dernière question, la Cour a dû déterminer notamment si le gouverneur en conseil a commis une erreur lorsqu'il a conclu que le rapport de l'Office constituait un rapport en bonne et due forme, condition préalable à la décision du gouverneur en conseil; si le processus de l'Office était équitable sur le plan de la procédure; si l'Office a commis une erreur lorsqu'il a conclu que l'article 79 de la *Loi sur les espèces en péril* ne s'appliquait pas à son examen des effets du transport maritime associé au projet; et si la décision du gouverneur en conseil devait être annulée au motif que le Canada a omis de consulter adéquatement les demandeurs autochtones.

*Arrêt* : Les demandes de contrôle judiciaire du rapport de l'Office doivent être rejetées, les demandes de contrôle judiciaire du décret C.P. 2016-1069 doivent être accueillies.

La requête par laquelle Trans Mountain a sollicité la radiation des demandes a été rejetée. On doit recourir avec parcimonie aux requêtes en radiation des demandes de contrôle judiciaire. Les contrôles judiciaires sont conçus pour être tranchés rapidement; une requête en radiation pourrait retarder indûment et inutilement la détermination rapide d'une demande. Par conséquent, l'intérêt de la justice est mieux servi lorsque la Cour est en mesure de traiter ensemble toutes les questions soulevées dans une demande. Ce raisonnement s'appliquait tout particulièrement en l'espèce.

Il ne pouvait y avoir de contrôle judiciaire du rapport de l'Office. Il n'y avait aucune erreur dans l'arrêt *Gitxaala* qui était susceptible de justifier que l'on s'écarte de l'analyse qui y est exposée. À la lumière de l'analyse entière de l'arrêt *Gitxaala*, on a constaté que la Cour n'a pas affirmé que seule une « décision sur des intérêts juridiques ou pratiques » est susceptible de contrôle judiciaire et qu'elle n'a pas commis l'erreur reprochée. Dans l'arrêt *Gitxaala*, la Cour a conclu que le seul acte qui entraîne des conséquences juridiques était la décision du gouverneur en conseil : l'évaluation environnementale effectuée sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* n'a pas eu d'incidence sur des intérêts juridiques et n'entraînait pas de conséquences juridiques. Au contraire, l'évaluation n'a joué « aucun rôle si



the *National Energy Board Act*. Sections 29 through 31 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* did not apply to the Northern Gateway project, and ought not to have been referenced by the Court in *Gitxaala* in its analysis of the legislative scheme. These provisions, without doubt, applied to the project at issue in these proceedings. Therefore, the project was to be assessed under the legislative scheme analyzed in *Gitxaala*. It followed that *Gitxaala* could not be meaningfully distinguished. The analysis in *Gitxaala* was based upon a proper understanding of the legislative scheme, notwithstanding the Court's reference to sections 29 and 31 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* instead of the applicable provisions. The error was in no way material to the Court's analysis of the respective roles of the Joint Review Panel, which prepared the report to the Governor in Council, and the Governor in Council, which received the panel's recommendations and made the decisions required under the legislative scheme. The Governor in Council is required to consider any deficiency in the report submitted to it. If the decision of the Governor in Council is based upon a materially flawed report, the decision may be set aside on that basis. The Governor in Council can act only if it has a "report" before it. A materially deficient report, such as one that falls short of legislative standards, is not such a report. The report of the National Energy Board was not justiciable.

The Board did not breach any duty of procedural fairness. The content of the duty of fairness owed by the Board to the parties was significant. The parties were entitled to a meaningful opportunity to present their cases fully and fairly, including the right to effectively challenge evidence that contradicted that case. The contextual factors enumerated in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (Baker)* were applied to determine whether the absence of oral cross-examination was inconsistent with the participatory rights required by the duty of fairness. The nature of the Board's decision is different from a judicial decision and points in favour of more relaxed requirements under the duty of fairness. There was no basis for a legitimate expectation that oral cross-examination would be permitted. Such an expectation would be contrary to the Board's right to determine that an application be reviewed wholly in writing. The Board's choice of procedure, while not determinative, must be given some respect, particularly where the legislation gives the Board broad leeway to choose its own procedure, and the Board has experience in deciding appropriate hearing procedures. Overall, while the importance of the decision and the lack of a statutory appeal pointed to stricter requirements under the duty of fairness, the other factors pointed to more relaxed requirements. Balancing these factors, the duty

ce n'est que faciliter l'élaboration des recommandations soumises au gouverneur en conseil ». On pourrait en dire autant du reste du rapport préparé sous le régime de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*. Les articles 29 à 31 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* ne s'appliquaient pas au projet Northern Gateway et, dans l'arrêt *Gitxaala*, la Cour ne devait pas y renvoyer dans son analyse du régime législatif. Il ne fait aucun doute que ces dispositions s'appliquaient au projet en cause dans l'instance. Par conséquent, le projet devait être évalué au regard du régime législatif analysé dans l'arrêt *Gitxaala*. Il s'ensuivait qu'on ne pouvait établir de distinction utile avec cette affaire. L'analyse dans l'arrêt *Gitxaala* reposait sur une bonne compréhension du régime législatif, même si la Cour a renvoyé aux articles 29 et 31 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* plutôt qu'aux dispositions applicables. L'erreur n'était aucunement importante pour l'analyse de la Cour quant aux rôles respectifs de la commission d'examen conjoint, qui a établi le rapport et l'a remis au gouverneur en conseil, et du gouverneur en conseil, qui a reçu les recommandations de la commission et a pris les décisions qu'exige le régime législatif. Il incombe au gouverneur en conseil d'examiner toute lacune dans le rapport qui lui est présenté. Si la décision du gouverneur en conseil repose sur un rapport qui comporte d'importantes lacunes, elle peut être annulée pour ce motif. Le gouverneur en conseil ne peut agir que s'il dispose d'un « rapport ». Un rapport qui comporte des lacunes importantes, par exemple s'il ne répond pas aux normes législatives, ne constitue pas un tel rapport. Le rapport de l'Office national de l'énergie n'était pas susceptible de contrôle.

L'Office n'a manqué d'aucune façon que ce soit à son obligation d'équité procédurale. L'obligation d'équité que l'Office avait à l'endroit des parties était substantielle. Les parties avaient droit à une véritable occasion de présenter leur point de vue complètement et équitablement, incluant l'opportunité de contester la preuve qui contredisait leur thèse. Les facteurs contextuels énumérés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (Baker)* pour décider si l'absence de contre-interrogatoire contrevenait aux droits de participation qu'assure l'obligation d'équité procédurale ont été appliqués. La décision de l'Office n'est pas de la même nature qu'une décision judiciaire et milite en faveur d'exigences assouplies au titre de l'obligation d'équité procédurale. Il n'y avait rien qui puisse fonder une attente légitime à un contre-interrogatoire oral. Une telle attente serait contraire au droit de l'Office de décider qu'une demande soit entièrement examinée sur dossier. Le choix de procédure de l'Office n'est pas déterminant, mais il appelle un certain respect, surtout lorsque la loi confère à ce dernier une grande latitude quant au choix de sa propre procédure, et qu'il a de l'expérience pour déterminer la procédure qui convient pour l'audience. Dans l'ensemble, bien que l'importance de la décision et l'absence de droit d'appel prévu dans la loi aient milité en faveur d'exigences plus strictes

of fairness was significant. Nevertheless, the duty of fairness was not breached by the Board's decisions not to allow oral cross-examination and not to allow a full oral hearing. The applicant City of Burnaby's desire to be able to independently review and assess the validity of the assessment of alternatives to the expansion of the Westridge Marine Terminal, was inconsistent with the regulatory scheme enacted by Parliament. The Board is not required to facilitate an interested party's independent review and assessment of a project. The Board's expertise extends to the full range of risks inherent in the operation of a pipeline, including the risks raised by the City of Burnaby. The Board's reasons adequately allowed the Court to understand why the Board rejected the City of Burnaby's evidence and why it imposed the conditions it did. The Board's approval process was not shown to be contrary to the legislative scheme. Nor was it demonstrated that the approval process impermissibly deferred determinations post-judgment. Courts cannot determine issues after a final judgment is rendered because of the principle of *functus officio*. While this principle has some application to administrative decision makers it has less application to the Board whose mandate is ongoing to regulate through a project's entire lifecycle.

Given the Board's approach to the assessment of project-related marine shipping and its findings, the Board's report was adequate for the purpose of informing the Governor in Council about the effects of project-related marine shipping on the Southern resident killer whales and their use by Indigenous groups. The Order in Council and its accompanying Explanatory Note demonstrated that the Governor in Council was fully aware of the manner in which the Board assessed project-related marine shipping under the *National Energy Board Act*.

The Board acknowledged its obligations under section 79 of the *Species at Risk Act* in the course of its environmental assessment. However, the Board unjustifiably excluded project-related marine shipping from the project's description. It follows that the failure to apply section 79 to its consideration of the effects of project-related marine shipping on the Southern resident killer whale was also unjustified. The Board's consideration of the project's impact on the Southern resident killer whale did not substantially comply with its obligation under section 79. The Board was obliged to consider the consequences at law of its inability to "ensure" that measures were taken to ameliorate the project's impact on the Southern resident killer whale. However, the Board gave no consideration in its report to the fact that it recommended approval of the project without any measures being imposed to avoid or lessen the

au titre de l'obligation d'équité, les autres facteurs supposaient des exigences assouplies. Après une mise en balance de ces facteurs, l'obligation d'équité était importante. Toutefois, les décisions de l'Office de ne pas permettre de contre-interrogatoires oraux et des audiences complètes n'ont pas violé cette obligation. Le désir de la demanderesse, Burnaby, d'être autorisée à examiner et à évaluer de façon indépendante la validité de l'évaluation des solutions de rechange à l'agrandissement du terminal maritime Westridge ne cadrerait pas avec le régime réglementaire adopté par le législateur. L'Office n'est pas tenu de faciliter la tenue d'un examen et d'une évaluation indépendants du projet par une partie intéressée. L'expertise de l'Office s'étend à la panoplie complète de risques inhérents à l'exploitation d'un pipeline, y compris ceux soulevés par Burnaby. Les motifs de l'Office permettaient suffisamment à la Cour de comprendre pourquoi l'Office a rejeté la preuve présentée par Burnaby et imposé de telles conditions. L'on n'a pas démontré que le processus d'approbation de l'Office était contraire au régime législatif ni qu'il reportait de façon inacceptable certaines conclusions à une date ultérieure au jugement. Les cours de justice ne peuvent pas trancher des questions après le prononcé d'un jugement définitif en raison du principe du dessaisissement. Ce principe s'applique dans une certaine mesure aux décideurs administratifs, mais il s'applique dans une moindre mesure à l'Office, dont le mandat permanent est de réglementer les projets tout au long de leur cycle de vie.

Étant donné la méthode que l'Office a retenue pour faire son évaluation du transport maritime associé au projet et ses conclusions, le rapport de l'Office était suffisant pour informer le gouverneur en conseil des effets du transport maritime lié au projet sur les épaulards résidents du sud et l'utilisation de cette ressource par des groupes autochtones. Le décret et la note explicative qui y était jointe ont démontré que le gouverneur en conseil était pleinement conscient de la façon dont l'Office a évalué le transport maritime lié au projet sous le régime de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*.

L'Office a reconnu ses obligations sous le régime de l'article 79 de la *Loi sur les espèces en péril* dans son évaluation environnementale. Toutefois, il a exclu de façon injustifiable le transport maritime connexe au projet de la description du projet. Il s'en est suivi que le défaut d'appliquer l'article 79 à son examen des effets de ce transport sur les épaulards résidents du sud était également injustifié. L'examen par l'Office de l'incidence du projet sur l'épaulard résident du sud n'a pas satisfait essentiellement à son obligation au titre de l'article 79. L'Office était obligé d'envisager les conséquences juridiques de son incapacité à « veiller » à ce que des mesures soient prises pour améliorer les incidences du projet sur l'épaulard résident du sud. Or, son rapport est muet sur le fait qu'il a recommandé l'approbation du projet sans imposer des mesures pour éviter ou amoindrir les effets nocifs importants du projet

project's significant adverse effects upon the Southern resident killer whale. In order to substantially comply with section 79, the Governor in Council required the Board's exposition of all technically and economically feasible measures that were available. Without this information the Governor in Council lacked the necessary information to make the decision required of it. The Board erred by unjustifiably excluding project-related marine shipping from the project's definition. It was this exclusion that permitted the Board to conclude that section 79 of the *Species at Risk Act* did not apply to its consideration of the effects of project-related marine shipping. This resulted in successive deficiencies such that the Board's report was not the kind of "report" that would arm the Governor in Council with the information and assessments it required to make its public interest determination and its decision about environmental effects and their justification.

The Governor in Council complied with its statutory obligation to give reasons. Subsection 54(2) of the *National Energy Board Act* does not dictate the form the Governor in Council's reasons should take, requiring only that the "order must set out the reasons". Orders in Council are not well-suited to the provision of lengthy reasons. In the present case, the two-page Order in Council was accompanied by a 20-page explanatory note. Given this joint publication, it would be unduly formalistic to set aside the Order in Council on the ground that the reasons found in the attached explanatory note were placed in an attachment to the order, and not within the "four square corners" of the order.

The consultation framework selected by Canada was reasonable. The duty to consult is grounded in the honour of the Crown and the protection provided for "existing aboriginal and treaty rights" in subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Canada did not act in breach of the duty to consult by selecting the four-phase consultation process it adopted. The Board's process was adequate for fulfilling its consultation obligations. The consultation process for this project was generally well-organized. However, Canada's execution of Phase III of the consultation process was unacceptably flawed and fell short of the standard prescribed by the case law of the Supreme Court. As such, the consultation process fell short of the required mark for reasonable consultation. Canada was required to do more than receive and understand the concerns of the Indigenous applicants. Canada was required to engage in a considered, meaningful two-way dialogue. Canada's ability to do so was constrained by the manner in which its representatives on the Crown consultation team implemented their mandate. For the most part, Canada's representatives limited their mandate to listening to and recording the concerns of the Indigenous applicants and then transmitting those concerns to the decision makers. The record does not disclose responsive, considered and meaningful dialogue coming back from Canada

sur l'épaulard résident du sud. Afin de se conformer pour l'essentiel aux exigences de l'article 79, le gouverneur en conseil nécessitait de se voir communiquer par l'Office toutes les mesures réalisables, sur les plans technique et économique, qui existaient. Sans ces renseignements, le gouverneur en conseil ne disposait pas de l'information nécessaire pour prendre la décision qu'il était tenu de prendre. L'Office a exclu de façon injustifiable le transport maritime lié au projet de la définition de ce dernier. C'est cette exclusion qui a permis à l'Office de conclure que l'article 79 de la *Loi sur les espèces en péril* ne s'appliquait pas à son examen des effets du transport maritime associé au projet. Cela a entraîné une série de vices, de sorte que le rapport de l'Office ne constituait pas un « rapport » qui pouvait fournir au gouverneur en conseil les renseignements et les évaluations dont il avait besoin pour déterminer l'intérêt public et prendre une décision sur les effets environnementaux et leur justification.

Le gouverneur en conseil a respecté son obligation légale de fournir des motifs. Le paragraphe 54(2) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* ne dicte pas la forme que devrait revêtir les motifs du gouverneur en conseil. Il exige uniquement que le gouverneur en conseil « énonce, dans le décret, les motifs de celui-ci ». Les décrets ne permettent pas aisément la présentation de longs motifs. En l'espèce, le décret de deux pages était accompagné d'une note explicative de 20 pages. Vu cette publication conjointe, il serait indûment formaliste d'annuler le décret au motif que les motifs figurant dans la note explicative se trouvaient dans une pièce jointe au décret et non « à l'intérieur même » du décret.

Le cadre de consultation choisi par le Canada était raisonnable. L'obligation de consulter découle du principe de l'honneur de la Couronne et de la protection des « droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones » prévue au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le Canada n'a pas manqué à son obligation de consulter en adoptant le processus de consultation en quatre étapes visé en l'espèce. Le processus suivi par l'Office permettait de satisfaire à ses obligations en matière de consultations. Le processus de consultation mis en place pour ce projet était généralement bien organisé. Toutefois, l'exécution par le Canada de l'étape III du processus de consultation était lacunaire au point d'en être inacceptable et insuffisante pour respecter la norme issue de la jurisprudence de la Cour suprême. Ainsi, le processus de consultation n'a pas permis de donner lieu à des consultations raisonnables. Le Canada n'était pas simplement tenu de recueillir et de comprendre les préoccupations des demandeurs autochtones; il devait prendre part à un véritable dialogue réfléchi. Il en a été empêché par la manière dont ses représentants, au sein de l'équipe des consultations avec la Couronne, ont exécuté leur mandat. Pour l'essentiel, ses représentants se sont contentés d'écouter et de consigner les préoccupations des demandeurs autochtones

in response to the concerns expressed by the Indigenous applicants. Meaningful dialogue is a prerequisite for reasonable consultation. Phase III was a critically important part of the consultation framework for a number of reasons, including that it was the first opportunity for the Indigenous applicants to dialogue directly with Canada about matters of substance, not process. A review of the correspondence exchanged in Phase III did not disclose sufficient meaningful response to, or dialogue about, the various concerns raised by the Indigenous applicants. Canada was obliged to do more than passively hear and receive the real concerns of the Indigenous applicants. Canada's position that it was confined to the Board's findings was wrong. Canada can rely on the Board's process to fulfil, in whole or in part, the Crown's duty to consult. However, reliance on the Board's process does not allow Canada to rely unwaveringly upon the Board's findings and recommended conditions. When real concerns were raised about the hearing process or the Board's findings and recommended conditions, Canada was required to dialogue meaningfully about those concerns. When considering whether Canada has fulfilled its duty to consult, the Governor in Council necessarily has the power to impose conditions on any certificate of public convenience and necessity it directs the Board to issue. The consequence of Canada's erroneous position that the Governor in Council lacked the ability to impose additional conditions on Trans Mountain seriously and inexplicably limited Canada's ability to consult meaningfully on accommodation measures. In conclusion, the inadequacies of the consultation process flowed from the limited execution of the mandate of the Crown consultation team. Missing was someone representing Canada who could engage interactively. Canada was also unwilling to meaningfully discuss and consider possible flaws in the Board's findings and recommendations and its erroneous view that it could not supplement or impose additional conditions on Trans Mountain. Canada is not to be held to a standard of perfection in fulfilling its duty to consult. However, the flaws thwarted meaningful, two-way dialogue. The result was an unreasonable consultation process that fell well short of the required mark.

Order in Council P.C. 2016-1069 was therefore quashed, rendering the certificate of public convenience and necessity approving the construction and operation of the project a nullity. The issue of project approval was remitted to the Governor in Council for prompt redetermination. In that redetermination, the Governor in Council must refer the Board's recommendations and its terms and conditions back to the Board, or its successor, for reconsideration. Specifically, the Board ought to reconsider on a principled basis whether project-related shipping is incidental to the project, the application of section 79

et de les transmettre aux décideurs. Le dossier ne révèle pas de véritable dialogue réfléchi en réponse aux préoccupations exprimées par les groupes autochtones. Des consultations raisonnables sont subordonnées à la tenue d'un véritable dialogue. L'étape III constituait une partie cruciale du cadre des consultations pour plusieurs raisons, à savoir notamment qu'elle présentait la première occasion pour les demandeurs autochtones d'établir un dialogue direct avec le Canada sur le fond, et non sur le processus. Un examen de la correspondance échangée lors de l'étape III ne révèle pas de véritable réponse suffisante aux préoccupations soulevées par les demandeurs autochtones ou de dialogue à ce sujet. L'obligation du Canada ne se résumait pas à écouter passivement les réelles préoccupations des demandeurs autochtones. Le Canada avait tort de se croire lié par les conclusions de l'Office. Le Canada peut s'en remettre au processus de l'Office pour s'acquitter en partie ou intégralement de l'obligation de consulter de la Couronne. Toutefois, le Canada n'est pas tenu d'adopter d'office les conclusions et conditions recommandées par l'Office. Si de réelles préoccupations ont été soulevées au sujet du processus d'audience ou des conclusions de l'Office et des conditions qu'il a recommandées, le Canada était tenu d'engager un véritable dialogue à ce sujet. Pour décider si le Canada s'est acquitté de son obligation de consulter, le gouverneur en conseil est nécessairement habilité à assortir de conditions le certificat d'utilité publique qu'il ordonne à l'Office de délivrer. La croyance erronée du Canada, selon laquelle le gouverneur en conseil n'était pas habilité à imposer d'autres conditions à Trans Mountain, a limité de manière grave et inexplicable la faculté pour le Canada de procéder à de véritables consultations sur les mesures d'accommodement. En conclusion, les lacunes du processus de consultation ont découlé de l'interprétation stricte de son mandat par l'équipe des consultations avec la Couronne. Il manquait la présence d'un représentant du Canada habilité à établir un dialogue. Le Canada était aussi réticent à envisager la possibilité de lacunes dans les conclusions et les recommandations de l'Office et à en discuter ainsi que de son avis erroné suivant lequel il n'était pas habilité à imposer d'autres conditions à Trans Mountain. Le Canada ne doit pas être tenu à une norme de perfection pour s'acquitter de son obligation de consulter. Or, les lacunes ont nui à la tenue d'un véritable dialogue. Il en a résulté un processus de consultation déraisonnable et nettement insuffisant.

Il s'ensuit que le décret C.P. 2016-1069 a été annulé, et le certificat d'utilité publique approuvant la construction et l'exploitation du projet a été par le fait même annulé. La question de l'approbation du projet a été renvoyée au gouverneur en conseil pour qu'il prenne rapidement une nouvelle décision. Dans cette nouvelle décision, le gouverneur en conseil doit renvoyer à l'Office ou à son successeur les recommandations et conditions de celui-ci pour nouvel examen. Plus particulièrement, l'Office doit réexaminer, à la lumière des principes, les questions de savoir si le transport maritime associé au projet



of the *Species at Risk Act* to project-related shipping, the Board's environmental assessment of the project in the light of the project's definition, the Board's recommendation under subsection 29(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and any other matter the Governor in Council should consider appropriate. Further, Canada must re-do its Phase III consultation. Only after that consultation is completed and any accommodation made can the project be put before the Governor in Council for approval.

était accessoire au projet, l'application de l'article 79 de la *Loi sur les espèces en péril* au transport maritime associé au projet, l'évaluation environnementale du projet par l'Office à la lumière de la définition du projet, la recommandation faite par l'Office sous le régime du paragraphe 29(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, et toute autre question que le gouverneur en conseil estime indiquée. En outre, le Canada est tenu de recommencer les consultations de l'étape III. Le projet ne pourra être présenté au gouverneur en conseil qu'une fois les consultations terminées et les mesures d'accommodement prises.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canada Shipping Act, 2001*, S.C. 2001, c. 26.  
*Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37, ss. 37(1),(1.1).  
*Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19, s. 52, ss. 2 “designated project”, 4(1), 5(1), 15(b), 19, 29, 30, 31, 38, 40, 52, 126(1).  
*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1(1), 28.  
*Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14.  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 2 “band”.  
*Jobs, Growth and Long-Term Prosperity Act*, S.C. 2012, c. 19, s. 104.  
*National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, ss. 8, 21, 22(1), 30(1), 36(1), 52, 53, 54, 55.  
*National Energy Board Rules of Practice and Procedure, 1995*, SOR/95-208.  
 Order in Council P.C. 2016-1069.  
*Regulations Designating Physical Activities*, SOR/2012-147, s. 4(3), Sch., s. 46.  
*Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29, ss. 6, 77, 79, Sch. I.  
*Water Sustainability Act*, S.B.C. 2014, c. 15.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Gitxaala Nation v. Canada*, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2017 SCC 41, [2017] 1 S.C.R. 1099; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Décret C.P. 2016-1069.  
*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37, art. 37(1),(1.1).  
*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, ch. 19, art. 52, art. 2 « projet désigné », 4(1), 5(1), 15b), 19, 29, 30, 31, 38, 40, 52, 126(1).  
*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 de 2001 sur la marine marchande*, L.C. 2001, ch. 26.  
*Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*, L.C. 2012, ch. 19, art. 104.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(1), 28.  
*Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29, art. 6, 77, 79, ann. I.  
*Loi sur les indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2 « bande ». *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14.  
*Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 8, 21, 22(1), 30(1), 36(1), 52, 53, 54, 55.  
*Règlement désignant les activités concrètes*, DORS/2012-147, art. 4(3), ann., art. 46.  
*Règles de pratique et de procédure de l'Office national de l'énergie (1995)*, DORS/95-208.  
*Water Sustainability Act*, S.B.C. 2014, ch. 15.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Nation Gitxaala c. Canada*, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, 2017 CSC 41, [2017] 1 R.C.S. 1099; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du*

(*Treasury Board*), 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069.

## CONSIDERED:

National Energy Board – Ruling No. 14, *Notices of motion from Ms. Robyn Allan and Ms. Elizabeth May to include cross-examination of witnesses – Trans Mountain Project*, 7 May 2014; National Energy Board – Ruling No. 51, *Request to establish new deadline for additional information requests to Trans Mountain for intervenors receiving late participant funding decisions*, 30 January 2015; *Forestethics Advocacy v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 71, 390 D.L.R. (4th) 376; *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605; *Democracy Watch v. Conflict of Interest and Ethics Commissioner*, 2009 FCA 15, 387 N.R. 365; *Council of the Innu of Ekuanitshit v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 189, 376 D.L.R. (4th) 348; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Canada (Attorney General) v. Igloo Vikski Inc.*, 2016 SCC 38, [2016] 2 S.C.R. 80; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83, 417 D.L.R. (4th) 239; *Bergeron v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 160, 474 N.R. 366; *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75; National Energy Board – Ruling No. 33, *Motions to compel full and adequate responses to the first round of intervenor information requests*, 26 September 2014; National Energy Board – Ruling No. 63, *Motions to compel full and adequate responses to the second round of intervenor information requests (IRs)*, 27 April 2015; National Energy Board – Ruling No. 96, *Notices of motion regarding Trans Mountain's reply evidence*, 8 October 2015; *Emera Brunswick Pipeline Company Ltd. (Re)*, 2008 LNCNEB 10 (QL).

## REFERRED TO:

*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (National Energy Board)*, 2016 FCA 219, 2 C.E.L.R. (4th) 169; *Odynsky v. League for Human Rights of B'Nai Brith Canada*, 2009 FCA 82, 387 N.R. 376; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (1994), 176 N.R. 48 (C.A.); *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149; *Alberta Wilderness Assn. v. Cardinal River Coals Ltd.*,

*Trésor*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

Office national de l'énergie – Décision n° 14, *Avis de requête de Mme Robyn Allan et Elizabeth May visant l'inclusion d'un contre-interrogatoire des témoins*, le 7 mai 2014; Office national de l'énergie – Décision n° 51, *Demandes visant l'établissement d'une nouvelle échéance pour les demandes de renseignements (DR) supplémentaires à adresser à Trans Mountain par des intervenants ayant reçu une décision tardive sur l'aide financière aux participants*, le 30 janvier 2015; *Forestethics Advocacy c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 71; *Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2011 CAF 347, [2013] 3 R.C.F. 605; *Démocratie en surveillance c. Commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique*, 2009 CAF 15; *Conseil des Innus de Ekuanitshit c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 189; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Canada (Procureur général) c. Igloo Vikski Inc.*, 2016 CSC 38, [2016] 2 R.C.S. 80; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83, [2018] A.C.S. n° 4 (QL); *Bergeron c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 160; *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l'énergie)*, 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75; Office national de l'énergie – Décision n° 33, *Requêtes visant l'obligation de fournir une réponse complète et adéquate à la première série de demandes de renseignements (DR)*, le 26 septembre 2014; Office national de l'énergie – Décision n° 63, *au sujet des requêtes pour l'obtention de réponses complètes et satisfaisantes à la deuxième série de demandes de renseignements (DR) des intervenants*, le 27 avril 2015; Office national de l'énergie – Décision n° 96, *Avis de requête au sujet de la contre-preuve de Trans Mountain*, 8 octobre 2015; *Emera Brunswick Pipeline Company Ltd. (Re)*, 2008 LNCONE 10 (QL).

## DÉCISIONS CITÉES :

*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, 1996 CanLII 216; *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Office national de l'énergie)*, 2016 CAF 219; *Odynsky c. Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada*, 2009 CAF 82; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588, 1994 CanLII 3529 (C.A.); *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370; *Alberta Wilderness Assn. c. Cardinal River Coals Ltd.*, [1999] 3 C.F. 425, 1999 CanLII 7908 (1<sup>re</sup> inst.); *Friends of the West Country*



[1999] 3 F.C. 425 (1999), 15 Admin. L.R. (3d) 25 (T.D.); *Friends of the West Country Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [2000] 2 F.C. 263 (1999), 169 F.T.R. 298 (C.A.); *Pembina Institute for Appropriate Development v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 302, 80 Admin. L.R. (4th) 74; *Grand Riverkeeper, Labrador Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 1520, 422 F.T.R. 299; *Greenpeace Canada v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 463, 455 F.T.R. 1, revd on appeal, 2015 FCA 186, 475 N.R. 247; *Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344; *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203; *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, (1996), 137 D.L.R. (4th) 648; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, (1996), 133 D.L.R. (4th) 658; *Unicity Taxi Ltd. v. Manitoba Taxicab Board* (1992), 80 Man. R. (2d) 241, [1992] 6 W.W.R. 35 (Q.B.), affd (1992), 83 Man. R. (2d) 305, [1992] M.J. No. 608 (QL) (C.A.); *Canadian Parks and Wilderness Society v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2003 FCA 197, [2003] 4 F.C. 672; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Cold Lake First Nations v. Alberta (Tourism, Parks and Recreation)*, 2013 ABCA 443 (CanLII), 566 A.R. 259.

*Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, [2000] 2 C.F. 263, 1999 CanLII 9379 (C.A.); *Pembina Institute for Appropriate Development c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 302; *Grand Riverkeeper, Labrador Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 1520; *Greenpeace Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 463, inf. par 2015 CAF 186; *Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344; *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203; *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *Unicity Taxi Ltd. v. Manitoba Taxicab Board* (1992), 80 Man. R. (2d) 241, [1992] 6 W.W.R. 35 (Q.B.), conf. par (1992), 83 Man. R. (2d) 305, [1992] M.J. n° 608 (QL) (C.A.); *Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2003 CAF 197, [2003] 4 C.F. 672; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Cold Lake First Nations v. Alberta (Tourism, Parks and Recreation)*, 2013 ABCA 443 (CanLII), 566 A.R. 259.

#### AUTHORS CITED

*Canada Gazette*, Part 1, Vol. 50, No. 50, 10 December 2016.

Canadian Environmental Assessment Agency. *Guide to Preparing a Description of a Designated Project under the Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, March 2015.

*Joint Federal/Provincial Consultation and Accommodation Report for the Trans Mountain Expansion Project*, November 2016.

National Energy Board. *Filing Requirements Related to the Potential Environmental and Socio-Economic Effects of Increased Marine Shipping Activities*, September 10, 2013.

National Energy Board Report. *Trans Mountain Expansion Project*, May, 2016.

Transport Canada. *TERMPOL Review Process Report on the Trans Mountain Expansion Project*, 11 December 2014.

APPLICATIONS for judicial review of the National Energy Board's (Board) report in dockets A-232-16, A-225-16, A-224-16, A-217-16, A-223-16 and A-218-16

#### DOCTRINE CITÉE

Agence canadienne d'évaluation environnementale. *Guide de préparation d'une description de projet désigné en vertu de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, Mars 2015.

*Gazette du Canada*, Partie 1, vol. 50, n° 50, 10 décembre 2016.

Office national de l'énergie. Rapport de l'Office national de l'énergie. *Projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain*, mai 2016.

Office national de l'énergie. *Exigences de dépôt liées aux éventuels effets environnementaux et répercussions socioéconomiques d'un transport maritime accru*, 10 septembre 2013.

*Rapport fédéral-provincial sur les consultations et les accommodements pour le projet d'agrandissement de Trans Mountain*, novembre 2016.

Transport Canada. *TERMPOL Review Process Report on the Trans Mountain Expansion Project*, 11 décembre 2014.

DEMANDES de contrôle judiciaire du rapport de l'Office national de l'énergie (Office), dans les dossiers A-232-16, A-225-16, A-224-16, A-217-16,

concerning the proposed expansion of the Trans Mountain pipeline system, and of the Governor in Council's Order in Council P.C. 2016-1069 in dockets A-78-17, A-75-17, A-77-17, A-76-17, A-86-17, A-74-17, A-68-17 and A-84-17 wherein the Governor in Council directed the Board to issue a certificate of public convenience and necessity approving the construction and operation of the expansion project. Applications for judicial review of the Board's report dismissed; applications for judicial review of the Order in Council P.C. 2016-1069 allowed.

A-223-16 et A-218-16, concernant le projet d'agrandissement du réseau pipelinier, et du décret C.P. 2016-1069 pris par le gouverneur en conseil, dans les dossiers A-78-17, A-75-17, A-77-17, A-76-17, A-86-17, A-74-17, A-68-17 et A-84-17, par lequel le gouverneur en conseil a enjoint à l'Office de délivrer un certificat d'utilité publique pour la construction et l'exploitation du projet d'agrandissement. Demandes de contrôle judiciaire du rapport de l'Office rejetées; demandes de contrôle judiciaire du décret C.P. 2016-1069 accueillies.

#### APPEARANCES

*Maxime Faille, Scott A. Smith and Paul Seaman* for applicant Tsleil-Waututh Nation.  
*Susan B. Horne, K. Michael Stephens and Rebecca Robb* for applicant City of Vancouver.  
*Gregory J. McDade, Q.C. and Michelle Bradley* for applicant City of Burnaby.  
*F. Matthew Kirchner, Emma K. Hume and Michelle Bradley* for applicants the Squamish Nation (also known as the Squamish Indian Band), Xàlek/Sekyú Siyám, Chief Ian Campbell on his own behalf and on behalf of all members of the Squamish Nation, Coldwater Indian Band, Chief Lee Spahan in his capacity as Chief of the Coldwater Band on behalf of all members of the Coldwater Band.  
*Crystal Reeves and Elin Sigurdson* for applicant Upper Nicola Band.  
*Jana McLean and Joelle Walker* for applicants Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten, Yakweakwioose, Skwah, Chief David Jimmie on his own behalf and on behalf of all members of the Ts'elxwéyeqw Tribe.  
*Sarah D. Hansen and Megan Young* for applicants Chief Ron Ignace and Chief Fred Seymour on their own behalf and on behalf of all other members of the Stk'emlupsemc Te Secwepemc of the Secwepemc Nation.  
*Margot Venton and Dyna Tuytel* for applicants Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society.  
*Jan Brongers, Bruce Hughson, Dayna S. Anderson, Liliane Bantourakis, Sarah Bird, Jon*

#### ONT COMPARU :

*Maxime Faille, Scott A. Smith et Paul Seaman*, pour la demanderesse la Tsleil-Waututh Nation.  
*Susan B. Horne, K. Michael Stephens et Rebecca Robb*, pour la demanderesse la Ville de Vancouver.  
*Gregory J. McDade, c.r., et Michelle Bradley*, pour la demanderesse la Ville de Burnaby.  
*F. Matthew Kirchner, Emma K. Hume et Michelle Bradley*, pour les demandeurs la Nation Squamish (également appelée Bande indienne Squamish), Xàlek/Sekyú Siyám, Chef Ian Campbell pour son propre compte et au nom de tous les membres de la Nation Squamish, Bande indienne Coldwater, Chef Lee Spahan, à titre de chef de la Bande Coldwater et au nom de tous les membres de la Bande Coldwater.  
*Crystal Reeves et Elin Sigurdson*, pour la demanderesse la Bande Upper Nicola.  
*Jana McLean et Joelle Walker*, pour les demandeurs Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Première Nation Squiala, Tzeachten, Yakweakwioose, Skwah, Chef David Jimmie, pour son propre compte et au nom de tous les membres de la tribu Ts'elxwéyeqw Tribe.  
*Sarah D. Hansen et Megan Young*, pour les demandeurs Chef Ron Ignace et Chef Fred Seymour, pour leur propre compte et au nom de tous les membres de Stk'emlupsemc Te Secwepemc de la Nation Secwepemc.  
*Margot Venton et Dyna Tuytel*, pour les demandereses Raincoast Conservation Foundation et Living Oceans Society.  
*Jan Brongers, Bruce Hughson, Dayna S. Anderson, Liliane Bantourakis, Sarah Bird, Jon*

*Khan and Ashley Caron* for respondent Attorney General of Canada.

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

*Paul Johnston, Keith B. Bergner and Toby Kruger* for respondent National Energy Board.

*Marta E. Burns and Doreen Mueller* for intervener Attorney General of Alberta.

*Thomas R. Berger, O.C., Q.C. and Monique Pongracic-Speier, Q.C.* for intervener Attorney General of British Columbia.

*Khan et Ashley Caron*, pour le défendeur le procureur général du Canada.

*Maureen Killoran, c.r., Olivia Dixon et Sean Sutherland*, pour la défenderesse la Trans Mountain Pipeline ULC.

*Paul Johnston, Keith B. Bergner et Toby Kruger*, pour le défendeur l'Office national de l'énergie.

*Marta E. Burns et Doreen Mueller*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Thomas R. Berger, O.C., c.r., et Monique Pongracic-Speier, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

#### SOLICITORS OF RECORD

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

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

*Ratcliff & Company LLP*, North Vancouver, for applicants City of Burnaby.

*Ratcliff & Company LLP*, North Vancouver, for applicants, the Squamish Nation (also known as the Squamish Indian Band), Xàlek/Sekyú Siyám, Chief Ian Campbell on his own behalf and on behalf of all members of the Squamish Nation, Coldwater Indian Band, Chief Lee Spahan in his capacity as Chief of the Coldwater Band on behalf of all members of the Coldwater Band.

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

*Miller Titerle + Company LLP*, Vancouver for applicants Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten, Yakweakwioose, Skwah, Chief David Jimmie on his own behalf and on behalf of all members of the Ts'elxwéyeqw Tribe.

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

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

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Attorney General of Canada.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Gowling WLG (Canada) LLP*, Vancouver, pour la demanderesse la Tsleil-Waututh Nation.

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

*Ratcliff & Company LLP*, North Vancouver, pour la demanderesse la Ville de Burnaby.

*Ratcliff & Company LLP*, North Vancouver, pour les demandeurs la Nation Squamish (également appelée Bande indienne Squamish), Xàlek/Sekyú Siyám, Chef Ian Campbell pour son propre compte et au nom de tous les membres de la Nation Squamish, Bande indienne Coldwater, Chef Lee Spahan, à titre de chef de la Bande Coldwater et au nom de tous les membres de la Bande Coldwater.

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

*Miller Titerle + Company LLP*, Vancouver, pour les demandeurs Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Première Nation Squiala, Tzeachten, Yakweakwioose, Skwah, Chef David Jimmie, pour son propre compte et au nom de tous les membres de la tribu Ts'elxwéyeqw Tribe.

*Miller Thomson LLP*, Vancouver, pour les demandeurs le Chef Ron Ignace et le Chef Fred Seymour, pour leur propre compte et au nom de tous les membres de Stk'emlupsemc Te Secwepemc de la Nation Secwepemc.

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

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

*Osler, Hoskin & Harcourt LLP*, Calgary, for respondent Trans Mountain Pipeline ULC.  
*National Energy Board Legal Services*, Calgary, for respondent National Energy Board.

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

*Ministry of Justice*, Victoria, for intervener Attorney General of British Columbia.

*Osler, Hoskin & Harcourt LLP*, Calgary, pour la défenderesse Trans Mountain Pipeline ULC.  
*Services juridiques de l'Office national de l'énergie*, Calgary, pour le défendeur l'Office national de l'énergie.

*Ministère de la Justice et Solliciteur général de l'Alberta*, Edmonton, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Ministère de la Justice*, Victoria, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

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

DAWSON J.A.:

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

LA JUGE DAWSON, J.C.A. :

	Paragraph		Paragraphe
I. Introduction .....	1	I. Introduction .....	1
A. Summary of conclusions .....	4	A. Résumé des conclusions .....	4
II. The project.....	9	II. Le projet .....	9
III. The applicants .....	15	III. Les demandeurs .....	15
A. Tsleil-Waututh Nation.....	16	A. La Tsleil-Waututh Nation .....	16
B. City of Vancouver .....	21	B. La Ville de Vancouver.....	21
C. City of Burnaby .....	23	C. La Ville de Burnaby .....	23
D. The Squamish Nation .....	25	D. La Nation Squamish .....	25
E. Coldwater Indian Band .....	30	E. La bande indienne Coldwater .....	30
F. The Stó:lō Collective.....	35	F. Le groupe Stó:lō .....	35
G. Upper Nicola Band.....	41	G. La bande Upper Nicola.....	41
H. Stk'emlupsemc te Secwepemc of the Secwepemc Nation.....	45	H. Les Stk'emlupsemc te Secwepemc de la Nation Secwepemc .....	45
I. Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society.....	49	I. Raincoast Conservation Foundation et Living Oceans Society.....	49
IV. The applications challenging the report of the National Energy Board and the Order in Council.....	50	IV. Les demandes attaquant le rapport de l'Office national de l'énergie et le décret.....	50
V. The legislative regime .....	53	V. Le régime législatif.....	53
A. The requirements of the <i>National Energy Board Act</i> .....	54	A. Les exigences de la <i>Loi sur l'Office national de l'énergie</i> .....	54
B. The requirements of the <i>Canadian Environmental Assessment Act, 2012</i> .....	59	B. Les exigences de la <i>Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)</i> .....	59
C. Consideration by the Governor in Council .....	63	C. L'examen par le gouverneur en conseil...	63
VI. The report of the National Energy Board ...	68	VI. Le rapport de l'Office national de l'énergie .....	68

VII. The decision of the Governor in Council.....	69	VII. La décision du gouverneur en conseil ....	69
VIII. Factual background.....	72	VIII. Les faits.....	72
A. Canada’s consultation process.....	72	A. Le processus de consultation du Canada.....	72
B. Prehearing matters and the Project application.....	76	B. Les questions préliminaires et la demande visant le projet.....	76
C. The scoping decision and the hearing order.....	81	C. La décision relative à la portée et l’ordonnance relative à l’audience.....	81
D. Challenges to the hearing order and the scoping decision.....	85	D. Les contestations de l’ordonnance relative à l’audience et de la décision relative à la portée.....	85
E. The TERMPOL review process.....	88	E. Le processus d’examen TERMPOL.....	88
F. The applicants’ participation in the hearing before the Board.....	94	F. La participation des demandeurs à l’audience devant l’Office.....	94
G. Participant funding.....	99	G. Le fonds d’aide financière aux participants.....	99
(1) Tsleil-Waututh Nation.....	102	1) La Tsleil-Waututh Nation.....	102
(2) The Squamish Nation.....	103	2) La Nation Squamish.....	103
(3) Coldwater Indian Band.....	104	3) La bande indienne Coldwater.....	104
(4) The Stó:lō Collective.....	105	4) Le groupe Stó:lō.....	105
(5) Upper Nicola Band.....	106	5) La bande Upper Nicola.....	106
(6) SSN.....	107	6) Les SSN.....	107
(7) Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society.....	108	7) Raincoast Conservation Foundation et Living Oceans Society.....	108
H. Crown consultation efforts—a brief summary.....	109	H. Efforts de la Couronne en matière de consultation — un bref résumé.....	109
(1) Phase I (from 2013 to April 2014) ...	109	1) Étape I (2013 – avril 2014).....	109
(2) Phase II (from April 2014 to February 2016).....	110	2) Étape II (avril 2014 – février 2016)...	110
(3) Phase III (February to November 2016).....	115	3) Étape III (février – novembre 2016)...	115
I. Post National Energy Board report events.....	118	I. Initiatives postérieures au rapport de l’Office national de l’énergie.....	118
(1) The Interim Measures for Pipeline Reviews.....	118	1) Mesures provisoires pour les évaluations relatives aux projets de pipelines....	118
(2) The Ministerial Panel.....	121	2) Le comité ministériel.....	121
(3) Greenhouse gas assessment.....	124	3) Évaluation des gaz à effet de serre....	124
IX. The issues to be determined.....	125	IX. Les questions à trancher.....	125
X. Consideration of the issues.....	129	X. Examen des questions.....	129
A. The preliminary issues.....	129	A. Les questions préliminaires.....	129
(1) Trans Mountain’s motion to strike ...	133	1) Requête en radiation de Trans Mountain.....	133
(2) The applicants’ motion asking that the two affidavits of Robert Love, or portions thereof, be struck or given no weight.....	143	2) La requête demandant à la Cour de radier tout ou partie des deux affidavits de Robert Love ou, subsidiairement, d’y accorder peu de poids.....	143



(a) The hearsay objection.....	144	a) L’objection fondée sur le oui-dire ...	144
(b) Relevance of evidence of Trans Mountain’s engagement with the Indigenous applicants.....	153	b) Pertinence de la preuve relativement aux discussions de Trans Mountain avec les demandeurs autochtones.....	153
(3) Canada’s compendium—The Consultation Chronologies .....	163	3) Compendium du Canada — Les tableaux présentant la chronologie des consultations .....	163
B. Is the report of the National Energy Board amenable to judicial review?.....	170	B. Le rapport de l’Office national de l’énergie est-il susceptible de contrôle judiciaire?...	170
(1) The decision of this Court in <i>Gitxaala</i> .....	173	1) L’arrêt <i>Gitxaala</i> de notre Cour .....	173
(2) Was <i>Gitxaala</i> wrongly decided on this point?.....	175	2) La conclusion tirée par la Cour à ce sujet dans l’arrêt <i>Gitxaala</i> était-elle erronée?.....	175
(a) Did the Court err by stating that only “decisions about legal or practical interests” are judicially reviewable? ....	175	a) La Cour a-t-elle erronément conclu que seule la « décision sur des intérêts juridiques ou pratiques » est susceptible de contrôle judiciaire?.....	175
(b) <i>Forestethics Advocacy v. Canada (Attorney General)</i> .....	183	b) <i>Forestethics Advocacy c. Canada (Procureur général)</i> .....	183
(c) The jurisprudence which reviewed environmental assessment reports.....	185	c) Les précédents dans lesquels des rapports d’évaluation environnementale sont examinés .....	185
(d) The reference to inapplicable provisions of the <i>Canadian Environmental Assessment Act, 2012</i> .....	187	d) Le renvoi à des dispositions inapplicables de la <i>Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)</i> ....	187
(e) <i>Gitxaala</i> thwarts review of the decision of the National Energy Board....	200	e) L’arrêt <i>Gitxaala</i> empêche le contrôle de la décision de l’Office national de l’énergie .....	200
(f) Conclusion on whether the report of the National Energy Board is amenable to judicial review .....	202	f) Conclusion : le rapport de l’Office national de l’énergie est-il susceptible de contrôle judiciaire?.....	202
C. Should the decision of the Governor in Council be set aside on administrative law grounds? .....	204	C. La décision du gouverneur en conseil devrait-elle être annulée pour des motifs de droit administratif? .....	204
(1) The standard of review to be applied to the decision of the Governor in Council.....	204	1) La norme de contrôle applicable à la décision du gouverneur en conseil.....	204
(a) The administrative law components of the decision.....	206	a) Le volet de la décision relevant du droit administratif.....	206
(b) The constitutional component .....	224	b) Le volet constitutionnel .....	224
(2) Did the Governor in Council err in determining that the Board’s report qualified as a report so as to be a proper condition precedent to the Governor in Council’s decision?.....	228	2) Le gouverneur en conseil a-t-il conclu à tort que le rapport de l’Office constituait un rapport en bonne et due forme, condition préalable à sa décision?.....	228

(a) Was the Board's process procedurally fair? .....	230	a) Le processus suivi par l'Office respectait-il l'équité procédurale? .....	230
(i) Applicable legal principles .....	230	(i) Principes juridiques applicables...	230
(ii) The asserted breaches of procedural fairness .....	237	(ii) Les manquements reprochés à l'équité procédurale .....	237
(iii) The failure to hold a full oral hearing and to allow cross-examination of Trans Mountain's witnesses .....	242	(iii) Le défaut de tenir une audience et de permettre le contre-interrogatoire des témoins de Trans Mountain .....	242
(iv) Trans Mountain's responses to the Information Requests.....	260	(iv) Les réponses de Trans Mountain aux demandes de renseignements .....	260
(v) The asserted deferral and delegation of the assessment of important information.....	278	(v) La prétention concernant le report et la délégation de l'évaluation de renseignements importants .....	278
(vi) Failing to provide adequate reasons .....	292	(vi) Omission de fournir des motifs suffisants .....	292
(vii) Trans Mountain's reply evidence.....	316	(vii) Contre-preuve de Trans Mountain .....	316
(viii) Conclusion on procedural fairness.....	321	(viii) Conclusion sur l'équité procédurale .....	321
(b) Did the Board fail to decide certain issues before recommending approval of the Project? .....	322	b) L'Office a-t-il omis de trancher certaines questions avant de recommander l'approbation du projet? .....	322
(i) Did the Board fail to assess the risks and impacts posed by the Project to Burnaby? .....	335	(i) L'Office a-t-il omis d'évaluer les risques et les incidences du projet pour Burnaby? .....	335
(ii) Did the Board fail to consider alternative means of carrying out the Project? .....	352	(ii) L'Office a-t-il omis d'examiner des solutions de rechange pour la réalisation du projet? .....	352
(iii) Did the Board fail to look at the West Alternative as an alternative route for the new pipeline? .....	375	(iii) L'Office a-t-il omis d'envisager l'option ouest comme tracé de rechange pour le nouveau pipeline? .	375
(c) Did the Board fail to consider alternatives to the Westridge Marine Terminal?.....	387	c) L'Office a-t-il omis d'examiner des solutions de rechange au terminal maritime Westridge? .....	387
(d) Did the Board err by failing to assess Project-related marine shipping under the <i>Canadian Environmental Assessment Act, 2012</i> ? .....	388	d) L'Office a-t-il erré en n'évaluant pas le transport maritime en lien avec le projet sous le régime de la <i>Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)</i> ? .....	388
(i) The deficiencies said to arise from the Board's assessment of		(i) Les lacunes dont serait entachée l'évaluation faite par l'Office du	

Project-related marine shipping under the <i>National Energy Board Act</i> .....	411	transport maritime associé au projet sous le régime de la <i>Loi sur l'Office national de l'énergie</i> .....	411
(ii) The Board's consideration of Project-related marine shipping and its findings .....	413	(ii) Examen du transport maritime en lien avec le projet et conclusions de l'Office à cet égard.....	413
(iii) Was the Board's assessment of Project-related marine shipping substantially adequate? .....	431	(iii) L'évaluation du transport maritime en lien avec le projet par l'Office était-elle essentiellement adéquate?...	431
(e) Did the Board err in its treatment of the <i>Species at Risk Act</i> ? .....	442	e) L'Office a-t-il commis une erreur au regard de la <i>Loi sur les espèces en péril</i> ? .....	442
(i) Did the Board err by concluding that section 79 of the <i>Species at Risk Act</i> did not apply to its consideration of the effects of Project-related marine shipping? .....	446	(i) L'Office a-t-il conclu à tort que l'article 79 de la <i>Loi sur les espèces en péril</i> ne s'appliquait pas à son examen des effets du transport maritime lié au projet? .....	446
(ii) Did the Board substantially comply with its obligations under section 79 of the <i>Species at Risk Act</i> ? .....	451	(ii) L'Office a-t-il respecté essentiellement ses obligations au titre de l'article 79 de la <i>Loi sur les espèces en péril</i> ? .....	451
(iii) Was the Governor in Council obliged to comply with subsection 77(1) of the <i>Species at Risk Act</i> ? .....	459	(iii) Le gouverneur en conseil était-il tenu de respecter le paragraphe 77(1) de la <i>Loi sur les espèces en péril</i> ?.....	459
(f) Conclusion: the Governor in Council erred by relying upon the Board's report as a proper condition precedent to the Governor in Council's decision.....	465	f) Conclusion : le gouverneur en conseil a fait erreur en fondant sa décision sur le rapport de l'Office comme condition préalable adéquate .....	465
(3) The challenge of the Attorney General of British Columbia.....	474	3) La prétention du procureur général de la Colombie-Britannique.....	474
(a) Did the Governor in Council fail to comply with the obligation to give reasons? .....	477	a) Le gouverneur en conseil a-t-il manqué à son obligation de fournir des motifs?.....	477
(b) Did the Governor in Council fail to consider the impact of Project-related shipping spill risks on the Province of British Columbia? .....	481	b) Le gouverneur en conseil a-t-il omis de tenir compte des effets que pourraient avoir sur la Colombie-Britannique les risques de déversement posés par le transport maritime associé au projet?....	481
D. Should the decision of the Governor in Council be set aside on the ground that Canada failed to consult adequately with the Indigenous applicants? .....	485	D. La décision du gouverneur en conseil devrait-elle être annulée au motif que le Canada a omis de consulter adéquatement les demandeurs autochtones? .....	485
(1) The applicable legal principles .....	485	1) Les principes juridiques applicables...	485



(2) The standard to which Canada is to be held in fulfilling the duty.....	508	2) La norme à laquelle le Canada est tenu pour s'acquitter de l'obligation.....	508
(3) Application of the legal principles to the evidence .....	511	3) Application des principes juridiques à la preuve.....	511
(a) Was the consultation process deficient because of the design of the process selected and followed by Canada? .....	513	a) La consultation était elle lacunaire en raison du processus choisi et suivi par le Canada? .....	513
(i) The consultation framework was unilaterally imposed .....	515	(i) Le cadre de consultation a été imposé unilatéralement.....	515
(ii) The Board's process is said to be inadequate for fulfilling consultation obligations .....	520	(ii) Le processus de l'Office ne permettrait pas de satisfaire à l'obligation de consulter.....	520
(iii) The funding provided is said to have been inadequate.....	533	(iii) L'aide financière fournie aurait été insuffisante .....	533
(iv) The process allowed the Project to be approved when essential information was lacking .....	542	(iv) Le processus a permis l'approbation du projet alors qu'il manquait des renseignements essentiels.....	542
(v) Conclusion on the adequacy of the process selected and followed by Canada .....	548	(v) Conclusion au sujet du caractère adéquat ou non du processus choisi et suivi par le Canada .....	548
(b) Was the consultation process deficient because of Canada's execution of the process? .....	550	b) Le processus de consultation était-il vicié en raison de la manière dont il a été mené par le Canada?.....	550
(i) The need for meaningful two-way dialogue.....	564	(i) La nécessité d'un véritable dialogue .....	564
(ii) The implementation of the mandate of the Crown consultation team...	575	(ii) L'exécution par l'équipe des consultations avec la Couronne de son mandat.....	575
a. The Crown Consultation Report.....	578	a. Le rapport sur les consultations de la Couronne .....	578
b. The experience of Tsleil-Waututh .....	579	b. L'expérience des Tsleil-Waututh .....	579
c. The experience of Squamish ....	582	c. L'expérience des Squamish .....	582
d. The experience of Coldwater ...	585	d. L'expérience des Coldwater.....	585
e. The experience of Stó:lō .....	589	e. L'expérience des Stó:lō .....	589
f. The experience of Upper Nicola.....	593	f. L'expérience des Upper Nicola...	593
g. The experience of SSN .....	596	g. L'expérience des SSN .....	596
h. Conclusion on the mandate of the Crown consultation team .....	598	h. Conclusion sur le mandat de l'équipe des consultations avec la Couronne.....	598

(iii) Canada's reluctance to depart from the Board's findings and recommended conditions and genuinely engage the concerns of the Indigenous applicants.....	602	(iii) La réticence du Canada à s'écarter des conclusions de l'Office et des conditions qu'il recommande pour traiter véritablement des préoccupations des demandeurs autochtones ....	602
(iv) Canada's erroneous view that the Governor in Council could not impose additional conditions on the proponent.....	629	(iv) L'opinion erronée du Canada selon laquelle le gouverneur en conseil ne pouvait pas imposer d'autres conditions au promoteur.....	629
(v) Canada's late disclosure of its assessment of the Project's impact on the Indigenous applicants .....	638	(v) Communication tardive de l'évaluation de l'effet du projet sur les demandeurs autochtones .....	638
(vi) Canada's failure to dialogue meaningfully.....	649	(vi) Défaut par le Canada d'engager un véritable dialogue .....	649
a. The experience of Tsleil-Waututh.....	649	a. L'expérience des Tsleil-Waututh.....	649
b. The experience of Squamish....	662	b. L'expérience des Squamish.....	662
c. The experience of Coldwater ...	669	c. L'expérience des Coldwater .....	669
d. The experience of Stó:lō .....	681	d. L'expérience des Stó:lō.....	681
e. The experience of Upper Nicola.....	728	e. L'expérience des Upper Nicola...	728
f. The experience of SSN.....	737	f. L'expérience des SSN.....	737
(vii) Conclusion on Canada's execution of the consultation process ....	753	(vii) Conclusion sur la manière dont le Canada a mené le processus de consultation.....	753
E. Remedy .....	764	E. Réparation.....	764
F. Proposed Disposition.....	773	F. Dispositif proposé.....	773

## I. Introduction

[1] On May 19, 2016, the National Energy Board issued its report [*Trans Mountain Expansion Project*] concerning the proposed expansion of the Trans Mountain pipeline system. The Board's report recommended that the Governor in Council approve the expansion. The Board's recommendation was based on the Board's findings that the expansion is in Canada's public interest, and that if certain environmental protection procedures and mitigation measures are implemented, and if the conditions the Board recommended are implemented, the expansion is not likely to cause significant adverse environmental effects.

## I. Introduction

[1] Le 19 mai 2016, l'Office national de l'énergie (l'Office) a présenté son rapport [*Trans Mountain Expansion Project*] sur le projet d'agrandissement du réseau pipelinier de Trans Mountain. Il y recommandait que le gouverneur en conseil approuve l'agrandissement, car il estimait qu'un tel projet était dans l'intérêt public du Canada et n'était pas susceptible d'entraîner d'importantes conséquences environnementales néfastes, moyennant l'adoption de certaines mesures de protection de l'environnement et d'atténuation des risques ainsi que le respect des conditions qu'il recommandait.

[2] On November 29, 2016, the Governor in Council accepted the Board's recommendation and issued Order in Council P.C. 2016-1069. The Order in Council recited the Governor in Council's acceptance of the Board's recommendation, and directed the Board to issue a certificate of public convenience and necessity approving the construction and operation of the expansion project, subject to the conditions recommended by the Board.

[3] A number of applications for judicial review of the Board's report and the Order in Council were filed in this Court. These applications were consolidated. These are the Court's reasons for judgment in respect of the consolidated proceeding. Pursuant to the order consolidating the applications, a copy of these reasons shall be placed in each file.

#### A. Summary of Conclusions

[4] While a number of applicants challenge the report of the National Energy Board, as explained below, the Order in Council is legally the only decision under review. Its validity is challenged on two principal grounds: first, the Board's process and findings were so flawed that the Governor in Council could not reasonably rely on the Board's report; second, Canada failed to fulfil the duty to consult owed to Indigenous peoples.

[5] Applying largely uncontested legal principles established by the Supreme Court of Canada to the factual record, a factual record that is also largely not contested, I conclude that most of the flaws asserted against the Board's process and findings are without merit. However, the Board made one critical error. The Board unjustifiably defined the scope of the Project under review not to include Project-related tanker traffic. The unjustified exclusion of marine shipping from the scope of the Project led to successive, unacceptable deficiencies in the Board's report and recommendations. As a result, the Governor in Council could not rely on the Board's report and recommendations when assessing the Project's environmental effects and the overall public interest.

[2] Le 29 novembre 2016, le gouverneur en conseil a accepté la recommandation de l'Office et adopté le décret C.P. 2016-1069. Par le décret, le gouverneur en conseil acceptait expressément la recommandation de l'Office et enjoignait à celui-ci de délivrer un certificat d'utilité publique pour la construction et l'exploitation du projet d'agrandissement, sous réserve du respect des conditions recommandées par l'Office.

[3] De nombreuses demandes de contrôle judiciaire visant le rapport de l'Office et le décret ont été déposées devant la Cour. Elles ont par la suite été réunies. Les présents motifs se rapportent à l'instance réunie. Conformément à l'ordonnance portant réunion des demandes, une copie des présents motifs sera versée dans chaque dossier.

#### A. Résumé des conclusions

[4] Bon nombre de demandeurs contestent le rapport de l'Office national de l'énergie, mais, comme je l'explique ci-après, le décret est, sur le plan juridique, la seule décision faisant l'objet d'un contrôle. Sa validité est contestée pour deux motifs principaux : premièrement, le processus et les conclusions de l'Office étaient à ce point viciés qu'il n'était pas raisonnable que le gouverneur en conseil se fonde sur le rapport de cet organisme; deuxièmement, le Canada n'a pas respecté son obligation de consulter les peuples autochtones.

[5] Appliquant les principes juridiques, établis par la Cour suprême du Canada et non contestés pour l'essentiel, au dossier factuel, également non contesté pour l'essentiel, je conclus que la plupart des allégations de vice visant le processus et les conclusions de l'Office sont dénuées de fondement. L'Office a toutefois commis une erreur cruciale : il a de façon injustifiable défini la portée du projet de manière à ne pas inclure la circulation de navires-citernes connexe au projet. L'exclusion injustifiée du transport maritime de la portée du projet a mené à une succession de vices inacceptables entachant le rapport et les recommandations de l'Office. Par conséquent, le gouverneur en conseil ne pouvait pas se fonder sur le rapport et les recommandations de l'Office pour évaluer les effets environnementaux du projet et l'intérêt public en général.

[6] Applying the largely uncontested legal principles that underpin the duty to consult Indigenous peoples and First Nations set out by the Supreme Court, I also conclude that Canada acted in good faith and selected an appropriate consultation framework. However, at the last stage of the consultation process prior to the decision of the Governor in Council, a stage called Phase III, Canada's efforts fell well short of the mark set by the Supreme Court of Canada. Canada failed in Phase III to engage, dialogue meaningfully and grapple with the real concerns of the Indigenous applicants so as to explore possible accommodation of those concerns. The duty to consult was not adequately discharged.

[7] Accordingly, for the following reasons, I would quash the Order in Council and remit the matter back to the Governor in Council for appropriate action, if it sees fit, to address these flaws and, later, proper redetermination.

[8] These reasons begin by describing: (i) the expansion project; (ii) the applicants who challenge the Board's report and the Order in Council; (iii) the pending applications for judicial review; (iv) the legislative regime; (v) the report of the Board; and, (vi) the decision of the Governor in Council. The reasons then set out the factual background relevant to the challenges before the Court before turning to the issues raised in these applications and the consideration of those issues.

## II. The Project

[9] No company may operate an interprovincial or international pipeline in Canada unless the National Energy Board has issued a certificate of public convenience and necessity, and given leave to the company to open the pipeline (subsection 30(1) of the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7).

[10] Trans Mountain Pipeline ULC is the general partner of Trans Mountain Pipeline L.P. (together referred to as Trans Mountain). Trans Mountain owns and holds operating certificates issued by the National Energy Board

[6] Appliquant ensuite les principes juridiques, non contestés pour l'essentiel, qui sous-tendent l'obligation de consulter les peuples autochtones et les Premières Nations énoncés par la Cour suprême, je conclus en outre que le Canada a agi de bonne foi et a choisi un régime de consultation approprié. Toutefois, à la dernière étape du processus de consultation avant la décision du gouverneur en conseil — l'étape III —, les efforts déployés par le Canada étaient loin de répondre aux exigences fixées par la Cour suprême du Canada. Le Canada en effet a omis à l'étape III d'engager un véritable dialogue et de se pencher sur les réelles préoccupations des demandeurs autochtones de manière à être en mesure de rechercher des mesures pour y répondre. Il ne s'est pas adéquatement acquitté de son obligation de consulter.

[7] Par conséquent, pour les motifs suivants, j'annulerais le décret et je renverrais l'affaire au gouverneur en conseil pour qu'il prenne les mesures qui s'imposent, s'il le juge à propos, pour corriger ces vices et rendre par la suite une nouvelle décision en bonne et due forme.

[8] Dans un premier temps, les présents motifs décriront i) le projet d'agrandissement; ii) les demandeurs qui contestent le rapport de l'Office et le décret; iii) les demandes de contrôle judiciaire en instance; iv) le régime législatif; v) le rapport de l'Office; vi) la décision du gouverneur en conseil. Nous énoncerons ensuite les faits pertinents quant aux contestations dont est saisie la Cour puis examinerons les questions soulevées dans ces demandes.

## II. Le projet

[9] Aucune compagnie ne peut exploiter un pipeline interprovincial ou international au Canada à moins que l'Office national de l'énergie n'ait préalablement délivré un certificat d'utilité publique et ne l'ait autorisée à mettre le pipeline en service (paragraphe 30(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7).

[10] Trans Mountain Pipeline ULC est l'associée commanditée de Trans Mountain Pipeline L.P. (appelées collectivement Trans Mountain). Trans Mountain détient les certificats d'exploitation délivrés par l'Office pour le

for the existing Trans Mountain pipeline system. This system includes a pipeline approximately 1 147 kilometres long that moves crude oil, and refined and semi-refined petroleum products from Edmonton, Alberta to marketing terminals and refineries in the central region and lower mainland area of British Columbia, as well as to the Puget Sound area in Washington State.

[11] On December 16, 2013, Trans Mountain submitted an application to the National Energy Board for a certificate of public convenience and necessity (and certain amended certificates) for the Trans Mountain Expansion Project (Project).

[12] The application described the Project to consist of a number of components, including: (i) twinning the existing pipeline system with approximately 987 kilometres of new pipeline segments, including new proposed pipeline corridors and rights-of-way, for the purpose of transporting diluted bitumen from Edmonton, Alberta to Burnaby, British Columbia; (ii) new and modified facilities, including pump stations and tanks (in particular, an expanded petroleum tank farm in Burnaby which would be expanded from 13 to 26 storage tanks); (iii) a new and expanded dock facility, including three new berths, at the Westridge Marine Terminal in Burnaby; and, (iv) two new pipelines running from the Burnaby storage facility to the Westridge Marine Terminal.

[13] The Project would increase the number of tankers loaded at the Westridge Marine Terminal from approximately five Panamax and Aframax class tankers per month to approximately 34 Aframax class tankers per month. Aframax tankers are larger and carry more product than Panamax tankers. The Project would increase the overall capacity of Trans Mountain's existing pipeline system from 300 000 barrels per day to 890 000 barrels per day.

[14] Trans Mountain's application stated that the primary purpose of the Project is to provide additional capacity to transport crude oil from Alberta to markets

réseau pipeline Trans Mountain actuel. Ce réseau comprend un oléoduc d'une longueur d'environ 1 147 kilomètres qui sert à acheminer du pétrole brut ainsi que des produits pétroliers raffinés ou semi-raffinés d'Edmonton, en Alberta, vers des terminaux de mise en marché et des raffineries situées dans les régions du Centre et des basses-terres continentales de la Colombie-Britannique ainsi que dans la région du détroit de Puget, dans l'État de Washington.

[11] Le 16 décembre 2013, Trans Mountain a présenté une demande à l'Office national de l'énergie en vue d'obtenir un certificat d'utilité publique (et certains certificats modifiés) pour le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain (le projet).

[12] La demande décrivait le projet en plusieurs volets : i) l'agrandissement du réseau pipeline visant à le doubler par la construction d'environ 987 kilomètres de nouveaux segments, dont des couloirs et des emprises supplémentaires, pour transporter du bitume dilué entre Edmonton, en Alberta, et Burnaby, en Colombie-Britannique; ii) la construction et la modification des ouvrages, dont des stations de pompage et des citernes (notamment l'agrandissement du parc de citernes pour hydrocarbures de Burnaby, qui compte actuellement 13 citernes et en compterait alors 26); iii) la construction et l'agrandissement de quais, dont trois nouveaux postes d'amarrage, au terminal maritime Westridge de Burnaby; iv) la construction de deux nouveaux oléoducs entre le site de stockage de Burnaby et le terminal maritime Westridge.

[13] Dans le cadre du projet, le nombre de pétroliers remplis au terminal maritime Westridge passerait d'environ cinq navires de taille Panamax et Aframax à environ 34 Aframax par mois. Les Aframax sont plus gros que les Panamax, et leur capacité est supérieure. Au terme du projet, la capacité globale du réseau pipeline de Trans Mountain passerait de 300 000 barils à 890 000 barils par jour.

[14] Dans sa demande, Trans Mountain indique que l'objectif premier du projet est d'augmenter la capacité de transport du pétrole brut de l'Alberta vers les marchés

in the Pacific Rim, including Asia. If built, the system would continue to transport crude oil—primarily diluted bitumen.

### III. The Applicants

[15] A number of First Nations and two large cities are significantly concerned about the Project and its impact upon them, and challenge its approval. Two non-governmental agencies also challenge the Project. These applicants are described below.

#### A. Tsleil-Waututh Nation

[16] The applicant Tsleil-Waututh Nation is a Coast Salish Nation. It is a band within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 and its members are Aboriginal peoples within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19, s. 52.

[17] In the traditional dialect of Halkomelem, the name Tsleil-Waututh means “People of the Inlet”. Tsleil-Waututh’s asserted traditional territory extends approximately from the vicinity of Mount Garibaldi to the north to the 49th parallel and beyond to the south. The traditional territory extends west to Gibsons and east to Coquitlam Lake. The traditional territory includes areas across British Columbia’s Lower Mainland, including sections of the Lower Fraser River, Howe Sound, Burrard Inlet and Indian Arm.

[18] Tsleil-Waututh’s traditional territory encompasses the proposed Westridge Marine Terminal and fuel storage facility expansion, and approximately 18 kilometres of pipeline right-of-way. Approximately 45 kilometres of marine shipping route will pass within Tsleil-Waututh’s asserted traditional territory.

[19] Much of Tsleil-Waututh’s population of 500 people live in its primary community of Tsleil-Waututh, which is located on the north shore of Burrard Inlet, approximately 3 kilometres across the Inlet from the Westridge Marine Terminal.

de la région du Pacifique, notamment l’Asie. Si le nouveau pipeline est construit, le réseau continuera à transporter du pétrole brut, principalement du bitume dilué.

### III. Les demandeurs

[15] Certaines Premières Nations ainsi que deux grandes villes sont très préoccupées par le projet et ses répercussions sur elles et contestent son approbation. Deux organisations non gouvernementales contestent aussi le projet. Suit une description des demandeurs.

#### A. La Tsleil-Waututh Nation

[16] La Tsleil-Waututh Nation, l’une des demandresses, est une nation salish du littoral. Il s’agit d’une bande au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, et ses membres appartiennent aux peuples autochtones au sens de l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de l’alinéa 5(1)c) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, ch. 19, art. 52.

[17] En halkomelem, un dialecte traditionnel, le nom Tsleil-Waututh signifie « peuple de la baie ». Le territoire traditionnel revendiqué par les Tsleil-Waututh s’étend approximativement, du nord au sud, des environs du mont Garibaldi jusqu’au-delà du 49<sup>e</sup> parallèle et, d’ouest en est, de Gibson jusqu’au lac Coquitlam. Il englobe une partie des basses-terres continentales de la Colombie-Britannique, y compris des sections du bas Fraser, de la baie Howe, de la baie Burrard et du bras de mer Indian.

[18] Le territoire traditionnel des Tsleil-Waututh comprend notamment le lieu choisi pour l’agrandissement proposé du terminal maritime Westridge et du parc de citernes ainsi qu’environ 18 kilomètres d’emprise réservée au pipeline. La voie maritime traversera le territoire traditionnel revendiqué par les Tsleil-Waututh sur environ 45 kilomètres.

[19] Une grande partie de la population de la Tsleil-Waututh Nation, qui compte 500 âmes, habite dans la localité principale de Tsleil-Waututh, située sur la rive nord de la baie Burrard, à environ trois kilomètres du terminal maritime Westridge de l’autre côté de la baie.



[20] Tsleil-Waututh asserts Aboriginal title to the land, water, air, marine foreshore and resources in Eastern Burrard Inlet. It also asserts freestanding stewardship, harvesting and cultural rights in this area. The Crown states that it assessed its duty to consult with Tsleil-Waututh on the deeper end of the consultation spectrum.

#### B. City of Vancouver

[21] The City of Vancouver is the third most densely populated city in North America, after New York City and San Francisco. It has 69.8 kilometres of waterfront along Burrard Inlet, English Bay, False Creek and the Fraser River, with 18 kilometres of beaches and a 22-kilometre long seawall.

[22] Approximately 25 000 residents of Vancouver live within 300 metres of the Burrard Inlet and English Bay shorelines.

#### C. City of Burnaby

[23] The City of Burnaby is the third largest city in British Columbia, with a population of over 223 000 people.

[24] A number of elements of the Project infrastructure will be located in Burnaby: (i) the new Westridge Marine Terminal; (ii) the Burnaby Terminal, including 13 new storage tanks and one replacement storage tank; (iii) two new delivery lines following a new route connecting the Burnaby Terminal to the Westridge Marine Terminal through a new tunnel to be drilled under the Burnaby Mountain Conservation Area; and, (iv) a portion of the main pipeline along a new route to the Burnaby Terminal.

#### D. The Squamish Nation

[25] The applicant Squamish Nation is a Coast Salish Nation. It is a band within the meaning of the *Indian Act* and its members are Aboriginal peoples within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982*

[20] Les Tsleil-Waututh revendiquent le titre ancestral à l'égard des terres, des eaux, de l'air, de la zone médio-littorale et des ressources dans l'est de la baie Burrard ainsi que des droits de gérance autonome et de récolte et des droits culturels dans cette région. Selon la Couronne, son obligation de consulter les Tsleil-Waututh se situe à l'extrémité supérieure du continuum applicable en la matière.

#### B. La Ville de Vancouver

[21] Vancouver arrive au troisième rang des villes les plus densément peuplées d'Amérique du Nord, après New York et San Francisco. Son littoral s'étend sur 69,8 kilomètres le long de la baie Burrard, de la baie English, du ruisseau False et du fleuve Fraser et il compte 18 kilomètres de plages ainsi qu'une digue d'une longueur de 22 kilomètres.

[22] Environ 25 000 Vancouverois vivent à moins de 300 mètres du littoral de la baie Burrard et de la baie English.

#### C. La Ville de Burnaby

[23] Forte de 223 000 habitants, Burnaby est la troisième plus grande ville de la Colombie-Britannique.

[24] Certains ouvrages du projet seront situés à Burnaby : i) le nouveau terminal maritime Westridge; ii) le terminal de Burnaby, y compris 13 nouvelles citernes et une citerne de remplacement; iii) deux nouvelles canalisations de livraison le long d'un nouveau tracé reliant le terminal de Burnaby au terminal maritime Westridge qui seront creusées sous l'aire de conservation du mont Burnaby; iv) une portion du pipeline principal qui suivra un nouveau tracé menant au terminal de Burnaby.

#### D. La Nation Squamish

[25] La Nation Squamish, l'une des demanderesse, est rattachée aux Salishes du littoral. Il s'agit d'une bande au sens de la *Loi sur les Indiens*, et ses membres appartiennent aux peuples autochtones visés par l'article 35

and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. There are currently just over 4 000 registered members of the Squamish Nation.

[26] The Squamish assert that since a time before contact with Europeans, Squamish have used and occupied lands and waters on the southwest coast of what is now British Columbia, extending from the Lower Mainland north to Whistler. This territory includes Burrard Inlet, English Bay, Howe Sound and the Squamish Valley. The boundaries of asserted Squamish territory thus encompass all of Burrard Inlet, English Bay and Howe Sound, as well as the rivers and creeks that flow into these bodies of water.

[27] Squamish has three reserves located in and at the entrance to Burrard Inlet:

- i. Seymour Creek Reserve No. 2 (ch'ich'elxwi7kw) on the North shore close to the Westridge Marine Terminal;
- ii. Mission Reserve No. 1 (eslhá7an); and,
- iii. Capilano Reserve No. 5 (xwmelechstn).

Also located in the area are Kitsilano Reserve No. 6 (senákw) near the entrance to False Creek, and three other waterfront reserves in Howe Sound.

[28] Project infrastructure, including portions of the main pipeline, the Westridge Marine Terminal, the Burnaby Terminal, two new delivery lines connecting the terminals, and sections of the tanker routes for the Project will be located in Squamish's asserted traditional territory and close to its reserves across the Burrard Inlet. The shipping route for the Project will also travel past three Squamish reserves through to the Salish Sea.

[29] Squamish asserts Aboriginal rights, including title and self-government, within its traditional territory. Squamish also asserts Aboriginal rights to fish in the Fraser River and its tributaries. The Crown assessed its

de la *Loi constitutionnelle de 1982* et l'alinéa 5(1)c) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*. La Nation Squamish compte actuellement un peu plus de 4 000 membres inscrits.

[26] Les Squamish affirment qu'ils utilisent et occupent les terres et eaux de la côte sud-ouest de ce qui correspond de nos jours à la Colombie-Britannique, à savoir des basses-terres continentales jusqu'à Whistler au nord, depuis une date qui précède l'arrivée des Européens. Ce territoire comprend la baie Burrard, la baie English, la baie Howe et la vallée de la Squamish. À l'intérieur des frontières du territoire revendiqué par les Squamish se trouvent donc toute la baie Burrard, la baie English et la baie Howe, ainsi que les rivières et ruisseaux qu'elles drainent.

[27] Les Squamish ont trois réserves dans la baie Burrard ou à l'embouchure de celle-ci :

- i. La réserve de Seymour Creek n° 2 (ch'ich'elxwi7kw) sur la rive nord, près du terminal maritime Westridge;
- ii. La réserve de Mission n° 1 (eslhá7an);
- iii. La réserve de Capilano n° 5 (xwmelechstn).

On trouve aussi dans les environs la réserve de Kitsilano n° 6 (senákw), près de l'entrée du ruisseau False, et trois autres réserves littorales dans la baie Howe.

[28] L'infrastructure du projet, y compris des tronçons du pipeline principal, le terminal maritime Westridge, le terminal de Burnaby, les deux nouvelles canalisations de livraison reliant les terminaux, ainsi que des sections du trajet des navires-citernes, seront situés dans le territoire traditionnel revendiqué par les Squamish et près de ses réserves situées de l'autre côté de la baie Burrard. La voie maritime que prévoit le projet longera aussi trois réserves Squamish avant d'aboutir dans la mer des Salish.

[29] Les Squamish revendiquent des droits ancestraux, notamment le titre ancestral et l'autonomie gouvernementale, dans leur territoire traditionnel. Ils revendiquent aussi des droits de pêche ancestraux dans le fleuve Fraser

duty to consult Squamish at the deeper end of the consultation spectrum.

#### E. Coldwater Indian Band

[30] The applicant Coldwater is a band within the meaning of section 2 of the *Indian Act*. Its members are Aboriginal peoples within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. Coldwater, together with 14 other bands, comprise the Nlaka'pamux Nation.

[31] The Nlaka'pamux Nation's asserted traditional territory encompasses part of south-central British Columbia extending from the northern United States to north of Kamloops. This territory includes the Lower Thompson River area, the Fraser Canyon, the Nicola and Coldwater Valleys and the Coquihalla area.

[32] Coldwater's registered population is approximately 850 members. Approximately 330 members live on Coldwater's reserve lands. Coldwater holds three reserves: (i) Coldwater Indian Reserve No. 1 (Coldwater Reserve) approximately 10 kilometres southwest of Merritt, British Columbia; (ii) Paul's Basin Indian Reserve No. 2 located to the southwest of the Coldwater Reserve, upstream on the Coldwater River; and, (iii) Gwen Lake Indian Reserve No. 3 located on Gwen Lake.

[33] Approximately 226 kilometres of the proposed pipeline right-of-way and four pipeline facilities (the Kamloops Terminal, the Stump Station, the Kingsvale Station and the Hope Station) will be located within the Nlaka'pamux Nation's asserted traditional territory. The Kingsvale Station is located in the Coldwater Valley. The approved pipeline right-of-way skirts the eastern edges of the Coldwater Reserve. The existing Trans Mountain pipeline system transects both the Coldwater Reserve and the Coldwater Valley.

[34] Coldwater asserts Aboriginal rights and title in, and the ongoing use of, the Coldwater and Nicola Valleys and the Nlaka'pamux territory more generally.

et ses affluents. Selon la Couronne, son obligation de consulter les Squamish se situe à l'extrémité supérieure du continuum applicable en la matière.

#### E. La bande indienne Coldwater

[30] La Bande indienne Coldwater, demanderesse en l'espèce, est une bande au sens de l'article 2 de la *Loi sur les Indiens*, et ses membres appartiennent aux peuples autochtones visés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et l'alinéa 5(1)c) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*. Les Coldwater ainsi que 14 autres bandes constituent la Nation Nlaka'pamux.

[31] Le territoire traditionnel revendiqué par la Nation Nlaka'pamux comprend une partie du centre-sud de la Colombie-Britannique et va du Nord des États-Unis au nord de Kamloops. Ce territoire comprend la région de la rivière Thompson sud, le canyon du Fraser, les vallées Nicola et Coldwater, ainsi que le secteur de Coquihalla.

[32] Les Coldwater comptent approximativement 850 membres inscrits, dont environ 330 vivent dans les terres de réserve de la bande. Les Coldwater possèdent trois réserves : i) la réserve indienne n° 1 de Coldwater (la réserve de Coldwater), située à environ 10 kilomètres au sud-ouest de Merritt en Colombie-Britannique; ii) la réserve indienne n° 2 de Paul's Basin, située au sud-ouest de la réserve de Coldwater, en amont, et baignée par la rivière Coldwater; et iii) la réserve indienne n° 3 de Gwen Lake, située en bordure du lac Gwen.

[33] Les quatre ouvrages connexes (le terminal de Kamloops, la station de Stump, la station de Kingsvale et la station de Hope) ainsi que l'emprise proposée pour l'oléoduc, sur une distance d'environ 226 kilomètres, seront situés sur le territoire traditionnel revendiqué par la Nation Nlaka'pamux. La station de Kingsvale se trouve dans la vallée Coldwater. L'emprise approuvée pour le pipeline longe la frontière est de la réserve de Coldwater. L'actuel pipeline de Trans Mountain traverse la réserve de Coldwater ainsi que la vallée du même nom.

[34] Les Coldwater revendiquent des droits ancestraux et le titre ancestral à l'égard des vallées Coldwater et Nicola et, de façon générale, du territoire

The Crown assessed its duty to consult Coldwater at the deeper end of the consultation spectrum.

#### F. The Stó:lō Collective

[35] One translation of the term “Stó:lō” is “People of the River”, referencing the Fraser River. The Stó:lō are a Halkomelem-speaking Coast Salish people. Traditionally, they have been tribally organized.

[36] The “Stó:lō Collective” was formed for the sole purpose of coordinating and representing the interests of its membership before the National Energy Board and in Crown consultations about the Project. The Stó:lō Collective represents the following applicants:

- (a) Aitchelitz, Skowkale, Tzeachten, Squiala First Nation, Yakweakwoose, Shxwa:y Village and Soowahlie, each of which are villages and also bands within the meaning of section 2 of the *Indian Act* (the Ts’elxweyeqw Villages). The Ts’elxweyeqw Villages collectively comprise the Ts’elxweyeqw Tribe. Members of the Ts’elxweyeqw Villages are Stó:lō people and Aboriginal peoples within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*; and,
- (b) Skwah and Kwaw-Kwaw-Apilt, each of whom are villages and also bands within the meaning of section 2 of the *Indian Act* (the Pil’Alt Villages). The Pil’Alt Villages are members of the Pil’Alt Tribe. Members of the Pil’Alt Villages are Stó:lō people and Aboriginal peoples within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. The Pil’Alt Villages are represented by the Ts’elxweyeqw Tribe in matters relating to the Project. (On March 6, 2018, Kwaw-Kwaw-Apilt filed a notice of discontinuance.)

des Nlaka’pamux, et le droit de continuer à utiliser ces terres. Selon la Couronne, son obligation de consulter les Coldwater se situe à l’extrémité supérieure du continuum applicable en la matière.

#### F. Le groupe Stó:lō

[35] L’une des traductions que l’on peut donner du terme « Stó:lō » est « peuple du fleuve », une allusion au fleuve Fraser. Les Stó:lō, un peuple salish du littoral, s’expriment en halkomelem. Ils sont traditionnellement organisés en tribus.

[36] Le « groupe Stó:lō » a été constitué dans le seul objectif de coordonner et défendre les intérêts de ses membres devant l’Office national de l’énergie et lors des consultations de la Couronne sur le projet. Il représente les demandeurs suivants :

- a) Aitchelitz, Skowkale, Tzeachten, Première Nation Squiala, Yakweakwoose, Shxwa:y Village et Soowahlie, qui sont des villages, mais aussi des bandes au sens de l’article 2 de la *Loi sur les Indiens* (les villages Ts’elxweyeqw). Les villages Ts’elxweyeqw forment collectivement la tribu Ts’elxweyeqw. Les membres des villages Ts’elxweyeqw sont des Stó:lō et appartiennent aux peuples autochtones visés par l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de l’alinéa 5(1)c) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*;
- b) Skwah et Kwaw-Kwaw-Apilt, qui sont des villages, mais aussi des bandes au sens de l’article 2 de la *Loi sur les Indiens* (les villages Pil’Alt). Les membres des villages Pil’Alt appartiennent à la tribu Pil’Alt. Ils sont des Stó:lō et appartiennent aux peuples autochtones visés par l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de l’alinéa 5(1)c) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*. Les villages Pil’Alt sont représentés par la tribu Ts’elxweyeqw pour les questions touchant le projet. (Les Kwaw-Kwaw-Apilt ont déposé un avis de désistement le 6 mars 2018.)

[37] The Stó:lō's asserted traditional territory, known as S'olh Temexw, includes the lower Fraser River watershed.

[38] The Stó:lō live in many villages, all of which are located in the lower Fraser River watershed.

[39] The existing Trans Mountain pipeline crosses, and the Project's proposed new pipeline route would cross, approximately 170 kilometres of the Stó:lō Collective applicants' asserted traditional territory, beginning from an eastern point of entry near the Coquihalla Highway and continuing to the Burrard Inlet.

[40] The Stó:lō possess established Aboriginal fishing rights on the Fraser River (*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, (1996), 137 D.L.R. (4th) 289). The Crown assessed its duty to consult Stó:lō at the deeper end of the consultation spectrum.

#### G. Upper Nicola Band

[41] The applicant Upper Nicola is a member community of the Syilx (Okanagan) Nation and a band within the meaning of section 2 of the *Indian Act*. Upper Nicola and Syilx are an Aboriginal people within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

[42] The Syilx Nation's asserted traditional territory extends from the north past Revelstoke around Kinbasket to the south to the vicinity of Wilbur, Washington. It extends from the east near Kootenay Lake to the west to the Nicola Valley. Upper Nicola currently has eight Indian Reserves within Upper Nicola's/Syilx's asserted territory. The primary residential communities are Spaxomin, located on Upper Nicola Indian Reserve No. 3 on the western shore of Douglas Lake, and Quilchena, located on Upper Nicola Indian Reserve No. 1 on the eastern shore of Nicola Lake.

[43] Approximately 130 kilometres of the Project's proposed new pipeline will cross through Upper Nicola's area of responsibility within Syilx territory. The Stump

[37] Le territoire traditionnel revendiqué par les Stó:lō, connu sous le nom de S'olh Temexw, comprend le bassin hydrographique du bas Fraser.

[38] Les Stó:lō vivent dans de nombreux villages, tous situés dans le bassin hydrographique du bas Fraser.

[39] Le tracé de l'actuel pipeline de Trans Mountain et celui proposé pour le nouveau pipeline traversent sur environ 170 kilomètres le territoire traditionnel revendiqué par le groupe Stó:lō, qui s'étend d'un point à proximité de la route de Coquihalla, à l'est, jusqu'à la baie Burrard.

[40] Les Stó:lō possèdent des droits de pêche ancestraux établis dans le fleuve Fraser (*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, 1996 CanLII 216). Selon la Couronne, son obligation de consulter les Stó:lō se situe à l'extrémité supérieure du continuum applicable en la matière.

#### G. La bande Upper Nicola

[41] La bande Upper Nicola, l'une des demanderesse, fait partie de la Nation Syilx (Okanagan) et est une bande au sens de l'article 2 de la *Loi sur les Indiens*. Les Upper Nicola et les Syilx appartiennent aux peuples autochtones au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de l'alinéa 5(1)(c) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*.

[42] Le territoire traditionnel revendiqué par la Nation Syilx s'étend, du nord au sud, d'un point situé près de Kinbasket, passé Revelstoke, jusqu'aux environs de Wilbur, dans l'État de Washington et, d'est en ouest, des environs du lac Kootenay à la vallée Nicola. Présentement, la bande Upper Nicola compte huit réserves indiennes dans le territoire revendiqué par les Upper Nicola/Syilx. Les localités principales sont Spaxomin, située dans la réserve indienne n° 3 d'Upper Nicola sur la rive ouest du lac Douglas, et Quilchena, située dans la réserve indienne Upper Nicola n° 1 sur la rive est du lac Nicola.

[43] Le pipeline proposé traversera, sur environ 130 kilomètres, le territoire des Syilx dont la bande Upper Nicola a la charge. La station Stump et la station

Station and the Kingsvale Station are also located within Syilx/Upper Nicola's asserted territory.

[44] Upper Nicola asserts responsibility to protect and preserve the claimed Aboriginal title and harvesting and other rights held collectively by the Syilx, particularly within its area of responsibility in the asserted Syilx territory. The Crown assessed its duty to consult Upper Nicola at the deeper end of the consultation spectrum.

H. Stk'emlupsemc te Secwepemc of the Secwepemc Nation

[45] The Secwepemc are an Aboriginal people living in the area around the confluence of the Fraser and Thompson Rivers. The Secwepemc Nation is comprised of seven large territorial groupings referred to as "Divisions". The Stk'emlupsemc te Secwepemc Division (SSN) is comprised of the Skeetchestn Indian Band and the Kamloops (or Tk'emlups) Indian Band. Both are bands within the meaning of section 2 of the *Indian Act*. SSN's members are also Aboriginal peoples within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

[46] The Skeetchestn Indian Band is located along the northern bank of the Thompson River, approximately 50 kilometres west of Kamloops and has four reserves. Its total registered population is 533. The Tk'emlups Indian Band is located in the Kamloops area and has six reserves. Its total registered population is 1 322. Secwepemc Territory is asserted to be a substantial landmass which encompasses many areas, including the area in the vicinity of Kamloops Lake.

[47] The existing and proposed pipeline right-of-way crosses through SSN's asserted traditional territory for approximately 350 kilometres. Approximately 80 kilometres of the proposed pipeline right-of-way and two pipeline facilities, the Black Pines Station and the Kamloops Terminal, will be located within SSN's asserted traditional territory.

Kingsvale se trouvent aussi sur le territoire revendiqué par les Syilx et Upper Nicola.

[44] La bande Upper Nicola assume la responsabilité de protéger et de préserver le titre ancestral revendiqué ainsi que les droits, notamment de cueillette, que détiennent collectivement les Syilx, particulièrement dans le secteur dont elle a la charge sur le territoire revendiqué par les Syilx. Selon la Couronne, son obligation de consulter les Upper Nicola se situe à l'extrémité supérieure du continuum applicable en la matière.

H. Les Stk'emlupsemc te Secwepemc de la Nation Secwepemc

[45] Peuple autochtone, les Secwepemc habitent au confluent du fleuve Fraser et de la rivière Thompson. La Nation Secwepemc comprend sept regroupements territoriaux appelés « divisions ». La division Stk'emlupsemc te Secwepemc (les SSN) comprend la bande indienne Skeetchestn et la bande indienne Kamloops (ou Tk'emlups), qui sont toutes deux des bandes au sens de l'article 2 de la *Loi sur les Indiens*. Les SSN appartiennent aussi aux peuples autochtones au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de l'alinéa 5(1)c) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*.

[46] La bande indienne Skeetchestn occupe des terres situées sur la rive nord de la rivière Thompson, à une cinquantaine de kilomètres à l'ouest de Kamloops. Ses quatre réserves comptent, selon les inscriptions, une population totale de 533 habitants. La bande indienne Tk'emlups, située dans la région de Kamloops, est répartie dans six réserves. Sa population inscrite s'élève à 1 322 âmes. Le territoire revendiqué par les Secwepemc, une masse terrestre considérable, englobe notamment la région du lac Kamloops.

[47] L'emprise du pipeline actuel et de celui qui est proposé traverse le territoire traditionnel revendiqué par les SSN sur environ 350 kilomètres. L'emprise du pipeline proposé traversera, sur environ quatre-vingts kilomètres, le territoire traditionnel revendiqué par les SSN, et deux ouvrages connexes, soit la station de Black Pines et le terminal de Kamloops, y seront situés.



[48] The SSN claim Aboriginal title over its traditional territory. The Crown assessed its duty to consult SSN at the deeper end of the consultation spectrum.

I. Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society

[49] These applicants are not-for-profit organizations. Their involvement in the National Energy Board review process focused primarily on the effects of Project-related marine shipping.

IV. The applications challenging the report of the National Energy Board and the Order in Council

[50] As will be discussed in more detail below, two matters are challenged in this consolidated proceeding: first, the report of the National Energy Board which recommended that the Governor in Council approve the Project and direct the Board to issue the necessary certificate of public convenience and necessity; and, second, the decision of the Governor in Council to accept the recommendation of the Board and issue the Order in Council directing the Board to issue the certificate.

[51] The following applicants applied for judicial review of the report of the National Energy Board:

- Tsleil-Waututh Nation (Court File A-232-16)
- City of Vancouver (Court File A-225-16)
- City of Burnaby (Court File A-224-16)
- The Squamish Nation and Xálek/Sekyú Siyam, Chief Ian Campbell on his own behalf and on behalf of all members of Squamish (Court File A-217-16)
- Coldwater Indian Band and Chief Lee Spahan in his capacity as Chief of Coldwater on behalf of all members of Coldwater (Court File A-223-16)

[48] Les SSN revendiquent un titre ancestral sur leur territoire traditionnel. Selon la Couronne, son obligation de consulter les SSN se situe à l'extrémité supérieure du continuum applicable en la matière.

I. Raincoast Conservation Foundation et Living Oceans Society

[49] Ces demandresses sont des organismes sans but lucratif. Leur intervention dans le processus d'examen de l'Office national de l'énergie concernait principalement les répercussions du transport maritime découlant du projet.

IV. Les demandes attaquant le rapport de l'Office national de l'énergie et le décret

[50] Comme nous le verrons plus en détail, les présentes demandes réunies portent sur deux faits : premièrement, le rapport de l'Office national de l'énergie, qui recommandait au gouverneur en conseil d'approuver le projet et d'enjoindre à l'Office de délivrer les certificats d'utilité publique requis; deuxièmement, la décision du gouverneur en conseil d'accepter la recommandation de l'Office et de prendre le décret enjoignant à l'Office de délivrer le certificat.

[51] Les demandeurs suivants ont sollicité le contrôle judiciaire du rapport de l'Office national de l'énergie :

- La Tsleil-Waututh Nation (dossier A-232-16)
- La Ville de Vancouver (dossier A-225-16)
- La Ville de Burnaby (dossier A-224-16)
- La Nation Squamish, Xálek/Sekyú Siyam et le chef Ian Campbell, pour son propre compte et au nom de tous les membres des Squamish (dossier A-217-16)
- Bande indienne Coldwater et le chef Lee Spahan, en sa qualité de chef des Coldwater agissant au nom de tous les membres des Coldwater (dossier A-223-16)

- Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society (Court File A-218-16).

[52] The following applicants applied, with leave, for judicial review of the decision of the Governor in Council:

- Tsleil-Waututh Nation (Court File A-78-17)
- City of Burnaby (Court File A-75-17)
- The Squamish Nation and Xálek/Sekyú Siyam, Chief Ian Campbell on his own behalf and on behalf of all members of Squamish (Court File A-77-17)
- Coldwater Indian Band and Chief Lee Spahan in his capacity as Chief of Coldwater on behalf of all members of Coldwater (Court File A-76-17)
- The Stó:lō Collective applicants (Court File A-86-17)
- Upper Nicola Band (Court File A-74-17)
- Chief Ron Ignace and Chief Fred Seymour, on their own behalf and on behalf of all other members of Stk'emlupsemc te Secwepemc of the Secwepemc Nation (Court File A-68-17)
- Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society (Court File A-84-17).

#### V. The legislative regime

[53] For ease of reference the legislative provisions referred to in this section of the reasons are set out in the Appendix to these reasons.

- A. The requirements of the *National Energy Board Act*

[54] As explained above, no company may operate an interprovincial or international pipeline in Canada unless the National Energy Board has issued a certificate

- Raincoast Conservation Foundation et Living Oceans Society (dossier A-218-16).

[52] Les demandeurs suivants ont été autorisés à présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision du gouverneur en conseil :

- La Tsleil-Waututh Nation (dossier A-78-17)
- La Ville de Burnaby (dossier A-75-17)
- La Nation Squamish, Xálek/Sekyú Siyam et le chef Ian Campbell, pour son propre compte et au nom de tous les membres des Squamish (dossier A-77-17)
- La bande indienne Coldwater et le chef Lee Spahan, en sa qualité de chef des Coldwater agissant au nom de tous les membres des Coldwater (dossier A-76-17)
- Les demandeurs formant le groupe Stó:lō (dossier A-86-17)
- La bande Upper Nicola (dossier A-74-17)
- Les chefs Ron Ignace et Fred Seymour, pour leur propre compte et au nom de tous les membres des Stk'emlupsemc te Secwepemc de la Nation Secwepemc (dossier A-68-17)
- Raincoast Conservation Foundation et Living Oceans Society (dossier A-84-17).

#### V. Le régime législatif

[53] Par souci de commodité, les dispositions mentionnées sous le présent titre sont reproduites à l'annexe des présents motifs.

- A. Les exigences de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*

[54] Comme nous l'avons déjà expliqué, pour exploiter un pipeline interprovincial ou international au Canada, une compagnie doit avoir obtenu un certificat d'utilité

of public convenience and necessity, and, after the pipeline is built, has given leave to the company to open the pipeline.

[55] Trans Mountain’s completed application for a certificate of public convenience and necessity for the Project triggered the National Energy Board’s obligation to assess the Project pursuant to section 52 of the *National Energy Board Act*. Subsection 52(1) of that Act requires the Board to prepare and submit to the Minister of Natural Resources, for transmission to the Governor in Council, a report which sets out the Board’s recommendation as to whether the certificate should be granted, together with all of the terms and conditions that the Board considers the certificate should be subject to if issued. The Board is to provide its reasons for its recommendation. When considering whether to recommend issuance of a certificate the Board is required to take into account “whether the pipeline is and will be required by the present and future public convenience and necessity” [paragraph 52(1)(a)].

[56] The Board’s recommendation is, pursuant to subsection 52(2) of the *National Energy Board Act*, to be based on “all considerations that appear to it to be directly related to the pipeline and to be relevant” and the Board may have regard to five specifically enumerated factors which include “any public interest that in the Board’s opinion may be affected by the issuance of the certificate or the dismissal of the application” [paragraph 52(2)(e)].

[57] If an application relates to a “designated” project, as defined in section 2 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the Board’s report must also set out the Board’s environmental assessment of the project. This assessment is to be prepared under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* (subsection 52(3) of the *National Energy Board Act*). A designated project is defined in section 2 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*:

**Definitions**

**2 (1) ...**

*designated project* means one or more physical activities that

publique de l’Office national de l’énergie qui, après la construction du pipeline, doit avoir autorisé sa mise en service.

[55] Dès lors que la demande de certificat d’utilité publique présentée par Trans Mountain était complète, l’Office national de l’énergie était tenu, en vertu de l’article 52 de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*, d’évaluer le projet. Le paragraphe 52(1) exige que l’Office établisse et présente au ministre des Ressources naturelles, pour transmission au gouverneur en conseil, un rapport dans lequel figure la recommandation de l’Office quant à l’opportunité de délivrer le certificat ainsi que les conditions dont ce dernier, s’il est délivré, devrait être assorti. L’Office doit assortir sa recommandation de motifs. Dans cette analyse, l’Office doit tenir compte « du caractère d’utilité publique, tant pour le présent que pour le futur, du pipeline » [alinéa 52(1)a)].

[56] Aux termes du paragraphe 52(2) de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*, la recommandation de l’Office doit tenir compte de « tous les facteurs qu’il estime directement liés au pipeline et pertinents » et de cinq facteurs exprès, dont « les conséquences sur l’intérêt public que peut, à son avis, avoir la délivrance du certificat ou le rejet de la demande » [alinéa 52(2)e)].

[57] Si une demande vise un « projet désigné » au sens de l’article 2 de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*, le rapport de l’Office doit aussi contenir l’évaluation environnementale du projet, établie sous le régime de cette loi (paragraphe 52(3) de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*). Le terme « projet désigné » est défini à l’article 2 de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)* en ces termes :

**Définitions**

**2 (1) [...]**

*projet désigné* Une ou plusieurs activités concrètes :

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

(b) are designated by regulations made under paragraph 84(a) or designated in an order made by the Minister under subsection 14(2); and

(c) are linked to the same federal authority as specified in those regulations or that order.

It includes any physical activity that is incidental to those physical activities. (*projet désigné*)

[58] The remaining subsections in section 52 deal with the timeframe in which the Board must complete its report. Generally, a report must be submitted to the Minister within the time limit specified by the Chair of the Board. The specified time limit must not be longer than 15 months after the completed application has been submitted to the Board.

B. The requirements of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*

[59] Pursuant to subsection 4(3) of the *Regulations Designating Physical Activities*, SOR/2012-147, and section 46 of the Schedule thereto, because the Project includes a new onshore pipeline longer than 40 kilometres, the Project is a designated project as defined in part (b) of the definition of “designated project” set out in paragraph 57 above. In consequence, the Board was required to conduct an environmental assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. For this purpose, subsection 15(b) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* designated the National Energy Board to be the sole responsible authority for the environmental assessment.

[60] As the responsible authority, the Board was required to take into account the environmental effects enumerated in subsection 5(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. These effects include changes caused to the land, water or air and to the life forms that inhabit these elements of the environment. The effects to be considered are to include the effects upon Aboriginal peoples’ health and socio-economic conditions, their physical and cultural heritage, their current use of lands and resources for traditional purposes, and

a) exercées au Canada ou sur un territoire domanial;

b) désignées soit par règlement pris en vertu de l’alinéa 84a), soit par arrêté pris par le ministre en vertu du paragraphe 14(2);

c) liées à la même autorité fédérale selon ce qui est précisé dans ce règlement ou cet arrêté.

Sont comprises les activités concrètes qui leur sont accessibles. (*designated project*)

[58] Les autres paragraphes de l’article 52 prévoient le délai d’établissement du rapport. De façon générale, le rapport doit être présenté au ministre dans le délai fixé par le président de l’Office. Ce délai ne peut excéder 15 mois suivant la date où la demande complète a été présentée à l’Office.

B. Les exigences de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*

[59] Par le jeu du paragraphe 4(3) du *Règlement désignant les activités concrètes*, DORS/2012-147, et de l’article 46 de l’annexe de ce règlement, le projet, comme il vise un nouveau pipeline terrestre d’une longueur supérieure à 40 kilomètres, constitue un projet désigné au sens de l’alinéa b) de la définition de ce terme reproduite au paragraphe 57 des présents motifs. Par conséquent, l’Office devait effectuer une évaluation environnementale en application de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*, dont l’alinéa 15b) le désigne comme seule autorité responsable à cet égard.

[60] À titre d’autorité responsable, l’Office devait tenir compte des effets environnementaux énumérés au paragraphe 5(1) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*, dont les changements causés aux terres, à l’eau et à l’air ainsi qu’aux organismes vivants qui s’y trouvent. L’Office doit examiner, s’agissant des peuples autochtones, les répercussions en matière sanitaire et socio-économique, sur le patrimoine naturel et le patrimoine culturel, sur l’usage courant de terres et de ressources à des fins traditionnelles, et sur toute construction,

any structure, site or thing that is of historical, archaeological, paleontological or architectural significance.

[61] Subsection 19(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* required the Board to take into account a number of enumerated factors when conducting the environmental assessment, including:

- the environmental effects of the designated project (including the environmental effects of malfunctions or accidents that may occur in connection with the designated project) and any cumulative environmental effects that are likely to result from the designated project in combination with other physical activities that have been or will be carried out;
- mitigation measures that are technically and economically feasible and that would mitigate any significant adverse environmental effects of the designated project;
- alternative means of carrying out the designated project that are technically and economically feasible, and the environmental effects of any such alternative means; and
- any other matter relevant to the environmental assessment that the responsible authority, here the Board, requires to be taken into account.

[62] The Board was also required under subsection 29(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* to make recommendations to the Governor in Council with respect to the decision to be made by the Governor in Council under paragraph 31(1)(a) of that Act—a decision about the existence of significant adverse environmental effects and whether those effects can be justified in the circumstances.

#### C. Consideration by the Governor in Council

[63] Once in receipt of the report prepared in accordance with the requirements of the *National Energy Board Act* and the *Canadian Environmental Assessment*

emplacement ou chose d'importance sur le plan historique, archéologique, paléontologique ou architectural.

[61] Sous le régime du paragraphe 19(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, l'Office, au moment de procéder à l'évaluation environnementale, devait prendre en compte certains éléments énumérés, notamment :

- les effets environnementaux du projet désigné, y compris ceux causés par les accidents ou défaillances pouvant en résulter, et les effets cumulatifs que sa réalisation, combinée à celle d'autres activités concrètes, passées ou futures, est susceptible de causer à l'environnement;
- les mesures d'atténuation réalisables, sur les plans technique et économique, des effets environnementaux négatifs importants du projet désigné;
- les solutions de rechange réalisables, sur les plans technique et économique, et leurs effets environnementaux;
- tout autre élément utile à l'évaluation environnementale dont l'autorité responsable—en l'occurrence l'Office—exige la prise en compte.

[62] L'Office devait aussi, en application du paragraphe 29(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, faire une recommandation au gouverneur en conseil quant à la décision que celui-ci doit prendre aux termes de l'alinéa 31(1)a de cette loi—à savoir si le projet est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants et, auquel cas, s'ils sont justifiables dans les circonstances.

#### C. L'examen par le gouverneur en conseil

[63] Après réception du rapport préparé conformément à la *Loi sur l'Office national de l'énergie* et à la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, le

*Act, 2012*, the Governor in Council may make its decision concerning the proponent’s application for a certificate.

[64] Three decisions are available to the Governor in Council. It may, by order:

- i. “direct the Board to issue a certificate in respect of the pipeline or any part of it and to make the certificate subject to the terms and conditions set out in the report” (paragraph 54(1)(a) of the *National Energy Board Act*); or
- ii. “direct the Board to dismiss the application for a certificate” (paragraph 54(1)(b) of the *National Energy Board Act*); or
- iii. “refer the recommendation, or any of the terms and conditions, set out in the report back to the Board for reconsideration” and specify a time limit for the reconsideration (subsections 53(1) and (2) of the *National Energy Board Act*).

[65] Subsection 54(2) of the *National Energy Board Act* requires that the Governor in Council’s order “must set out the reasons for making the order.”

[66] Subsection 54(3) of the *National Energy Board Act* requires the Governor in Council to issue its order within three months after the Board’s report is submitted to the Minister. The Governor in Council may, on the recommendation of the Minister, extend this time limit.

[67] Additionally, once the National Energy Board as the responsible authority for the designated project has submitted its report with respect to the environmental assessment, pursuant to subsection 31(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the Governor in Council may, by order made under subsection 54(1) of the *National Energy Board Act*, “decide, taking into account the implementation of any mitigation measures specified in the report with respect to the environmental assessment ... that the designated project”:

gouverneur en conseil décide s’il y a lieu de délivrer le certificat au promoteur.

[64] Le gouverneur en conseil peut prendre l’une de trois décisions, à savoir, dans l’ordre :

- i. « donner à l’Office instruction de délivrer un certificat à l’égard du pipeline ou d’une partie de celui-ci et de l’assortir des conditions figurant dans le rapport » (alinéa 54(1)a) de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*);
- ii. « donner à l’Office instruction de rejeter la demande de certificat » (alinéa 54(1)b) de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*);
- iii. « renvoyer la recommandation ou toute condition figurant au rapport à l’Office pour réexamen » et préciser un délai pour le réexamen (paragraphes 53(1) et (2) de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*).

[65] Le paragraphe 54(2) de la *Loi sur l’Office national de l’énergie* prévoit que le gouverneur en conseil « énonce, dans le décret, les motifs de celui-ci ».

[66] Le paragraphe 54(3) de la *Loi sur l’Office national de l’énergie* prévoit que le gouverneur en conseil prend le décret dans les trois mois suivant la remise du rapport de l’Office au ministre. Le gouverneur en conseil peut, sur la recommandation du ministre, proroger ce délai.

[67] De plus, une fois que l’Office national de l’énergie, en sa qualité d’autorité responsable à l’égard du projet désigné, a présenté son rapport d’évaluation environnementale, le gouverneur en conseil peut, en application du paragraphe 31(1) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*, par décret pris en vertu du paragraphe 54(1) of the *Loi sur l’Office national de l’énergie*, « décider, compte tenu de l’application des mesures d’atténuation précisées dans le rapport d’évaluation environnementale [...], que la réalisation du projet, selon le cas » :



**Governor in Council's decision****31 (1) ...****(a) ...**

**(i)** is not likely to cause significant adverse environmental effects,

**(ii)** is likely to cause significant adverse environmental effects that can be justified in the circumstances, or

**(iii)** is likely to cause significant adverse environmental effects that cannot be justified in the circumstances;

VI. The report of the National Energy Board

[68] On May 19, 2016, the Board issued its report which recommended approval of the Project. The recommendation was based on a number of findings, including:

- With the implementation of Trans Mountain's environmental protection procedures and mitigation measures, and the Board's recommended conditions, the Project is not likely to cause significant adverse environmental effects.
- However, effects from the operation of Project-related marine vessels would contribute to the total cumulative effects on the Southern resident killer whales, and would further impede the recovery of that species. Southern resident killer whales are an endangered species that reside in the Salish Sea. Project-related marine shipping follows a route through the Salish Sea to the open ocean that travels through the whales' critical habitat as identified in the Recovery Strategy for the Northern and Southern resident killer whales. The Board's [at page xii] finding was that "the operation of Project-related marine vessels is likely to result in significant adverse effects to the Southern resident killer whale, and that it is likely to result in significant adverse effects on Aboriginal cultural uses associated with these marine mammals."

**Décisions du gouverneur en conseil****31 (1) [...]****a) [...]**

**(i)** n'est pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants,

**(ii)** est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants qui sont justifiables dans les circonstances,

**(iii)** est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants qui ne sont pas justifiables dans les circonstances;

VI. Le rapport de l'Office national de l'énergie

[68] Le 19 mai 2016, l'Office a rendu son rapport recommandant l'approbation du projet. Cette recommandation reposait sur plusieurs conclusions, dont les suivantes :

- Pourvu que les mesures d'atténuation et de protection de l'environnement prévues par Trans Mountain soient prises et que les conditions recommandées par l'Office soient respectées, le projet n'est pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants.
- Toutefois, le passage des navires associés au projet contribuerait aux effets cumulatifs sur les épaulards résidents du sud et ralentirait d'autant le rétablissement de cette population. Ces épaulards sont une espèce en voie de disparition vivant dans la mer des Salish. Le transport maritime qu'entraînera le projet empruntera la mer des Salish pour atteindre l'océan. Ce trajet traverse un habitat essentiel visé par le Programme de rétablissement des épaulards résidents du nord et du sud. L'Office a conclu [à la page xii] que « le passage des navires associés au projet entraînerait des effets négatifs importants sur les épaulards résidents du sud, ce qui pourrait fort bien se répercuter en des effets négatifs importants sur les usages culturels autochtones en rapport avec ces mammifères marins ».

- The likelihood of a spill from the Project or from a Project-related tanker would be very low in light of the mitigation and safety measures to be implemented. However, the consequences of large spills could be high.
- The Board's recommendation and decisions with respect to the Project were consistent with subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.
- The Project would be in the Canadian public interest and would be required by the present and future public convenience and necessity.
- If approved, the Board would attach 157 conditions to the certificate of public convenience and necessity. The conditions dealt with a broad range of matters, including the safety and integrity of the pipeline, emergency preparedness and response and ongoing consultation with affected entities, including Indigenous communities.
- En raison des mesures d'atténuation et de sécurité prévues, il est peu probable que le projet ou un pétrolier qui y est associé entraîne un déversement. Toutefois, un déversement majeur pourrait avoir de lourdes conséquences.
- La recommandation et les décisions de l'Office quant au projet respectaient le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.
- Le projet serait dans l'intérêt public canadien et d'utilité publique tant pour le présent que pour le futur.
- Si le projet est approuvé, l'Office assortirait le certificat d'utilité publique de 157 conditions portant sur une grande variété de sujets, dont la sécurité et l'intégrité du pipeline, la préparation et l'intervention d'urgence ainsi que la consultation continue avec les entités touchées, notamment les communautés autochtones.

#### VII. The decision of the Governor in Council

[69] On November 29, 2016, the Governor in Council issued the Order in Council, accepting the Board's recommendation that the Project be approved and directing the Board to issue a certificate of public convenience and necessity to Trans Mountain.

[70] The Order in Council contained a number of recitals, two of which are relevant to these applications. First, the Governor in Council stated its satisfaction "that the consultation process undertaken is consistent with the honour of the Crown and the [Aboriginal] concerns and interests have been appropriately accommodated". Second, the Governor in Council accepted the Board's recommendation that the Project is required by present and future public convenience and necessity and that it will not likely cause significant adverse environmental effects.

[71] The Order in Council was followed by a 20-page explanatory note which was stated not to form part of the

#### VII. La décision du gouverneur en conseil

[69] Le 29 novembre 2016, le gouverneur en conseil a promulgué le décret, par lequel il acceptait la recommandation de l'Office d'approuver le projet et enjoignait à l'Office de délivrer un certificat d'utilité publique à Trans Mountain.

[70] Le décret contient des attendus, dont deux sont pertinents pour les besoins des présentes demandes. Premièrement, le gouverneur en conseil déclare être convaincu « que le processus de consultation est compatible avec l'honneur de la Couronne et que les préoccupations et intérêts [des Autochtones] ont fait l'objet de mesures d'accommodement appropriées ». Deuxièmement, le gouverneur en conseil accepte la recommandation de l'Office selon laquelle le projet présentera un caractère d'utilité publique, tant pour le présent que pour le futur, et qu'il n'est pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants.

[71] Le décret est suivi d'une note explicative de 20 pages précisant qu'elle ne fait pas partie du décret.

Order in Council. The Explanatory Note described the Project and its objectives and the review process before the National Energy Board, and summarized the issues raised before the Board. The Explanatory Note also dealt with matters that post-dated the Board's report and set out the government's "response to what was heard" [at page 18].

### VIII. Factual background

#### A. Canada's consultation process

[72] The first step in the consultation process was determining the Indigenous groups whose rights and interests might be adversely impacted by the Project. In order to do this, a number of federal departments and the National Energy Board coordinated research and analysis on the proximity of Indigenous groups' traditional territories to elements of the Project, including the proposed pipeline right-of-way, the marine terminal expansion, and the designated shipping lanes. Approximately 130 Indigenous groups were identified, including all of the Indigenous applicants.

[73] On August 12, 2013, the National Energy Board wrote to the identified Indigenous groups to advise that Trans Mountain had filed a Project description on May 23, 2013, and to provide preliminary information about the upcoming review process. This letter also attached a letter from the Major Projects Management Office of Natural Resources Canada. The Major Projects Management Office's letter advised that Canada would rely on the National Energy Board's public hearing process:

to the extent possible, to fulfil any Crown duty to consult Aboriginal groups for the proposed Project. Through the [National Energy Board] process, the [Board] will consider issues and concerns raised by Aboriginal groups. The Crown will utilise the [National Energy Board] process to identify, consider and address the potential adverse impacts of the proposed Project on established or potential Aboriginal and treaty rights.

Cette note explicative décrit le projet, ses objectifs et la procédure d'examen devant l'Office national de l'énergie, et résume les questions soulevées devant l'Office. La note explicative traite aussi de questions soulevées après la publication du rapport de l'Office et énonce la « Réponse du gouvernement aux commentaires exprimés aux audiences » [à la page 18 de la note explicative].

### VIII. Les faits

#### A. Le processus de consultation du Canada

[72] La première étape du processus de consultation consistait à déterminer quels groupes autochtones pourraient voir leurs droits et intérêts être touchés par le projet. Pour ce faire, plusieurs ministères fédéraux et l'Office national de l'énergie ont entrepris de concert des recherches et des analyses sur la proximité, par rapport aux territoires traditionnels de groupes autochtones, des éléments du projet, notamment l'emprise du pipeline proposé, l'agrandissement du terminal maritime et les voies maritimes désignées. Environ 130 groupes autochtones ont été recensés, dont l'ensemble des demandeurs autochtones en l'espèce.

[73] Le 12 août 2013, l'Office national de l'énergie a écrit aux groupes autochtones recensés pour les aviser que Trans Mountain avait déposé le 23 mai 2013 une description du projet et pour leur fournir des renseignements préliminaires concernant le processus d'examen à venir. Était également jointe à cet envoi une lettre du Bureau de gestion des grands projets de Ressources naturelles Canada. Dans cette lettre, le Bureau indiquait que le Canada s'en remettrait, [TRADUCTION] « dans la mesure du possible », au processus d'audience publique de l'Office national de l'énergie :

[TRADUCTION] pour s'acquitter de l'obligation de la Couronne de consulter les groupes autochtones à l'égard du projet proposé. Dans le cadre [de son] processus, [l'Office national de l'énergie] examinera les questions et préoccupations soulevées par les groupes autochtones. La Couronne aura recours au processus [de l'Office national de l'énergie] pour cerner, examiner et évaluer les effets négatifs possibles du projet proposé sur des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou non.

[74] In subsequent letters sent to Indigenous groups between August 2013 and February 19, 2016, the Major Projects Management Office directed Indigenous groups that could be impacted by the Project to participate in and communicate their concerns through the National Energy Board public hearings. Additionally, Indigenous groups were advised that Canada viewed the consultation process to be as follows:

- i. Canada would rely, to the extent possible, on the Board's process to fulfil its duty to consult Indigenous peoples about the Project;
- ii. There would be four phases of Crown consultation:
  - a. "Phase I": early engagement, from the submission of the Project description to the start of the National Energy Board hearing;
  - b. "Phase II": the National Energy Board hearing, commencing with the start of the Board hearing and continuing until the close of the hearing record;
  - c. "Phase III": consideration by the Governor in Council, commencing with the close of the hearing record and continuing until the Governor in Council rendered its decision in relation to the Project; and
  - d. "Phase IV": regulatory authorization should the Project be approved, commencing with the decision of the Governor in Council and continuing until the issuance of department regulatory approvals, if required.
- iii. Natural Resources Canada's Major Projects Management Office would serve as the Crown Consultation Coordinator for the Project.

[74] Dans des lettres ultérieures envoyées aux groupes autochtones entre août 2013 et le 19 février 2016, le Bureau de gestion des grands projets a demandé aux groupes autochtones susceptibles d'être touchés par le projet de participer aux audiences publiques de l'Office national de l'énergie pour y faire connaître leurs préoccupations. Les groupes autochtones ont en outre été avisés que le Canada envisageait le processus de consultation comme suit :

- i. Le Canada s'en remettrait, dans la mesure du possible, au processus de l'Office pour s'acquitter de son obligation de consulter les peuples autochtones au sujet du projet;
- ii. La consultation de la Couronne comporterait quatre étapes :
  - a. « étape I » : la participation initiale, de la présentation de la description du projet jusqu'avant la tenue des audiences de l'Office;
  - b. « étape II » : les audiences de l'Office national de l'énergie, du début jusqu'à la fermeture du dossier de l'audience;
  - c. « étape III » : l'examen par le gouverneur en conseil, de la fermeture du dossier de l'audience jusqu'à la décision du gouverneur en conseil sur le projet;
  - d. « étape IV » : autorisations réglementaires advenant l'approbation du projet, de la décision du gouverneur en conseil jusqu'à la délivrance des approbations ministérielles prescrites par le régime législatif, au besoin.
- iii. Le Bureau de gestion des grands projets de Ressources naturelles Canada agirait comme coordonnateur des consultations de la Couronne pour le projet.

- iv. Following Phase III consultations, an adequacy of consultation assessment would be prepared by the Crown. The assessment would be based upon the depth of consultation owed to each Indigenous group. The depth of consultation owed would in turn be based upon the Project's potential impact on each group and the strength of the group's claim to potential or established Aboriginal or treaty rights.

[75] On May 25, 2015, towards the end of Phase II, the Major Projects Management Office wrote to Indigenous groups, including the applicants, to provide additional information on the scope and timing of Phase III Crown consultation. Indigenous groups were advised that:

- i. Canada intended to submit summaries of the concerns and issues Indigenous groups had brought forward to date and to seek feedback on the completeness and accuracy of the summaries. The summaries would be issued in the form of Information Requests, a Board hearing process explained below. Canada would also seek Indigenous groups' views on adverse impacts not yet addressed by Trans Mountain's mitigation measures. The Crown would use the information provided by Indigenous groups to "refine our current understanding of the potential impacts of the project on asserted or established Aboriginal or treaty rights".
- ii. Phase III consultation would focus on two questions:
- a. Are there outstanding concerns with respect to Project-related impacts to potential or established Aboriginal or treaty rights?
- b. Are there incremental accommodation measures that should be considered by the Crown to address any outstanding concerns?

- iv. Après les consultations de l'étape III, la Couronne évaluerait les consultations pour décider si elles étaient suffisantes, selon la portée de son obligation à l'égard de chaque groupe autochtone. La portée des consultations nécessaires dépendrait des répercussions possibles du projet sur chaque groupe et de la solidité de la revendication du groupe à l'égard des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou non.

[75] Le 25 mai 2015, vers la fin de l'étape II, le Bureau de gestion des grands projets a écrit aux groupes autochtones, y compris aux demandeurs, pour leur donner des renseignements additionnels sur l'étendue des consultations de la Couronne ainsi que le calendrier. Les groupes autochtones ont été avisés de ce qui suit :

- i. Le Canada avait l'intention de résumer les préoccupations et les questions qui avaient été soulevées par les groupes autochtones et de solliciter les commentaires de ces derniers sur l'exhaustivité et l'exactitude de ces résumés. Pour ce faire, il procéderait par demande de renseignements, un processus qui ressortit à l'étape de l'audience devant l'Office et expliqué ci-après. Le Canada solliciterait aussi l'opinion des groupes autochtones sur les effets négatifs non visés par les mesures d'atténuation proposées par Trans Mountain. Les renseignements fournis par les groupes autochtones serviraient à [TRADUCTION] « améliorer la compréhension des répercussions éventuelles sur des droits ancestraux ou issus de traités revendiqués ou établis ».
- ii. Les consultations de l'étape III porteraient sur deux questions :
- a. Demeure-t-il des préoccupations quant aux effets du projet sur des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou non?
- b. La Couronne devrait-elle envisager certaines mesures d'accommodement supplémentaires pour y répondre?

- iii. Information made available to the Crown throughout each phase of the consultation process would be consolidated into a “Crown Consultation Report”. “This report will summarize both the procedural aspects of consultations undertaken and substantive issues raised by Aboriginal groups, as well as how these issues may be addressed in the process”. The section of the Crown Consultation Report dealing with each Indigenous group would be provided to the group for review and comment before the report was placed before the Governor in Council.
- iv. If Indigenous groups identified outstanding concerns there were a number of options which might “be considered and potentially acted upon.” The options were described to be:

The Governor in Council has the option of asking the [National Energy Board] to reconsider its recommendation and conditions. Federal and provincial governments could undertake additional consultations prior to issuing additional permits and/or authorizations. Finally, federal and provincial governments can also use existing or new policy and program measures to address outstanding concerns. [Underlining added.]

#### B. Prehearing matters and the Project application

[76] To facilitate participation in the National Energy Board hearing process, the Board operates a participant funding program. On July 22, 2013, the Board announced that it was making funding available under this program to assist landowners, Indigenous groups and other interested parties to participate in the Board’s consideration of the Project. To apply for funding, a party required standing as an intervener in the Board’s process.

[77] On July 29, 2013, the Board released its “list of issues” which identified the topics the Board would consider in its review of the Project. The following issues of relevance to these applications were included:

- iii. Les renseignements recueillis par la Couronne à chaque étape du processus de consultations seraient réunis dans un rapport des consultations de la Couronne. [TRADUCTION] « Ce rapport résumera les aspects procéduraux des consultations menées et les questions de fond soulevées par les groupes autochtones ainsi que la façon dont ces questions peuvent être traitées dans le processus. Chaque groupe autochtone recevrait la section du rapport des consultations de la Couronne le concernant pour examen et commentaires avant la présentation du rapport au gouverneur en conseil.
- iv. Si des groupes autochtones avaient indiqué que des préoccupations demeuraient, plusieurs options pourraient [TRADUCTION] « être examinées et éventuellement retenues ». Les options ont été décrites en ces termes :

[TRADUCTION] Le gouverneur en conseil a l’option de demander [à l’Office national de l’énergie] d’examiner sa recommandation et ses conditions. Les gouvernements fédéral et provinciaux pourraient mener des consultations additionnelles avant de délivrer de nouveaux permis ou autorisations. Enfin, les gouvernements fédéral et provinciaux peuvent aussi recourir aux politiques existantes ou nouvelles ainsi qu’aux programmes pour répondre aux préoccupations qui subsistent. [Non souligné dans l’original.]

#### B. Les questions préliminaires et la demande visant le projet

[76] L’Office national de l’énergie a un programme d’aide financière pour faciliter la participation à ses audiences. Le 22 juillet 2013, l’Office a annoncé que, dans le cadre de ce programme, il mettait des fonds à la disposition des propriétaires fonciers, des groupes autochtones et des autres parties intéressées souhaitant participer à l’examen du projet. Les demandes de financement étaient réservées à ceux ayant obtenu la qualité d’intervenants devant l’Office.

[77] Le 29 juillet 2013, l’Office a publié sa « liste des questions » qui énumérait les sujets sur lesquels porterait l’examen du projet, dont les suivants, qui concernent les présentes demandes :



- the need for the proposed Project;
  - the potential environmental and socio-economic effects of the proposed Project, including any cumulative environmental effects that were likely to result from the Project, including those the Board's Filing Manual required to be considered;
  - the potential environmental and socio-economic effects of marine shipping activities that would result from the proposed Project, including the potential effects of accidents or malfunctions that might occur;
  - the terms and conditions to be included in any recommendation to approve the Project that the Board might issue;
  - the potential impacts of the Project on Indigenous interests;
  - contingency plans for spills, accidents or malfunctions, during construction and operation of the Project.
- la nécessité du projet proposé;
  - les effets environnementaux et socio-économiques éventuels du projet proposé, y compris les effets environnementaux cumulatifs susceptibles de découler du projet, notamment ceux dont le Guide de dépôt de l'Office exige l'examen;
  - les effets environnementaux et socio-économiques éventuels des activités de transport maritime découlant du projet proposé, notamment les conséquences d'accidents ou de défaillances qui pourraient survenir;
  - les conditions dont devrait être assortie toute recommandation par l'Office visant l'approbation du projet, le cas échéant;
  - les effets possibles du projet sur des intérêts autochtones;
  - les plans d'urgence en cas de déversement, d'accident ou de défaillance au cours de la construction ou de l'exploitation du projet.

[78] On September 10, 2013, the Board issued "*Filing Requirements Related to the Potential Environmental and Socio-Economic Effects of Increased Marine Shipping Activities*." This was a guidance document intended to assist the proponent. The document described requirements that supplemented those set out in the Board's Filing Manual.

[79] In particular, this guidance document required Trans Mountain's assessment of accidents and malfunctions to deal with a number of things, including measures to reduce the potential for accidents and malfunctions, credible worst case spill scenarios together with smaller spill scenarios and information on the fate and behaviour of any spilled hydrocarbons. For all mitigation measures Trans Mountain proposed, it was required to describe the roles, responsibilities and capabilities of each relevant organization in implementing mitigation measures, and the level of care and control Trans Mountain would have in overseeing or implementing the measures.

[78] Le 10 septembre 2013, l'Office a publié un document d'orientation intitulé « *Exigences de dépôt liées aux éventuels effets environnementaux et répercussions socio-économiques d'un transport maritime accru* » en vue d'aider le promoteur. Ce document énonce les exigences complémentaires à celles mentionnées dans le Guide de dépôt de l'Office.

[79] Plus précisément, ce document d'orientation exige que Trans Mountain, dans son évaluation des risques d'accident et de défaillance, aborde divers sujets, dont les mesures d'atténuation des risques d'accident et de défaillance, des scénarios plausibles des pires cas de déversement, des scénarios de déversement de moindre envergure et le mouvement et le comportement d'hydrocarbures déversés. Pour toutes les mesures d'atténuation proposées, Trans Mountain doit décrire les rôles, responsabilités et capacité de chaque organisme concerné relatifs à la mise en œuvre des mesures d'atténuation, et les précautions et le contrôle dont Trans Mountain doit faire preuve en matière de surveillance et de mise en œuvre des mesures.

[80] On December 16, 2013, Trans Mountain formally filed its application, seeking approval to construct and operate the Project.

C. The scoping decision and the hearing order

[81] On April 2, 2014, the Board issued a number of decisions setting the parameters of the Project's environmental assessment and establishing the hearing process for the Project. Three of these decisions are of particular relevance to these applications.

[82] First, the Board issued a hearing order which set out timelines and a process for the hearing. The hearing order did not allow any right of oral cross-examination. Instead, the hearing order provided a process whereby interveners and the Board could submit written interrogatories, referred to as Information Requests, to Trans Mountain. The hearing order also set out a process for interveners and the Board to compel adequate responses to their Information Requests, an opportunity for Indigenous groups to provide oral traditional evidence, and allowed both written arguments in chief and summary oral arguments.

[83] Next, in the decision referred to as the “scoping” decision, the Board defined the “designated project” to be assessed, and described the factors to be assessed under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* (and the scope of each factor). In defining the “designated project”, the Board did not include marine shipping activities as part of the “designated project”. Rather, the Board stated that it would consider the effects of increased marine shipping under the *National Energy Board Act*. To the extent there was potential for environmental effects of the designated project to interact with the effects of the marine shipping, the Board would consider those effects under the cumulative effects portion of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* environmental assessment.

[84] Finally, the Board ruled on participation rights in the hearing. The Board granted participation status to

[80] Le 16 décembre 2013, Trans Mountain a déposé, en bonne et due forme, sa demande d'approbation de la construction et de l'exploitation du projet.

C. La décision relative à la portée et l'ordonnance relative à l'audience

[81] Le 2 avril 2014, l'Office a rendu plusieurs décisions permettant l'établissement des paramètres de l'évaluation environnementale du projet et la tenue de l'audience relative au projet. Trois d'entre elles sont particulièrement pertinentes en l'espèce.

[82] Premièrement, l'Office a rendu une ordonnance relative à l'audience qui établissait le calendrier et la procédure applicable. Cette ordonnance n'accordait aucun droit de mener des contre-interrogatoires de vive voix. Elle prévoyait plutôt un mécanisme permettant aux intervenants et à l'Office de présenter des questions par écrit — les demandes de renseignements — à Trans Mountain. Cette ordonnance prévoyait également un moyen pour les intervenants et l'Office de s'assurer d'obtenir des réponses adéquates aux demandes de renseignements et pour les groupes autochtones de fournir une preuve orale sur leurs traditions. Elle autorisait de plus la présentation d'observations écrites à l'interrogatoire principal et d'un résumé oral.

[83] Ensuite, dans la décision sur la détermination de la portée du projet, l'Office a défini le « projet désigné » et a énuméré les éléments à évaluer sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* (et la portée de chaque élément). Dans sa définition du « projet désigné », l'Office n'a pas mentionné les activités de navigation maritime. Il a déclaré qu'il examinerait plutôt les effets de l'intensification des activités de navigation maritime sous le régime de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*. Au cas où les effets environnementaux éventuels du projet désigné et ceux de la navigation maritime étaient susceptibles de se recouper, l'Office les examinerait sous le volet des effets cumulatifs de l'évaluation environnementale effectuée en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*.

[84] Enfin, l'Office a tranché la question des droits de participation à l'audience. Il a accordé le droit de

400 interveners and 1 250 commentators. All of the applicants before the Court applied for, and were granted, intervener status. Additionally, a number of government departments were granted intervener status; both Health Canada and the Pacific Pilotage Authority were granted commentator status.

#### D. Challenges to the hearing order and the scoping decision

[85] Of relevance to issues raised in these applications are two challenges brought against the hearing order and the scoping decision.

[86] The first challenge requested that all evidence filed in the hearing be subject to oral cross-examination. The Board dismissed this request in Ruling No. 14 [*Notices of motion from Ms. Robyn Allan and Ms. Elizabeth May to include cross-examination of witnesses – Trans Mountain Project*, 7 May 2014]. In Ruling No. 51 [*Request to establish new deadline for additional information requests to Trans Mountain for intervenors receiving late participant funding decisions*, 30 January 2015], the Board dismissed motions seeking reconsideration of Ruling No. 14.

[87] The second challenge was brought by Tsleil-Waututh to aspects of both the hearing order and the scoping decision. Tsleil-Waututh asserted, among other things, that the Board erred in law by failing to include marine shipping activities in the Project description. This Court granted Tsleil-Waututh leave to appeal this and other issues. On September 6, 2016, this Court dismissed the appeal (2016 FCA 219, 2 C.E.L.R. (4th) 169). The dismissal of the appeal was expressly stated, at paragraph 21 of the Court's reasons, to be without prejudice to Tsleil-Waututh's right to raise the issue of the proper scope of the Project "in subsequent proceedings".

participer à 400 intervenants et à 1 250 personnes souhaitant formuler des commentaires. Tous les demandeurs en l'espèce avaient obtenu l'autorisation d'intervenir. Par ailleurs, plusieurs ministères ont aussi été autorisés à intervenir, et Santé Canada et l'Administration de pilotage du Pacifique ont obtenu l'autorisation de présenter des commentaires.

#### D. Les contestations de l'ordonnance relative à l'audience et de la décision relative à la portée

[85] Les contestations de l'ordonnance relative à l'audience et de la décision relative à la portée sont pertinentes quant aux questions soulevées dans les présentes demandes.

[86] Dans la première contestation, on demandait que toute la preuve présentée à l'audience puisse faire l'objet d'un contre-interrogatoire de vive voix. L'Office a rejeté cette demande dans la décision n° 14 [*Avis de requête de Mme Robyn Allan et Elizabeth May visant l'inclusion d'un contre-interrogatoire des témoins*, le 7 mai 2014]. Dans la décision n° 51 [*Demandes visant l'établissement d'une nouvelle échéance pour les demandes de renseignements (DR) supplémentaires à adresser à Trans Mountain par des intervenants ayant reçu une décision tardive sur l'aide financière aux participants*, le 30 janvier 2015], l'Office a rejeté les requêtes en réexamen de la décision n° 14.

[87] La deuxième contestation, présentée par les Tsleil-Waututh, visait certains aspects de l'ordonnance relative à l'audience et de la décision relative à la portée. Les Tsleil-Waututh affirmaient notamment que l'Office avait omis de mentionner les activités de transport maritime dans la description du projet et avait ainsi commis une erreur de droit. Notre Cour a accordé aux Tsleil-Waututh l'autorisation de former un appel fondé en partie sur ce moyen. Le 6 septembre 2016, notre Cour a rejeté l'appel (2016 FCA 219). Au paragraphe 21 de ses motifs, elle a expressément déclaré que l'appel était rejeté sans préjudice du droit des Tsleil-Waututh de soulever la question de la portée du projet dans une autre instance.

### E. The TERMPOL review process

[88] In view of the Project's impact on marine shipping, it is useful to describe this process.

[89] Trans Mountain requested that the marine transportation components of the Project be assessed under the voluntary Technical Review Process of Marine Terminal Systems and Transshipment Sites (TERMPOL). The review process was chaired by Transport Canada and the review committee was composed of representatives of other federal agencies and Port Metro Vancouver.

[90] The purpose of the review process was to objectively appraise operational vessel safety, route safety and cargo transfer operations associated with the Project, with a focus on improving, where possible, elements of the Project.

[91] The review committee did not identify regulatory concerns for the tankers, tanker operations, the proposed route, navigability, other waterway users or the marine terminal operations associated with tankers supporting the Project. It found that Trans Mountain's commitments to the existing marine safety regime would provide for a higher level of safety for tanker operations appropriate to the increase in traffic.

[92] The review committee also proposed certain measures to provide for a high level of safety for tanker operations. Examples of such proposed measures were the extended use of tethered and untethered tug escorts and the extension of the pilot disembarkation zone. Trans Mountain agreed to adopt each of the recommended measures.

[93] The TERMPOL report formed part of Transport Canada's written evidence before the National Energy Board.

### F. The applicants' participation in the hearing before the Board

[94] The applicants, as interveners before the Board, were entitled to:

### E. Le processus d'examen TERMPOL

[88] Étant donné les répercussions du projet sur le transport maritime, il est utile de décrire ce processus.

[89] Trans Mountain a demandé que les volets de transport maritime du projet soient évalués selon le processus volontaire d'examen technique des terminaux maritimes et des sites de transbordement (processus d'examen TERMPOL). Transports Canada présidait ce processus d'examen; le comité était composé de représentants d'autres organismes fédéraux et du port de Vancouver.

[90] Le processus d'examen visait à évaluer de manière objective la sécurité opérationnelle des bâtiments, la sécurité de l'itinéraire et les opérations de transbordement des cargaisons associées au projet dans l'optique d'améliorer si possible des éléments du projet.

[91] Le comité d'examen n'a noté aucune préoccupation de nature administrative en ce qui concerne les pétroliers, leurs opérations, l'itinéraire proposé, la navigabilité, les autres utilisateurs de la voie maritime ou les activités du terminal maritime en rapport avec les pétroliers associés au projet. Le comité a conclu que les engagements pris par Trans Mountain pour respecter le régime de sécurité maritime amélioreraient la sécurité des opérations des pétroliers en phase avec la hausse du transport.

[92] Le comité d'examen a également proposé des mesures afin d'assurer un degré de sécurité élevé pour les opérations des pétroliers, comme une utilisation accrue de remorqueurs amarrés ou non amarrés et l'agrandissement de la zone de débarquement des pilotes. Trans Mountain a accepté toutes les mesures recommandées.

[93] Le rapport TERMPOL faisait partie de la preuve écrite produite par Transports Canada devant l'Office national de l'énergie.

### F. La participation des demandeurs à l'audience devant l'Office

[94] En qualité d'intervenants devant l'Office, les demandeurs avaient le droit :

- issue Information Requests to Trans Mountain and others;
  - file motions, including motions to compel adequate responses to Information Requests;
  - file written evidence;
  - comment on draft conditions; and,
  - present written and oral summary argument.
- de présenter des demandes de renseignements à Trans Mountain et à d'autres;
  - de déposer des requêtes, y compris des requêtes visant à forcer les destinataires des demandes de renseignements à fournir des réponses adéquates;
  - de déposer des preuves écrites;
  - de formuler des commentaires au sujet des conditions provisoires;
  - de présenter un résumé des observations écrites et orales.

[95] All of the applicants issued Information Requests, filed or supported motions and filed written evidence. Interveners who filed evidence were required to respond in writing to written questions about their evidence from the Board, Trans Mountain or other interveners.

[95] Tous les demandeurs ont présenté des demandes de renseignements, déposé ou appuyé des requêtes et déposé une preuve écrite. Les intervenants qui ont déposé une preuve étaient tenus de répondre par écrit aux questions écrites formulées par l'Office, Trans Mountain ou d'autres intervenants au sujet de leur preuve.

[96] All of the applicants filed written submissions commenting on draft conditions except for the City of Vancouver and SSN.

[96] À l'exception de Vancouver et des SSN, tous les demandeurs ont déposé des observations écrites sur les conditions provisoires.

[97] All of the applicants filed written arguments and all of the applicants except SSN delivered oral summary arguments.

[97] Tous les demandeurs ont déposé des observations écrites et, à l'exception des SSN, ils ont tous présenté un résumé oral de leurs observations.

[98] Indigenous interveners could adduce traditional Indigenous evidence, either orally or in writing. Oral evidence could be questioned orally by other interveners, Trans Mountain or the Board. Tsleil-Waututh, Squamish, Coldwater, SSN, and Upper Nicola provided oral, Indigenous traditional evidence. The Stó:lō Collective formally objected to the Board's procedure for introducing Indigenous oral traditional evidence and did not provide such evidence.

[98] Les intervenants autochtones pouvaient présenter une preuve de vive voix ou écrite sur leurs traditions. Les autres intervenants, Trans Mountain et l'Office pouvaient les interroger de vive voix au sujet de ces témoignages oraux. Les Tsleil-Waututh, Squamish, Coldwater, SSN et Upper Nicola ont présenté une preuve traditionnelle orale. Le groupe Stó:lō s'est formellement opposé à la procédure de l'Office relativement à la production par les Autochtones d'une preuve orale sur leurs traditions et n'a pas présenté une telle preuve.

#### G. Participant funding

#### G. Le fonds d'aide financière aux participants

[99] As previously mentioned, the Board operated a participant funding program. Additional funding was

[99] Comme nous le mentionnons plus haut, l'Office a un programme d'aide financière à l'intention des

available through the Major Projects Management Office and Trans Mountain.

[100] It is fair to say that the participant funding provided to the applicants by the Board and the Major Projects Management Office was generally viewed to be inadequate by them (see for example the affidavit of Chief Ian Campbell of the Squamish Nation). Concerns were also expressed about delays in funding. Funds provided by the Board could only be applied to work conducted after the funding was approved and a funding agreement was executed.

[101] The following funds were paid or offered.

1. Tsleil-Waututh Nation

[102] Tsleil-Waututh requested \$766 047 in participant funding. It was awarded \$40 000, plus travel costs for two members to attend the hearing. Additionally, the Major Projects Management Office offered to pay \$14 000 for consultation following the close of the hearing record and \$12 000 following the release of the Board's report. These offers were not accepted.

2. The Squamish Nation

[103] Squamish applied for \$293 350 in participant funding. It was awarded \$44 720, plus travel costs for one person to attend the hearing. The Major Projects Management Office offered \$12 000 for consultations following the close of the Board's hearing record, and \$14 000 to support participation in consultations following the release of the Board's report. These funds were paid.

3. Coldwater Indian Band

[104] Coldwater was awarded \$48 490 in participant funding from the Board. Additionally, the Major Projects

participants. Ceux-ci pouvaient aussi obtenir un financement supplémentaire auprès du Bureau de gestion des grands projets et de Trans Mountain.

[100] Il n'est pas exagéré de dire que l'aide financière fournie aux demandeurs par l'Office et le Bureau de gestion des grands projets était généralement considérée par les bénéficiaires comme étant inadéquate (voir, par exemple, l'affidavit du chef Ian Campbell de la Nation Squamish). Certains se sont aussi plaints du temps qu'il fallait pour obtenir le financement. Les fonds fournis par l'Office n'étaient applicables qu'aux travaux effectués après l'approbation du financement et la signature de l'entente de financement.

[101] Les fonds suivants ont été versés ou offerts.

1. La Tsleil-Waututh Nation

[102] Les Tsleil-Waututh ont demandé une aide financière de 766 047 \$ pour leur participation. On a accordé 40 000 \$ et acquitté les frais de déplacement de deux membres pour qu'ils puissent assister à l'audience. De plus, le Bureau de gestion des grands projets a offert de leur verser 14 000 \$ pour les consultations ultérieures à la fermeture du dossier de l'audience et 12 000 \$ après la publication du rapport de l'Office. Ces offres n'ont pas été acceptées.

2. La Nation Squamish

[103] Les Squamish ont demandé une aide financière de 293 350 \$ pour leur participation. On a accordé 44 720 \$ et acquitté les frais de déplacement d'une personne pour qu'elle puisse assister à l'audience. Le Bureau de gestion des grands projets a offert de leur verser 12 000 \$ pour les consultations ultérieures à la fermeture du dossier de l'audience et 14 000 \$ pour faciliter leur participation aux consultations postérieures à la publication du rapport de l'Office. Ces fonds ont été versés.

3. La bande indienne Coldwater

[104] L'Office a versé aux Coldwater une aide financière de 48 490 \$ pour leur participation. Le Bureau de



Management Office offered an additional \$52 000 in participant funding.

4. The Stó:lō Collective

[105] The Stó:lō Collective was awarded \$42 307 per First Nation band in participant funding from the Board. Additionally, the Major Projects Management Office offered \$4 615.38 per First Nation band for consultation following the close of the Board's hearing record, and \$5 384.61 per First Nation band following the release of the Board's report.

5. Upper Nicola Band

[106] Upper Nicola was awarded \$40 000 plus travel costs for two members to attend the hearing and an additional \$10 000 in special funding through the Board's participant funding program. Additionally, the Major Projects Management Office offered Upper Nicola Band and the Okanagan Nation Alliance \$11 977 and \$24 000 respectively in participant funding for consultations following the close of the Board's hearing record. The Okanagan Nation Alliance was offered an additional \$26 000 following the release of the Board's report.

6. SSN

[107] SSN applied for participant funding in excess of \$300 000 in order to participate in the Board's hearing. It was awarded \$36 920 plus travel costs for two members to attend the hearing. Additionally, the Major Projects Management Office offered \$18 000 in participation funding for consultations following the close of the Board's hearing record and \$21 000 for consultations following the release of the Board's report.

7. Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society

[108] Raincoast was awarded \$111 100 plus travel costs for two people to attend the hearing from the Board's participant funding program. Living Oceans was awarded

gestion des grands projets leur a offert une aide financière additionnelle de 52 000 \$ pour leur participation.

4. Le groupe Stó:lō

[105] Le groupe Stó:lō a reçu de l'Office 42 307 \$ pour chaque bande le constituant pour sa participation. Le Bureau de gestion des grands projets a par ailleurs offert 4 615,38 \$ à chaque bande le constituant pour les consultations postérieures à la fermeture du dossier de l'audience et 5 384,61 \$ à chaque bande après la publication du rapport de l'Office.

5. La bande Upper Nicola

[106] L'Office, par l'entremise de son Programme d'aide financière aux participants, a accordé 40 000 \$ aux Upper Nicola et a acquitté les frais de déplacement pour que deux membres puissent participer à l'audience ainsi que 10 000 \$ supplémentaires comme financement spécial. De plus, le Bureau de gestion des grands projets a offert à la bande Upper Nicola et à l'Alliance de la Nation okanagan 11 977 \$ et 24 000 \$ respectivement pour leur participation aux consultations postérieures à la fermeture du dossier d'audience de l'Office. L'Alliance de la Nation okanagan s'est vu offrir 26 000 \$ de plus après la publication du rapport de l'Office.

6. Les SSN

[107] Les SSN ont demandé une aide financière de plus de 300 000 \$ pour participer à l'audience de l'Office. On a accordé 36 920 \$ et acquitté les frais de déplacement pour que deux membres assistent à l'audience. De plus, le Bureau de gestion des grands projets leur a offert un financement de 18 000 \$ pour leur participation aux consultations postérieures à la fermeture du dossier de l'audience de l'Office et 21 000 \$ pour les consultations ultérieures à la publication du rapport de l'Office.

7. Raincoast Conservation Foundation et Living Oceans Society

[108] L'Office, par l'entremise du programme d'aide financière aux participants, a accordé 111 100 \$ à Raincoast et acquitté les frais de déplacement pour que deux

\$89 100 plus travel costs for two persons to attend the hearing through the participant funding program.

#### H. Crown consultation efforts—a brief summary

##### 1. Phase I (from 2013 to April 2014)

[109] In this initial engagement phase some correspondence was exchanged between the Crown and some of the Indigenous applicants. Canada does not suggest that any of this correspondence contained any discussion about any substantive matter.

##### 2. Phase II (from April 2014 to February 2016)

[110] During the Board’s hearing process and continuing until the close of its hearing record, Canada continued to exchange correspondence with some of the Indigenous applicants. Additionally, some informational meetings were held; however, these meetings did not allow for any substantive discussion about any group’s title, rights or interests, or the impact of the Project on the group’s title, rights or interests.

[111] To illustrate, Crown representatives met with Squamish officials on September 11, 2015, and November 27, 2015. At these meetings Squamish raised a number of concerns, including its concerns that Squamish had not been involved in the design of the consultation process, that the consultation process was inadequate to assess impacts on Squamish rights and title and that inadequate funding was provided for participation in the Board’s hearing. Squamish also expressed confusion about the respective roles of the Board and Trans Mountain in consultations with Squamish.

[112] Similarly, informational meetings were held with the Stó:lō Collective on July 18, 2014 and December 3, 2015. Again, no substantive discussion took place about Stó:lō’s title, rights and interests or the impact of the Project thereon. The Stó:lō also expressed their concerns about the consultation process, including their concerns

personnes assistent à l’audience. Dans le cadre du même programme, Living Oceans a reçu 89 100 \$ et les frais de déplacement de deux personnes, pour permettre à ces dernières d’assister à l’audience.

#### H. Efforts de la Couronne en matière de consultation — un bref résumé

##### 1. Étape I (2013 – avril 2014)

[109] À cette étape initiale de la consultation, la Couronne et certains demandeurs autochtones ont établi une correspondance. Le Canada ne laisse pas entendre que cette correspondance portait sur des questions de fond.

##### 2. Étape II (avril 2014 – février 2016)

[110] Pendant toute la durée de l’audience devant l’Office et jusqu’à la fermeture du dossier de l’audience, le Canada a continué de correspondre avec certains demandeurs autochtones. Quelques réunions informelles ont également été organisées. Toutefois, lors de ces rencontres, aucune discussion au fond ne pouvait concerner le titre, les droits ou les intérêts d’un groupe donné ni les incidences du projet sur ces éléments.

[111] Par exemple, des représentants de la Couronne ont rencontré des représentants des Squamish les 11 septembre et 27 novembre 2015. Les Squamish ont alors soulevé des préoccupations, notamment concernant la non-participation des Squamish à la définition du processus de consultation, l’inefficacité de ce processus pour l’évaluation des conséquences du projet sur les droits et le titre des Squamish et l’insuffisance des fonds fournis pour la participation à l’audience de l’Office. Les Squamish ont également exprimé leur confusion quant aux rôles respectifs de l’Office et de Trans Mountain lors des consultations menées auprès d’eux.

[112] De même, des réunions informelles ont été tenues avec le groupe Stó:lō les 18 juillet 2014 et 3 décembre 2015. Aucune discussion de fond n’a eu lieu non plus au sujet du titre, des droits et des intérêts des Stó:lō ou des répercussions du projet sur eux. Les Stó:lō ont aussi exprimé des craintes à l’égard du processus de

that the Board failed to compel Trans Mountain to respond adequately to Information Requests and the lack of specificity of the Board's draft terms and conditions.

[113] Informational hearings of this nature were also held with Upper Nicola and SSN in 2014.

[114] It is fair to say that in Phase II Canada continued to rely upon the National Energy Board process to fulfil the Crown's duty to consult. Canada's efforts in Phase II were largely directed to using the Information Request process to solicit concerns and potential mitigation measures from First Nations. Canada prepared tables to record potential Project impacts and concerns and to record and monitor whether those potential impacts and concerns were addressed in Trans Mountain's commitments, the Board's draft terms and conditions or other mitigation measures.

### 3. Phase III (February to November 2016)

[115] Crown representatives met with all of the Indigenous applicants in Phase III. Generally, the Indigenous applicants expressed dissatisfaction with the National Energy Board process and the Crown's reliance on that process. Individual concerns raised by individual Indigenous applicants will be discussed in the context of consideration of the adequacy of Canada's consultation efforts.

[116] Towards the latter part of Phase III, on August 16, 2016, the Major Projects Management Office and the British Columbia Environmental Assessment Office jointly sent a letter to Indigenous groups confirming that they were responsible for conducting consultation efforts for the Project, and that they were coordinating by participating in joint consultation meetings, sharing information and by preparing the draft "*Joint Federal/Provincial Consultation and Accommodation Report*

consultation, notamment de la possibilité que l'Office n'ait pas réussi à contraindre Trans Mountain à répondre adéquatement aux demandes de renseignement et de l'imprécision de l'ébauche des conditions de l'Office.

[113] Des séances d'information de cette nature ont aussi été tenues en 2014 avec les Upper Nicola et les SSN.

[114] J'estime qu'il est raisonnable de dire que le Canada a continué, à l'étape II, de s'en remettre au processus de l'Office national de l'énergie pour s'acquitter de l'obligation de consultation qui incombe à la Couronne. Les efforts déployés par le Canada lors de cette étape visaient principalement à s'enquérir, au moyen du processus de demande de renseignements, des préoccupations des Premières Nations et des mesures d'atténuation possibles. Il a préparé des tableaux dans lesquels il a consigné les éventuels effets du projet et les préoccupations exprimées ainsi que les engagements pris par Trans Mountain, l'ébauche des conditions de l'Office ou d'autres mesures d'atténuation pour vérifier si ceux-ci répondaient aux préoccupations.

### 3. Étape III (février – novembre 2016)

[115] Les représentants de la Couronne ont rencontré tous les demandeurs autochtones à l'étape III. De façon générale, ces derniers ont exprimé leur mécontentement à l'égard du processus de l'Office national de l'énergie et de la décision de la Couronne de s'en remettre à ce dernier. J'aborderai les préoccupations particulières soulevées par les demandeurs autochtones au moment de juger de la qualité des efforts déployés par le Canada en matière de consultation.

[116] Le 16 août 2016, soit vers la fin de l'étape III, le Bureau de gestion des grands projets et le Bureau de l'évaluation environnementale de la Colombie-Britannique ont écrit ensemble à des groupes autochtones pour les aviser qu'ils étaient responsables de la tenue des consultations sur le projet et que leur action était coordonnée grâce à leur participation conjointe à des réunions de consultation, à des échanges de renseignements et à la rédaction de l'ébauche du *Rapport fédéral-provincial sur*

for the Trans Mountain Expansion Project” (Crown Consultation Report).

[117] Canada summarized its consultation efforts in the Crown Consultation Report, which included appendices specific to individual Indigenous groups. Indigenous groups were generally provided with a first draft of the Crown Consultation Report, together with the appendix relevant to that group, in August of 2016. Comments and corrections were to be provided in September 2016. A second draft of the Crown Consultation Report, together with relevant appendices, was provided to Indigenous groups in November of 2016, with comments due by mid-November.

#### I. Post National Energy Board report events

##### 1. The Interim Measures for Pipeline Reviews

[118] On January 27, 2016, Canada introduced this initiative as part of a strategy to review Canada’s environmental assessment processes. The Interim Measures set out five guiding principles to guide the approval of major pipeline projects:

- i. No proponent would be required to return to the beginning of the approval process. That is, no proponent would be required to begin the approval process afresh.
- ii. Decisions about pipeline approval would be based on science, traditional knowledge of Indigenous peoples and other relevant evidence.
- iii. The views of the public and affected communities would be sought and considered.
- iv. Indigenous peoples would be meaningfully consulted, and, where appropriate, accommodated.

*les consultations et les accommodements pour le projet d’agrandissement de Trans Mountain (le rapport sur les consultations de la Couronne).*

[117] Le Canada a résumé les efforts qu’il a déployés en matière de consultation dans ce rapport, assorti d’une annexe consacrée à chaque groupe autochtone. En règle générale, les groupes autochtones ont reçu en août 2016 la première ébauche de ce rapport ainsi que l’annexe concernant leur groupe. Ils devaient faire part de leurs commentaires et corrections en septembre 2016. Une deuxième ébauche du rapport ainsi que les annexes pertinentes ont été fournies aux groupes autochtones en novembre 2016, et ces derniers devaient remettre leurs commentaires à la mi-novembre.

#### I. Initiatives postérieures au rapport de l’Office national de l’énergie

##### 1. Mesures provisoires pour les évaluations relatives aux projets de pipelines

[118] Le 27 janvier 2016, le Canada a présenté cette initiative dans le cadre de sa stratégie visant à examiner ses processus d’évaluation environnementale. Les mesures provisoires comptent ces cinq principes directeurs pour la conduite du processus d’approbation des grands projets de pipelines :

- i. Aucun promoteur n’aura à retourner à la case de départ, c’est-à-dire à recommencer le processus d’approbation depuis le début.
- ii. Les décisions au sujet de l’approbation du pipeline seront fondées sur des données scientifiques, les connaissances traditionnelles des peuples autochtones et d’autres données pertinentes.
- iii. Les points de vue du public et des collectivités concernées seront sollicités et examinés.
- iv. Un véritable processus de consultation des peuples autochtones sera tenu et, au besoin, des mesures d’accommodement seront prises.

- v. The direct and upstream greenhouse gas emissions linked to a project under review would be assessed.

[119] Canada advised that it planned to apply the Interim Measures to the Project and that in order to do so it would: undertake deeper consultations with Indigenous peoples and provide funding to support participation in these deeper consultations; assess the upstream gas emissions associated with the Project and make this information public; and, appoint a ministerial representative to engage local communities and Indigenous groups in order to obtain their views and report those views back to the responsible Minister.

[120] The Minister of Natural Resources sought and obtained a four-month extension of time to permit implementation of the Interim Measures. The deadline for the Governor in Council to make its decision on Project approval was, therefore, on or before December 19, 2016.

## 2. The Ministerial Panel

[121] On May 17, 2016, the Minister announced he was striking a three-member independent Ministerial Panel that would engage local communities and Indigenous groups as contemplated in Canada's implementation of the Interim Measures for the Project.

[122] The Ministerial Panel held a series of public meetings in Alberta and British Columbia, received emails and received responses to an online questionnaire. The Ministerial Panel submitted its report to the Minister on November 1, 2016, in which it identified six "high-level questions" that "remain unanswered" that it commended to Canada for serious consideration.

[123] The report of the Ministerial Panel expressly stated that the panel's work was "not intended as part of the federal government's concurrent commitment to direct consultation with First Nations" and that "full-scale consultation" was never the intent of the panel "especially in the case of First Nations, where the responsibility for consultation fell elsewhere". It follows that no further consideration of the Ministerial Panel is required in the context

- v. Les émissions de gaz à effet de serre directes et en amont attribuables à un projet seront évaluées.

[119] Le Canada a indiqué qu'il comptait mettre en œuvre les mesures provisoires relatives au projet. Pour ce faire, il mènerait des consultations plus approfondies avec les peuples autochtones et fournirait des fonds pour faciliter la participation à ces dernières, évaluerait les émissions de gaz à effet de serre en amont imputables au projet et publierait cette information. Enfin, il nommerait un porte-parole ministériel qui, après avoir discuté avec les populations locales et les groupes autochtones pour connaître leur opinion, rendrait compte au ministre.

[120] Le ministre des Ressources naturelles a obtenu une prorogation de quatre mois pour mettre en œuvre les mesures provisoires. Le gouverneur en conseil avait donc jusqu'au 19 décembre 2016 pour approuver ou non le projet.

## 2. Le comité ministériel

[121] Le 17 mai 2016, le ministre a annoncé qu'il établirait un comité ministériel indépendant de trois membres chargé de consulter les localités et les groupes autochtones, conformément au plan du Canada pour la mise en œuvre des mesures provisoires.

[122] Le comité ministériel a tenu de nombreuses assemblées publiques en Alberta et en Colombie-Britannique, a reçu des courriels et a obtenu des réponses à un questionnaire en ligne. Dans son rapport présenté au ministre le 1<sup>er</sup> novembre 2016, il a relevé six questions de grande importance restées sans réponse et recommandait au Canada de les examiner sérieusement.

[123] Le rapport du comité ministériel mentionnait expressément que le travail du comité [TRADUCTION] « n'[avait] pas pour but de s'inscrire dans le cadre des consultations directes que le fédéral s'est parallèlement engagé à mener auprès des Premières Nations » et que le comité n'avait jamais eu l'intention de mener des [TRADUCTION] « consultations à grande échelle », « particulièrement auprès des Premières Nations puisque la

of consideration of the adequacy of Canada's consultation efforts.

### 3. Greenhouse gas assessment

[124] For completeness, I note that in November 2016, Environment Canada did publish an assessment estimating the upstream greenhouse gas emissions from the Project.

#### IX. The issues to be determined

[125] Broadly speaking, the applicants' submissions require the Court to address the following questions.

[126] First, is there merit in any of the preliminary issues raised by the parties?

[127] Second, under the applicable legislative scheme, can the report of the National Energy Board be judicially reviewed?

[128] Finally, should the decision of the Governor in Council be set aside? This in turn requires the Court to consider:

- i. What is the standard of review to be applied to the decision of the Governor in Council?
- ii. Did the Governor in Council err in determining whether the Board's process of assembling, analyzing, assessing and studying the evidence before it was so deficient that the report submitted by it to the Governor in Council did not qualify as a "report" within the meaning of the *National Energy Board Act*? This will require the Court to consider:
  - a. was the process adopted by the Board procedurally fair?

responsabilité de les consulter incombait à autrui ». Par conséquent, point n'est besoin d'examiner davantage les travaux du comité ministériel pour évaluer la qualité des consultations par le Canada.

### 3. Évaluation des gaz à effet de serre

[124] Par souci d'exhaustivité, notons qu'en novembre 2016, Environnement Canada a publié une évaluation qui donnait une estimation des émissions de gaz à effet de serre en amont associées au projet.

#### IX. Les questions à trancher

[125] De façon générale, les demandeurs exhortent la Cour à répondre aux questions suivantes.

[126] D'abord, les questions préliminaires soulevées par les parties sont-elles fondées?

[127] Ensuite, le régime législatif applicable permet-il le contrôle judiciaire du rapport de l'Office national de l'énergie?

[128] Enfin, la décision du gouverneur en conseil devrait-elle être annulée? Pour y répondre, la Cour doit se pencher sur ces autres questions :

- i. Quelle est la norme de contrôle applicable à la décision du gouverneur en conseil?
- ii. Le gouverneur en conseil a-t-il commis une erreur en se prononçant sur la question de savoir si le processus employé par l'Office pour regrouper, analyser, évaluer et étudier la preuve dont il était saisi était lacunaire au point que le rapport qu'il lui avait présenté ne constituait pas un « rapport » pour l'application de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*? Pour y répondre, la Cour doit se pencher sur les questions suivantes :
  - a. le processus retenu par l'Office était-il équitable sur le plan procédural?



- |   |  |
|---|--|
| <p>b. did the Board err by failing to assess Project-related marine shipping under the <i>Canadian Environmental Assessment Act, 2012</i>?</p> <p>c. did the Board err in its treatment of the <i>Species at Risk Act, S.C. 2002, c. 29</i>?</p> <p>d. did the Board impermissibly fail to decide certain issues before it recommended approval of the Project?</p> <p>e. did the Board impermissibly fail to consider alternatives to the Westridge Marine Terminal?</p> <p>iii. Did the Governor in Council fail to comply with the statutory requirement to give reasons?</p> <p>iv. Did the Governor in Council err by concluding that the Indigenous applicants were adequately consulted and, if necessary, accommodated?</p> | <p>b. l'Office a-t-il commis une erreur en n'évaluant pas le transport maritime associé au projet sous le régime de la <i>Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)</i>?</p> <p>c. l'Office a-t-il erré dans son application de la <i>Loi sur les espèces en péril, L.C. 2002, ch. 29</i>?</p> <p>d. l'Office a-t-il erronément omis de trancher certaines questions avant de recommander l'approbation du projet?</p> <p>e. l'Office a-t-il erronément omis d'examiner des options autres que le terminal maritime de Westridge?</p> <p>iii. Le gouverneur en conseil a-t-il omis de respecter l'exigence législative de motiver sa décision?</p> <p>iv. Le gouverneur en conseil a-t-il conclu à tort qu'il y avait eu des consultations adéquates auprès des demandeurs autochtones et que des mesures d'accommodement avaient été prises, au besoin?</p> |
|---|--|

X. Consideration of the issues

A. The preliminary issues

[129] Before turning to the substantive issues raised in this application it is necessary to deal with three preliminary issues raised by the parties. They may be broadly characterized as follows.

[130] First, as described above, a number of the applicants commenced applications challenging the report of the National Energy Board. Trans Mountain moves to strike on a preliminary basis the six applications for judicial review commenced in respect of the report of the National Energy Board on the ground that the report is not amenable to judicial review.

[131] Second, the applicants ask that the two affidavits sworn on behalf of Trans Mountain by Robert Love, or portions thereof, be struck or given no weight on a number of grounds, including that Mr. Love had no personal

X. Examen des questions

A. Les questions préliminaires

[129] Avant d'examiner les questions de fond soulevées dans la présente demande, il faut traiter trois questions préliminaires soulevées par les parties. Elles peuvent être résumées de la manière suivante.

[130] Premièrement, comme on l'a vu, plusieurs demandeurs ont attaqué le rapport de l'Office national de l'énergie. Trans Mountain présente une requête préliminaire en radiation des six demandes de contrôle judiciaire visant le rapport de l'Office national de l'énergie au motif que ce document n'est pas susceptible de contrôle.

[131] Deuxièmement, les demandeurs sollicitent la radiation—complète ou partielle—des deux affidavits souscrits par Robert Love pour le compte de Trans Mountain ou demandent qu'on accorde peu de poids à

knowledge of the bulk of the matters sworn to in his affidavits.

[132] Finally, the applicants object to the “Consultation Chronologies” found in Canada’s compendium.

1. Trans Mountain’s motion to strike

[133] In *Gitxaala Nation v. Canada*, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418, at paragraph 125, this Court concluded that applications for judicial review do not lie against reports made pursuant to section 52 of the *National Energy Board Act* recommending whether a certificate of public convenience and necessity should issue for all or any portion of a pipeline. Accordingly, Trans Mountain seeks orders striking the six notices of application (listed above, at paragraph 51) that challenge the Board’s report.

[134] A comparison of the parties enumerated in paragraph 51 with those parties who challenge the decision of the Governor in Council (enumerated in paragraph 52) shows that all but one of the applicants who challenge the report of the National Energy Board also challenge the decision of the Governor in Council. For reasons not apparent on the record, the City of Vancouver elected to challenge only the report of the Board.

[135] The City of Vancouver, supported by the City of Burnaby, Tsleil-Waututh, Raincoast and Living Oceans, responds to Trans Mountain by arguing that *Gitxaala* was wrongly decided on this point and that in any event, the applications should not be struck on a preliminary basis.

[136] Those applicants who challenge both decisions are able to argue, and do argue, that in *Gitxaala* this Court determined that the decision of the Governor in Council cannot be considered in isolation from the Board’s report; it is for the Governor in Council to determine whether the process followed by the Board in assembling, analyzing, assessing, and studying the evidence before it was

ceux-ci. À l’appui de leurs demandes, ils font notamment valoir que M. Love n’avait pas une connaissance personnelle de la plupart des renseignements figurant dans ses affidavits.

[132] Enfin, les demandeurs s’opposent au tableau consignait la chronologie des consultations figurant dans le compendium du Canada.

1. Requête en radiation de Trans Mountain

[133] Dans l’arrêt *Nation Gitxaala c. Canada*, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418, au paragraphe 125, notre Cour conclut que les rapports établis conformément à l’article 52 de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*, qui présentent une recommandation quant à l’opportunité d’un certificat d’utilité publique relatif à tout ou partie d’un pipeline, ne sont pas susceptibles de contrôle judiciaire. Par conséquent, Trans Mountain sollicite la radiation des six avis de demande (énumérés au paragraphe 51 des présents motifs) qui attaquent le rapport de l’Office.

[134] Il ressort de la comparaison entre les parties énumérées au paragraphe 51 et au paragraphe 52 (celles qui attaquent la décision du gouverneur en conseil) que tous les demandeurs qui contestent le rapport de l’Office national de l’énergie, sauf un, contestent aussi la décision du gouverneur en conseil. Pour des raisons qui ne sont pas manifestes au vu du dossier, Vancouver a choisi de n’attaquer que le rapport de l’Office.

[135] Vancouver, appuyée par Burnaby, les Tsleil-Waututh, Raincoast et Living Oceans, répond à Trans Mountain que l’arrêt *Gitxaala* est erroné à cet égard et que, quoi qu’il en soit, les demandes ne devraient pas être radiées à une étape préliminaire.

[136] Selon les demandeurs qui attaquent les deux décisions, notre Cour conclut dans l’arrêt *Gitxaala* que l’on ne saurait faire abstraction du rapport de l’Office dans l’examen de la décision du gouverneur en conseil. Il appartient au gouverneur en conseil de décider si le processus suivi par l’Office pour regrouper, analyser, évaluer et étudier la preuve dont il était saisi était lacunaire au point

so deficient that its report does not qualify as a “report” within the meaning of the *National Energy Board Act*.

[137] Put another way, a statutory pre-condition for a valid Order in Council is a report from the Board prepared in accordance with all legislative requirements. The Governor in Council is therefore required to be satisfied that the report was prepared in accordance with the governing legislation. This makes practical sense as well because the Board’s report formed the factual basis for the decision of the Governor in Council.

[138] It is in the context of these arguments that I turn to consider whether the applications should be struck on a preliminary basis.

[139] The jurisprudence of this Court is uniformly to the effect that motions to strike applications for judicial review are to be resorted to sparingly: see, for example, *Odynsky v. League for Human Rights of B’Nai Brith Canada*, 2009 FCA 82, 387 N.R. 376, at paragraph 5, citing *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588, (1994), 176 N.R. 48 (C.A.).

[140] The rationale for this approach is that judicial review proceedings are designed to proceed with celerity; motions to strike carry the potential to unduly and unnecessarily delay the expeditious determination of an application. Therefore justice is better served by allowing the Court to deal at one time with all of the issues raised by an application.

[141] This rationale is particularly applicable in the present case where striking the applications would still leave intact the ability of all but one of the applicants to argue the asserted flaws in the Board’s report in the context of the Court’s review of the decision of the Governor in Council. Little utility would be achieved in deciding the motions when the arguments in support of them will be considered now, in the Court’s determination of the merits of the applications.

[142] For this reason, in the exercise of my discretion I would dismiss Trans Mountain’s motion to strike the applications brought challenging the report of the National

que son rapport ne constitue pas un « rapport » pour l’application de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*.

[137] Autrement dit, la prise d’un décret valide est subordonnée à la présentation par l’Office d’un rapport conforme aux exigences législatives. Le gouverneur en conseil doit par conséquent être convaincu que le rapport a été préparé conformément à la législation applicable, ce qui est logique étant donné que le rapport de l’Office constitue le fondement factuel de sa décision.

[138] C’est à la lumière de ces arguments que j’aborde la radiation des demandes au stade préliminaire.

[139] Selon la jurisprudence constante de notre Cour, on doit recourir avec parcimonie aux requêtes en radiation des demandes de contrôle judiciaire (voir, par exemple, *Odynsky c. Ligue des droits de la personne de B’Nai Brith Canada*, 2009 CAF 82, au paragraphe 5, citant *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588, 1994 CanLII 3529 (C.A.)).

[140] Les contrôles judiciaires sont conçus pour être tranchés rapidement. Or, une requête en radiation pourrait retarder indûment une décision au fond de la Cour à l’égard d’une demande. Par conséquent, l’intérêt de la justice est mieux servi lorsque la Cour est en mesure de traiter ensemble toutes les questions soulevées dans une demande.

[141] Ce raisonnement s’applique tout particulièrement en l’espèce étant donné que, même si les demandes étaient radiées, tous les demandeurs—à une exception près—pourraient invoquer devant la Cour les lacunes du rapport de l’Office dans le cadre du contrôle de la décision du gouverneur en conseil. Il n’est guère utile de trancher les requêtes puisque les arguments qui les étayaient se trouvent de toute façon devant la Cour, qui doit les examiner pour statuer au fond sur les demandes dont elle est saisie.

[142] Pour cette raison, j’exercerais le pouvoir discrétionnaire qui me permet de rejeter la requête par laquelle Trans Mountain sollicite la radiation des demandes

Energy Board. I deal with the merits of the argument that the report is not amenable to judicial review below at paragraph 170 and following.

2. The applicants' motion asking that the two affidavits of Robert Love, or portions thereof, be struck or given no weight

[143] The applicants argue that the Love affidavits, or portions thereof, should be struck or given no weight on three grounds. First, the applicants argue that Mr. Love had no personal knowledge of the bulk of the matters sworn to in his affidavits so that his evidence should be disregarded as inadmissible hearsay. Second, the applicants argue that the affidavits contain irrelevant and impermissible evidence about Trans Mountain's engagement and consultations with the Indigenous applicants. Finally, the applicants argue that the second affidavit impermissibly augments the evidence that was before the Board and the Governor in Council.

(a) The hearsay objection

[144] In both impugned affidavits Mr. Love swore that "I have personal knowledge of the matters in this Affidavit, except where stated to be based on information and belief, in which case I believe the same to be true". Notwithstanding this statement, on cross-examination, Mr. Love admitted that his first affidavit was based almost entirely on facts of which he had no personal knowledge and that his affidavit failed to disclose that he relied on information and belief to assert those facts. He largely relied on Trans Mountain's lawyers to prepare the paragraphs of his affidavit of which he had no direct knowledge. The basis of his belief that his affidavit was truthful and accurate was his "trust in other people". He frequently admitted that there were other Trans Mountain employees who had direct knowledge of the matters set out in his affidavit (cross-examination of Robert Love, June 19, 2017, by counsel for the City of Burnaby, page 14, line 17 to page 50, line 8).

attaquant le rapport de l'Office national de l'énergie. J'examine plus loin, à partir du paragraphe 170, le bien-fondé de la prétention selon laquelle le rapport n'est pas susceptible de contrôle judiciaire.

2. La requête demandant à la Cour de radier tout ou partie des deux affidavits de Robert Love ou, subsidiairement, d'y accorder peu de poids

[143] Les demandeurs invoquent trois motifs pour lesquels la Cour devrait radier tout ou partie des affidavits de M. Love ou y accorder peu de poids. En premier lieu, ils font valoir que M. Love n'avait pas une connaissance personnelle de la majorité des faits relatés dans ses affidavits de sorte que cette preuve—du oui-dire inadmissible—devrait être écartée. En deuxième lieu, ils soutiennent que ses affidavits renferment des éléments de preuve non pertinents et inadmissibles au sujet des discussions que Trans Mountain a eues avec les demandeurs autochtones et des consultations qu'elle a menées auprès d'eux. Enfin, selon ces demandeurs, le deuxième affidavit présente de façon inadmissible des éléments de preuve supplémentaires dont ne disposaient pas l'Office et le gouverneur en conseil.

a) L'objection fondée sur le oui-dire

[144] Dans ses deux affidavits, M. Love a déclaré sous serment ceci : [TRADUCTION] « J'ai une connaissance personnelle des sujets abordés dans le présent affidavit, sauf lorsque je précise que les déclarations sont faites sur la foi de renseignements et croyances, auquel cas je les tiens pour véridiques ». Malgré cette déclaration, M. Love a admis en contre-interrogatoire que son premier affidavit reposait presque entièrement sur des faits dont il n'avait pas une connaissance personnelle et qu'il n'y était pas mentionné que les faits provenaient de renseignements et croyances. Il s'en est remis en grande partie aux avocats de Trans Mountain pour rédiger les paragraphes de son affidavit où figuraient des renseignements dont il n'avait pas une connaissance directe. Il croyait que son affidavit était véridique et exact en raison de sa [TRADUCTION] « confiance en d'autres personnes ». À plusieurs reprises, il a admis que d'autres employés de Trans Mountain avaient une connaissance directe

[145] Similarly, under cross-examination Mr. Love admitted that he had no personal knowledge of the contents of his second affidavit which dealt with Trans Mountain's consultation with Squamish (cross-examination of Robert Love, June 22, 2017, by counsel for Squamish, page 2, line 7 to page 11, line 4). When cross-examined by counsel for Coldwater, Mr. Love admitted that he was "largely" not involved with Trans Mountain's engagement with Coldwater. Rather, "[i]t was the aboriginal engagement team who did the communications" (cross-examination of Robert Love, June 22, 2017, by counsel for Coldwater, page 2, line 9 to page 2, line 21).

[146] Mr. Love is the Manager, Land and Rights-of-Way for Kinder Morgan Canada Inc., a company related to Trans Mountain. During his cross-examination by counsel for Squamish he described his role to be responsible for securing "all of the private land interest for the Trans Mountain Expansion Project and to obtain all utility crossings". He was also responsible "for undertaking the land rights necessary to go through about 10 reserves that we have agreements with". Later, on his cross-examination, he explained that prior to swearing his affidavit he "sat down with Regan Schlecker and went through most of the First Nation's engagement and high-level [government] engagements that were happening here" because he had no direct involvement in those engagements. Regan Schlecker was Trans Mountain's Aboriginal affairs manager.

[147] On the basis of Mr. Love's many admissions the applicants argue that Mr. Love's evidence should be struck or given no weight.

des questions dont il traite dans son affidavit (contre-interrogatoire de Robert Love mené le 19 juin 2017 par l'avocat de Burnaby, de la page 14, ligne 17 à la page 50, ligne 8).

[145] De même, en contre-interrogatoire, M. Love a admis qu'il n'avait pas une connaissance personnelle des faits relatés dans son deuxième affidavit, qui portait sur les consultations menées par Trans Mountain auprès des Squamish (contre-interrogatoire de Robert Love mené le 22 juin 2017 par l'avocat des Squamish, de la page 2, ligne 7 à la page 11, ligne 4). Contre-interrogé par l'avocat des Coldwater, M. Love a admis n'avoir [TRADUCTION] « généralement » pas participé aux discussions de Trans Mountain avec les Coldwater. En effet, [TRADUCTION] « [c']était l'équipe responsable des discussions avec les Autochtones qui était chargée des communications » (contre-interrogatoire de Robert Love mené le 22 juin 2017 par l'avocat des Coldwater, à la page 2, de la ligne 9 à la ligne 21).

[146] M. Love dirige la division des terres et servitudes de Kinder Morgan Canada Inc., société liée à Trans Mountain. Contre-interrogé par un des avocats représentant les Squamish, il a expliqué qu'il était chargé de l'acquisition [TRADUCTION] « de tous les droits fonciers privés nécessaires pour le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain ainsi que de tous les droits relatifs aux croisements des installations des services publics ». Il était aussi responsable [TRADUCTION] « de l'obtention des droits fonciers nécessaires à l'empiètement sur une dizaine de réserves avec lesquelles [la société] a des ententes ». Plus tard lors de son contre-interrogatoire, il a expliqué qu'avant de signer son affidavit, il [TRADUCTION] « a passé en revue avec Regan Schlecker la plupart des discussions qui ont eu lieu avec les Premières Nations et les hautes instances [de l'Administration] » parce qu'il n'y avait pas directement participé. Regan Schlecker était le directeur de Trans Mountain responsable des questions touchant les Autochtones.

[147] Les demandeurs soutiennent, sur le fondement des nombreuses admissions de M. Love, que la Cour devrait radier la preuve présentée par ce dernier ou n'y accorder guère de poids.

[148] Trans Mountain argues in response that the City of Burnaby failed to object to the Love affidavits on a timely basis. It also argues that on judicial review the parties can provide background explanations and summaries regarding the administrative proceeding below and that no applicant points to any important statements in the affidavits that were shown to be based on hearsay.

[149] I begin by rejecting Trans Mountain's argument that the arguments raised by Burnaby were raised too late and so should not be considered. While Burnaby may well not have raised its hearsay objection on a timely basis (see the order of the case management Judge issued on July 25, 2017), both the City of Vancouver and Squamish did object to the Love affidavits on a timely basis. Squamish adopts Burnaby's objections (Squamish's memorandum of fact and law, paragraph 133) and the City of Vancouver relies upon the cross-examination of Mr. Love conducted by counsel for Burnaby (Vancouver's memorandum of fact and law, paragraph 109). On this basis, in my view, Burnaby's arguments are properly before the Court.

[150] With respect to Trans Mountain's argument on the merits, I begin by noting that to the extent background statements and summaries are admissible on an application for judicial review, this admissibility is for the sole and limited purpose of orienting the reviewing court. In any event and more importantly, affidavits must always fully and candidly disclose if an affiant is relying on information and belief and what portions of the affidavit are based on information and belief. In that event, the affiant must disclose both the sources of the information relied upon and the bases for the affiant's belief in the truth of the information sworn to. This was not done in the present case.

[151] Notwithstanding this failure, I do not see the need to strike portions of the Love affidavits. The affidavits are relevant for the purpose of orienting the Court. However, it is unsafe to rely on the contents of the Love affidavits for the purpose of establishing the truth of their contents unless Mr. Love had personal knowledge

[148] Trans Mountain répond que Burnaby ne s'est pas opposée à temps aux affidavits de M. Love. Elle ajoute que les parties peuvent, dans le cadre du contrôle judiciaire, fournir des explications générales et des résumés concernant le déroulement de l'instance devant le décideur administratif et qu'aucun demandeur n'a démontré qu'une déclaration importante dans les affidavits était fondée sur du oui-dire.

[149] Je commence par rejeter la prétention de Trans Mountain selon laquelle les arguments avancés par Burnaby l'ont été trop tard et ne devraient donc pas être examinés. Certes, Burnaby n'a pas soulevé à temps son objection fondée sur le oui-dire (voir l'ordonnance du juge responsable de la gestion de l'instance rendue le 25 juillet 2017), mais Vancouver et les Squamish l'ont fait. Les Squamish souscrivent aux objections de Burnaby (mémoire des faits et du droit des Squamish, paragraphe 133), et Vancouver invoque le contre-interrogatoire de M. Love mené par l'un des avocats de Burnaby (mémoire des faits et du droit de Vancouver, paragraphe 109). Par conséquent, j'estime que la Cour est dûment saisie des arguments de Burnaby.

[150] En ce qui concerne les observations de Trans Mountain sur le fond, je note d'emblée que, si les explications générales et les résumés sont recevables dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, leur admissibilité a pour seul objectif—limité—d'orienter la cour de révision. Quoi qu'il en soit et plus important encore, les déclarants doivent de toute façon toujours indiquer de façon complète et franche si leur affidavit est fondé sur des renseignements et croyances qu'ils tiennent pour véridiques et, auquel cas, la partie de leur affidavit qui repose sur de tels renseignements et croyances. Le déclarant doit alors mentionner les sources des renseignements et expliquer les raisons qui l'amènent à croire à la véracité des renseignements donnés sous serment, ce qui n'a pas été fait en l'espèce.

[151] En dépit de cette lacune, je ne vois pas la nécessité de radier certaines parties des affidavits de M. Love. Les affidavits servent à orienter la Cour. Toutefois, il ne serait pas prudent de croire qu'ils font foi de la véracité de leur contenu, sauf si M. Love a une connaissance personnelle d'un fait ou d'une question en particulier. Comme



of a particular fact or matter. Because Mr. Love did not demonstrate any material, personal knowledge of Trans Mountain's engagement with the Indigenous applicants, and because there is no explanation as to why an individual directly involved in that engagement could not have provided evidence, evidence of Trans Mountain's engagement must come from other sources—such as the consultation logs Trans Mountain placed in evidence before the Board.

[152] As I have determined that it is unsafe except in limited circumstances to rely upon the contents of the Love affidavits to establish the truth of their contents, it is unnecessary for me to consider the applicants' objection to the second affidavit on the ground that it impermissibly supplemented the consultation logs in evidence before the Board.

(b) Relevance of evidence of Trans Mountain's engagement with the Indigenous applicants

[153] In answer to an Information Request issued by Squamish inquiring whether Canada delegated any procedural aspects of consultation to Trans Mountain, Canada responded:

The Crown has not delegated the procedural aspects of its duty to consult to Trans Mountain. The Crown does rely on the [National Energy Board] review process to the extent possible to fulfill this duty, a process that requires the proponent to work with and potentially accommodate Aboriginal groups impacted by the project. The [National Energy Board] filing manual provides information to the proponent on the requirement to engage potentially affected Aboriginal groups. This does not constitute delegation of the duty to consult. [Underlining added.]

[154] Based on this response, the Indigenous applicants argue that evidence of Trans Mountain's engagement with them is irrelevant. It is necessary to consider this submission because it is an issue that transcends the Love affidavits—there is other evidence of Trans Mountain's engagement.

M. Love n'a pas démontré qu'il avait une connaissance personnelle et pertinente des discussions que Trans Mountain a eues avec les demandeurs autochtones, et qu'on n'a pas expliqué pourquoi la preuve à cet égard n'a pas été présentée par une personne ayant directement participé aux discussions, cette preuve doit provenir d'autres sources, comme les registres des consultations que Trans Mountain a produits devant l'Office.

[152] Comme je juge qu'il est, sauf certaines circonstances biens précises, imprudent de croire que les affidavits de M. Love font foi de la véracité de leur contenu, il n'est pas nécessaire que j'examine l'objection des demandeurs à l'égard du deuxième affidavit au motif qu'il contient des renseignements qui complètent de façon inadmissible ceux qui se trouvent dans les registres des consultations produits devant l'Office.

b) Pertinence de la preuve relativement aux discussions de Trans Mountain avec les demandeurs autochtones

[153] Le Canada a répondu en ces termes à une demande de renseignements des Squamish visant à savoir si le Canada avait délégué à Trans Mountain certains aspects procéduraux de la consultation :

[TRADUCTION] La Couronne n'a pas délégué à Trans Mountain les aspects procéduraux des consultations auxquelles elle est tenue. Pour s'acquitter de cette obligation, la Couronne s'en remet, dans la mesure du possible, au processus d'examen [de l'Office national de l'énergie], lequel nécessite que le promoteur collabore avec les groupes autochtones touchés par le projet et éventuellement qu'il les accomode. Le guide de dépôt [de l'Office national de l'énergie] informe le promoteur de l'exigence de discuter avec les groupes autochtones susceptibles d'être touchés. Il ne s'agit pas d'une délégation de l'obligation de consulter. [Non souligné dans l'original.]

[154] À la lumière de cette réponse, les demandeurs autochtones font valoir que la preuve relative aux discussions qu'ils ont eues avec Trans Mountain est dénuée de pertinence. Il est nécessaire d'examiner cette prétention, car il s'agit d'une question qui va au-delà des affidavits de M. Love; il existe d'autres preuves concernant les discussions avec Trans Mountain.

[155] I accept Trans Mountain’s submission that proper evidence of its engagement with the Indigenous applicants is relevant. I reach this conclusion for the following reasons.

[156] First, the Indigenous applicants were informed by the Major Projects Management Office’s letter of August 12, 2013, that Canada would rely on the Board’s public hearing process “to the extent possible” to fulfil the Crown’s duty to consult. As Canada noted in its response to the Information Request, the Board’s hearing process required Trans Mountain to work with, and potentially accommodate, Indigenous groups impacted by the Project. Thus the Major Projects Management Office’s August 12 letter encouraged Indigenous groups with Project-related concerns to discuss those concerns directly with Trans Mountain. Unresolved concerns were to be directed to the National Energy Board. It follows from this that the Indigenous applicants were informed before the commencement of the Board’s hearing process that the Board and, in turn, Canada would rely in part on Trans Mountain’s engagement with them.

[157] Thereafter, the Board required Trans Mountain “to make all reasonable efforts to consult with potentially affected Aboriginal groups and to provide information about those consultations to the Board”. The Board expressly required this information to include “evidence on the nature of the interests potentially affected, the concerns that were raised and the manner and degree to which those concerns have been addressed. Trans Mountain was expected to report to the Board on all Aboriginal concerns that were expressed to it, even if it was unable or unwilling to address those concerns” (Report of the National Energy Board, page 46).

[158] Trans Mountain’s consultation was guided by the Board’s Filing Manual requirements and directions given by the Board during the Project Description phase.

[155] J’accepte la prétention de Trans Mountain qu’une preuve adéquate de ses discussions avec les demandeurs autochtones est pertinente, et ce, pour les motifs suivants.

[156] Premièrement, les demandeurs autochtones ont appris par lettre du Bureau de gestion des grands projets datée du 12 août 2013 que le Canada s’en remettrait « dans la mesure du possible » au processus d’audience publique de l’Office pour s’acquitter de l’obligation de consulter de la Couronne. Comme l’indique le Canada dans sa réponse à la demande de renseignements, Trans Mountain était tenue, aux termes de la procédure d’audience devant l’Office, de collaborer avec les groupes autochtones touchés par le projet et éventuellement de les accommoder. Ainsi, dans sa lettre du 12 août, le Bureau de gestion des grands projets encourageait les groupes autochtones ayant des préoccupations en lien avec le projet d’en discuter directement avec Trans Mountain. Les préoccupations auxquelles Trans Mountain ne pouvait pas répondre seraient communiquées à l’Office national de l’énergie. Par conséquent, les demandeurs autochtones ont été avisés avant le début des audiences que l’Office—et par la suite le Canada—tiendrait compte en partie des discussions que Trans Mountain aurait avec eux.

[157] Par la suite, l’Office a exigé que Trans Mountain « déploie tout effort raisonnable pour consulter les groupes autochtones susceptibles d’être touchés et [qu’il lui] [...] communiqu[e] [...] l’information voulue sur ces consultations ». L’Office a expressément exigé que cette information comprenne « des éléments de preuve sur la nature des intérêts susceptibles d’être touchés, les préoccupations soulevées ainsi que la façon dont ces préoccupations ont été réglées, et la mesure dans laquelle elles ont été réglées. Trans Mountain devait présenter à l’Office toutes les préoccupations dont ont fait état les Autochtones, même si elle était incapable d’y donner suite ou n’était pas disposée à le faire » (Rapport de l’Office national de l’énergie, page 46).

[158] Pour mener ses consultations, Trans Mountain a suivi les exigences du Guide de dépôt de l’Office ainsi que les instructions données par ce dernier à l’étape de la description du projet.

[159] This demonstrates that Trans Mountain's consultation was central to the decision of the Board. Therefore, evidence of Trans Mountain's efforts is relevant.

[160] My second reason for finding proper evidence of Trans Mountain's engagement to be relevant is that, consistent with Canada's response to Squamish's Information Request, a review of the Crown Consultation Report shows that in Section 3 [at page 34] Canada summarized "the procedural elements and chronology of Aboriginal consultations and engagement activities undertaken by the proponent, the [Board] and the Crown". Elements of Trans Mountain's engagement were summarized in the Crown Consultation Report, and therefore put before the Governor in Council so it could assess the adequacy of consultation. Elements that were summarized include Trans Mountain's Aboriginal Engagement Program and the Mutual Benefit Agreements Trans Mountain entered into with Indigenous groups. Trans Mountain's Aboriginal Engagement Program was noted to have provided approximately \$12 million in capacity funding to potentially affected groups. As well, Trans Mountain provided funding to conduct traditional land and resource use and traditional marine resource use studies. As for the Mutual Benefit Agreements, as of November 2016, Canada was aware that 33 potentially affected Indigenous groups had signed such agreements with Trans Mountain. These included a letter of support for the Project.

[161] Canada's reliance on Trans Mountain's engagement also makes evidence about that engagement relevant.

[162] Finally on this point, some Indigenous applicants assert that Trans Mountain's engagement efforts were inadequate. Evidence of Trans Mountain's engagement, including its provision of capacity funding, is relevant to this allegation and to the issue of the adequacy of available funding.

[159] Ce qui précède démontre l'importance des consultations de Trans Mountain pour la décision de l'Office. Par conséquent, la preuve des efforts déployés par Trans Mountain à cet égard est pertinente.

[160] La deuxième raison pour laquelle j'ai conclu qu'une preuve adéquate des discussions menées par Trans Mountain était pertinente est que, selon la réponse du Canada à la demande de renseignements des Squamish, il ressort de l'examen du Rapport sur les consultations de la Couronne que le Canada a résumé, à la section 3 [à la page 34], [TRADUCTION] « les éléments procéduraux et la chronologie des consultations ainsi que les discussions que le promoteur, [l'Office] et la Couronne ont eues avec les Autochtones ». Des éléments des discussions menées par Trans Mountain ont été résumés dans ce rapport, et donc présentés au gouverneur en conseil pour qu'il puisse évaluer la qualité des consultations. Ont ainsi été résumés notamment le programme de Trans Mountain en vue de la participation des Autochtones et les ententes d'intérêt commun que Trans Mountain a conclues avec certains groupes autochtones. Le Rapport sur les consultations de la Couronne indique que ce programme a fourni environ 12 millions de dollars pour augmenter la capacité des groupes susceptibles d'être touchés par le projet. Trans Mountain a également fourni un financement pour la réalisation d'études sur l'utilisation des terres et des ressources maritimes à des fins traditionnelles. Quant aux ententes d'intérêt commun, le Canada avait eu vent de 33 groupes susceptibles d'être touchés par le projet ayant signé de telles ententes avec Trans Mountain en date de novembre 2016. Ces ententes comprenaient une lettre d'appui au projet.

[161] Comme le Canada a tenu compte des discussions engagées par Trans Mountain, la preuve relative à ces discussions est aussi pertinente.

[162] Finalement, selon certains demandeurs autochtones, les efforts déployés par Trans Mountain pour engager les discussions étaient insatisfaisants. La preuve à cet égard, notamment le financement par Trans Mountain, est pertinente lorsqu'il s'agit d'évaluer cette prétention et la question du financement offert.

### 3. Canada's compendium—The Consultation Chronologies

[163] In its compendium, Canada included schedules in the form of charts (referred to as Consultation Chronologies) which describe events said to have taken place. The Indigenous applicants assert that the schedules are interpretive, inaccurate, and incomplete and that they should not be received by the Court for two reasons.

[164] First, the Indigenous applicants argue that the Consultation Chronologies summarize the facts as perceived by the Crown. As such, the material should have appeared in Canada's affidavit and in its memorandum of fact and law. It is argued that Canada should not be permitted to circumvent page-length restrictions on the length of its memorandum by creating additional resources in its compendium.

[165] Second, the Indigenous applicants argue that the Consultation Chronologies are not evidence. Instead, the summaries are newly created documents that were not before the Board or the Governor in Council. Their admission is also argued to be prejudicial to the Indigenous applicants.

[166] Canada responds that, as the case management Judge noted in his direction of September 7, 2017, "parties often include material in their compendia as an aid to argument. As long as the aid to argument is brief and helpful and is not anything resembling a memorandum of fact and law and as long as the aid to argument presents or is based entirely upon facts and data from the evidentiary record without adding to it, hearing panels of this Court usually permit it. Of course, there is a limit to this".

[167] I agree with the Indigenous applicants that the Consultation Chronologies must be approached with caution. For example, the Consultation Chronology in respect of the Coldwater Indian Band recites that on May 3, 2016,

### 3. Compendium du Canada — Les tableaux présentant la chronologie des consultations

[163] Dans son compendium, le Canada a joint des annexes présentées sous forme de tableaux (que j'appellerai les tableaux de la chronologie des consultations) qui décrivent les faits qui se seraient produits. Les demandeurs autochtones affirment que les annexes sont sujettes à interprétation en plus d'être inexactes et incomplètes et que la Cour ne devrait pas les admettre pour deux raisons.

[164] En premier lieu, les demandeurs autochtones font valoir que les tableaux de la chronologie des consultations résument les faits du point de vue de la Couronne. Par conséquent, cette information aurait dû se trouver dans l'affidavit et le mémoire des faits et du droit du Canada. Ils soutiennent que ce dernier ne devrait pas être autorisé à contourner les restrictions liées au nombre de pages du mémoire en ajoutant des ressources à son compendium.

[165] En deuxième lieu, les demandeurs autochtones font valoir que les tableaux de la chronologie des consultations ne font pas partie de la preuve. Au contraire, les résumés sont des documents créés récemment dont ne disposaient ni l'Office ni le gouverneur en conseil. Aussi, selon les demandeurs autochtones, leur admission leur porterait préjudice.

[166] Le gouvernement du Canada répond que, comme l'a indiqué le juge responsable de la gestion de l'instance dans sa directive du 7 septembre 2017, [TRADUCTION] « les parties incluent souvent des documents dans leur compendium, en vue de leur plaidoirie. Dans la mesure où ces documents sont brefs et utiles, ne peuvent être assimilés à un mémoire des faits et du droit et renvoient à des faits et données déposés en preuve sans y suppléer, la formation de la Cour qui préside l'audience les autorisera habituellement. Il existe toutefois bien sûr des restrictions ».

[167] Comme les demandeurs autochtones, j'estime que la prudence est de mise à l'égard des tableaux de la chronologie des consultations. Par exemple, en ce qui concerne la bande indienne Coldwater, ces tableaux

Canada emailed Coldwater a letter dated November 3, 2015 sent in response to Coldwater's letter of August 20, 2015. The Consultation Chronology also recites that the letter contained an offer to meet with Coldwater to discuss the consultation process and Project-related issues. However, Coldwater points to the sworn evidence of its Chief Councillor to the effect that the November 3, 2015 letter did not actually address the concerns detailed in Coldwater's letter of August 20, 2015, and that the meeting was never arranged because the November 3, 2015 letter was not provided to Coldwater until May 3, 2016.

[168] Thus, I well understand the concern of the Indigenous applicants. This said, this Court's understanding of the evidence is not based upon a summary in chart form which briefly summarizes the consultation process. The Court will base its decision upon the evidentiary record properly before it, which includes the record before the Board and the Governor in Council, the affidavits sworn in this proceeding, the cross-examinations thereon, the statement of agreed facts, and the contents of the agreed book of documents. The sole permissible use of the Consultation Chronologies is as a form of table of contents or finding aid that directs a reader to a particular document in the record. On the basis of this explanation of the limited permissible use of the Consultation Chronologies there is no need to strike them, a point conceded by counsel for Coldwater and Squamish in oral argument.

[169] For completeness, I note that Upper Nicola moved on a preliminary basis to strike portions of the second Love affidavit on the ground that the affidavit impermissibly recited confidential information. That motion is the subject of brief, confidential reasons issued contemporaneously with these reasons. After the parties to the motion have the opportunity to make submissions, a public version of the confidential reasons will issue.

B. Is the report of the National Energy Board amenable to judicial review?

[170] While I would dismiss Trans Mountain's motion to strike the application on a preliminary basis, because

indiquent que, le 3 mai 2016, le Canada a envoyé par courriel une lettre datée du 3 novembre 2015 en réponse à la lettre des Coldwater en date du 20 août 2015. Selon les tableaux, on offrait dans la lettre de rencontrer les Coldwater pour discuter du processus de consultation et de questions liées au projet. Or, les Coldwater renvoient à la déposition sous serment du conseiller en chef, selon laquelle la lettre du 3 novembre 2015 ne répondait pas aux préoccupations mentionnées dans la lettre du 20 août 2015, et la réunion n'avait jamais été fixée parce que la lettre du 3 novembre 2015 n'a été transmise aux Coldwater que le 3 mai 2016.

[168] Je comprends donc bien la préoccupation des demandeurs autochtones. Cela dit, l'appréciation de la preuve ne repose pas sur un résumé succinct du processus de consultation présenté sous forme de tableaux. La Cour fondera sa décision sur la preuve qui lui aura été dûment présentée, qui inclut le dossier dont disposaient l'Office et le gouverneur en conseil, les affidavits souscrits dans le cadre de l'instance, les contre-interrogatoires sur ces affidavits, l'exposé conjoint des faits et le recueil de documents conjoint. Les tableaux de la chronologie des consultations ne sont autorisés qu'à servir de table des matières ou d'outil de recherche qui renvoie le lecteur à un document particulier du dossier. Vu cette clarification sur l'utilisation limitée autorisée des tableaux en question, point n'est besoin de les radier, ce qu'ont concédé les avocats des Coldwater et des Squamish dans leur plaidoirie.

[169] Par souci d'exhaustivité, je fais remarquer que les Upper Nicola ont présenté une requête préliminaire en radiation de parties du deuxième affidavit de M. Love au motif qu'il mentionnait irrégulièrement des renseignements confidentiels. Cette requête fait l'objet de brefs motifs confidentiels qui sont rendus en même temps que les présents motifs. Une version publique de ces motifs sera rendue lorsque toutes les parties à la requête auront eu l'occasion de présenter des observations.

B. Le rapport de l'Office national de l'énergie est-il susceptible de contrôle judiciaire?

[170] Je rejetterais la requête préliminaire de Trans Mountain en radiation de la demande, mais, comme

some applicants do challenge the report of the National Energy Board it is necessary to decide whether judicial review lies, notwithstanding this Court's conclusion to the contrary in *Gitxaala*.

[171] The applicants who argue that, contrary to *Gitxaala*, the Board's report is amenable to judicial review acknowledge the jurisprudence of this Court to the effect that the test applied for overruling a decision of another panel of this Court is whether the previous decision is "manifestly wrong" in the narrow sense that the Court overlooked a relevant statutory provision, or a case that ought to have been followed: see, for example, *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149, at paragraph 10. The applicants argue that *Gitxaala* was manifestly wrong in deciding that the Board's report was not justiciable. The specific errors asserted are:

- a. *Gitxaala* [at paragraph 125] was manifestly wrong in holding that only "decisions about legal or practical interests [are judicially reviewable]". The Court did not address case law that has interpreted subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 more broadly.
- b. The Court failed to deal with the prior decision of this Court in *Forestethics Advocacy v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 71, 390 D.L.R. (4th) 376.
- c. The Court failed to deal with prior jurisprudence of the Federal Court and this Court which did review environmental assessment reports prepared by a joint review panel.
- d. The Court referred to provisions of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* that were inapplicable.

certain demandeurs attaquent le rapport de l'Office national de l'énergie, il est nécessaire de décider si ce document est susceptible de contrôle judiciaire, malgré la conclusion contraire à laquelle est parvenue notre Cour dans l'arrêt *Gitxaala*.

[171] Les demandeurs qui soutiennent que le rapport de l'Office est susceptible de contrôle judiciaire, contrairement à l'enseignement tiré de l'arrêt *Gitxaala*, reconnaissent que, suivant la jurisprudence de notre Cour, pour infirmer la décision d'une autre formation de notre Cour, il faut que la décision précédente soit « manifestement erronée ». Elle l'est, au sens strict, si la Cour n'a pas tenu compte de la législation applicable ou d'un précédent qui aurait dû être respecté (voir, par exemple, *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370, paragraphe 10). Les demandeurs font valoir que la conclusion, dans l'arrêt *Gitxaala*, selon laquelle le rapport de la Commission n'était pas susceptible de contrôle judiciaire était manifestement erronée. Les erreurs précises invoquées sont les suivantes :

- a. Dans l'arrêt *Gitxaala* [au paragraphe 125], la Cour a manifestement erré en concluant que seule une « décision sur des intérêts juridiques ou pratiques » était susceptible de contrôle judiciaire. La Cour n'a pas discuté d'arrêts ayant donné au paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, une interprétation plus large.
- b. La Cour n'a pas examiné un arrêt précédemment rendu par notre Cour, *Forestethics Advocacy c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 71.
- c. La Cour n'a pas tenu compte de précédents de la Cour fédérale et de notre Cour portant sur des rapports d'évaluation environnementale préparés par une commission d'examen conjoint.
- d. La Cour a renvoyé à des dispositions inapplicables de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*.



- e. The *Gitxaala* decision impermissibly thwarts the right to seek judicial review of the decision of the National Energy Board.

[172] I will deal with each argument in turn after first reviewing this Court’s analysis in *Gitxaala*.

1. The decision of this Court in *Gitxaala*

[173] The Court’s consideration of the justiciability of the report of the Joint Review Panel began with its detailed analysis of the legislative scheme (reasons [*Gitxaala*], paragraphs 99 to 118). The Court then turned to consider the proper characterization of the legislative scheme, which the Court described [at paragraph 119] to be “a complete code for decision-making regarding certificate applications”. The Court then reasoned [at paragraphs 120–126]:

The legislative scheme shows that for the purposes of review the only meaningful decision maker is the Governor in Council.

Before the Governor in Council decides, others assemble information, analyze, assess and study it, and prepare a report that makes recommendations for the Governor in Council to review and decide upon. In this scheme, no one but the Governor in Council decides anything.

In particular, the environmental assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* plays no role other than assisting in the development of recommendations submitted to the Governor in Council so it can consider the content of any decision statement and whether, overall, it should direct that a certificate approving the project be issued.

This is a different role—a much attenuated role—from the role played by environmental assessments under other federal decision-making regimes. It is not for us to opine on the appropriateness of the policy expressed and implemented in this legislative scheme. Rather, we are to read legislation as it is written.

Under this legislative scheme, the Governor in Council alone is to determine whether the process of assembling, analyzing, assessing and studying is so deficient that the

- e. L’arrêt *Gitxaala* brime de façon inacceptable le droit de solliciter le contrôle judiciaire de la décision de l’Office national de l’énergie.

[172] Je traite de chaque prétention à tour de rôle après mon examen de l’analyse de notre Cour sur cette question dans l’arrêt *Gitxaala*.

1. L’arrêt *Gitxaala* de notre Cour

[173] Pour décider si le rapport de la commission d’examen conjoint pouvait être attaqué devant les tribunaux, la Cour commence par une analyse détaillée du régime législatif (motifs, [*Gitxaala*] paragraphes 99 à 118). Elle le décrit [au paragraphe 119] comme un « code complet en matière décisionnelle en ce qui concerne les demandes de délivrance de certificat ». La Cour enchaîne avec le raisonnement suivant [aux paragraphes 120 à 126] :

Le régime législatif révèle que, en matière d’examen, c’est le gouverneur en conseil qui est le seul véritable décideur.

Avant que le gouverneur en conseil décide, d’autres personnes regroupent les renseignements, les analysent, les évaluent, les étudient et préparent un rapport qui énonce des recommandations que le gouverneur en conseil examine, puis décide ou non de les appliquer. Dans ce régime, seul le gouverneur en conseil décide.

Précisons que l’évaluation environnementale visée par la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)* ne joue aucun rôle si ce n’est que faciliter l’élaboration des recommandations soumises au gouverneur en conseil afin qu’il prenne en considération le contenu de toute déclaration et s’il doit donner instruction qu’un certificat approuvant le projet soit délivré.

Il s’agit d’un rôle très mince, différent du rôle joué par les évaluations environnementales prévues dans d’autres régimes décisionnels fédéraux. Il ne nous appartient pas de nous prononcer sur le bien-fondé de la politique formulée et mise en œuvre dans ce régime législatif. Nous devons plutôt interpréter la loi telle qu’elle est rédigée.

En vertu de ce régime législatif, le gouverneur en conseil seul peut déterminer si le processus de regroupement, d’analyse, d’évaluation et d’étude est lacunaire au

report submitted does not qualify as a “report” within the meaning of the legislation:

- In the case of the report or portion of the report setting out the environmental assessment, subsection 29(3) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* provides that it is “final and conclusive”, but this is “[s]ubject to sections 30 and 31”. Sections 30 and 31 provide for review of the report by the Governor in Council and, if the Governor in Council so directs, reconsideration and submission of a reconsideration report by the Governor in Council.
- In the case of the report under section 52 of the *National Energy Board Act*, subsection 52(11) of the *National Energy Board Act* provides that it too is “final and conclusive”, but this is “[s]ubject to sections 53 and 54”. These sections empower the Governor in Council to consider the report and decide what to do with it.

In the matter before us, several parties brought applications for judicial review against the Report of the Joint Review Panel. Within this legislative scheme, those applications for judicial review did not lie. No decisions about legal or practical interests had been made. Under this legislative scheme, as set out above, any deficiency in the Report of the Joint Review Panel was to be considered only by the Governor in Council, not this Court. It follows that these applications for judicial review should be dismissed.

Under this legislative scheme, the National Energy Board also does not really decide anything, except in a formal sense. After the Governor in Council decides that a proposed project should be approved, it directs the National Energy Board to issue a certificate, with or without a decision statement. The National Energy Board does not have an independent discretion to exercise or an independent decision to make after the Governor in Council has decided the matter. It simply does what the Governor in Council has directed in its Order in Council. [Underlining added.]

[174] Having reviewed *Gitxaala*, I now turn to the asserted errors.

point que le rapport ne se qualifie pas comme un « rapport » au sens de la législation :

- Dans le cas d’un rapport ou de parties de rapport concernant l’évaluation environnementale, le paragraphe 29(3) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)* prévoit que celui-ci est « définitif et sans appel », mais ceci « [s]ous réserve des articles 30 et 31 ». Les articles 30 et 31 prévoient que le gouverneur en conseil examine le rapport et, s’il l’ordonne, un réexamen sera fait et un rapport de réexamen lui sera soumis.
- Dans le cas d’un rapport établi au titre de l’article 52 de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*, le paragraphe 52(11) de la *Loi sur l’Office national de l’énergie* prévoit que celui-ci est également « définitif et sans appel », « [s]ous réserve des articles 53 et 54 » cependant. Ces articles habilent le gouverneur en conseil à examiner le rapport et à décider ce qu’il faut en faire.

Dans le cas qui nous occupe, plusieurs parties ont présenté des demandes de contrôle judiciaire à l’égard du rapport de la Commission d’examen conjoint. Dans le cadre du régime législatif applicable en l’espèce, ces demandes de contrôle judiciaire n’étaient pas recevables. Aucune décision sur des intérêts juridiques ou pratiques n’avait été rendue. Selon le régime législatif applicable en l’espèce, comme il a déjà été mentionné, toute lacune dans le rapport de la Commission d’examen conjoint devait être examinée uniquement par le gouverneur en conseil et non par la Cour. Par conséquent, ces demandes de contrôle judiciaire doivent être rejetées.

Selon le régime législatif applicable en l’espèce, c’est l’Office national de l’énergie qui prend officiellement la décision, même si en fait il ne décide rien. Après que le gouverneur en conseil a décidé qu’un projet proposé devrait être approuvé, il ordonne à l’Office national de l’énergie de délivrer un certificat, avec ou sans déclaration. L’Office national de l’énergie n’a aucun pouvoir discrétionnaire indépendant à exercer ni aucune décision indépendante à prendre après que le gouverneur en conseil a tranché l’affaire. Il obéit tout simplement aux directives formulées par le gouverneur en conseil dans son décret. [Non souligné dans l’original.]

[174] Ayant résumé l’arrêt *Gitxaala*, je considère maintenant les présumées erreurs.

2. Was *Gitxaala* wrongly decided on this point?

- (a) Did the Court err by stating that only “decisions about legal or practical interests” are judicially reviewable?

[175] Subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act* provides that an application for judicial review may be made by “anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought” (underlining added). In *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605, this Court considered the scope of subsection 18.1(1) as follows [at paragraphs 24, 28–29]:

Subsection 18.1(1) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act* provides that an application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by “the matter in respect of which relief is sought.” A “matter” that can be subject of judicial review includes not only a “decision or order”, but any matter in respect of which a remedy may be available under section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act*: *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476 (C.A.). Subsection 18.1(3) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] sheds further light on this, referring to relief for an “act or thing,” a failure, refusal or delay to do an “act or thing”, a “decision”, an “order” and a “proceeding”. Finally, the rules that govern applications for judicial review apply to “applications for judicial review of administrative action”, not just applications for judicial review of “decisions or orders”: rule 300 [as am. by SOR/2002-417, s. 18(E); 2004-283, s. 37] of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. *idem*, s. 2)].

...

The jurisprudence recognizes many situations where, by its nature or substance, an administrative body’s conduct does not trigger rights to bring a judicial review.

2. La conclusion tirée par la Cour à ce sujet dans l’arrêt *Gitxaala* était-elle erronée?

- a) La Cour a-t-elle erronément conclu que seule la « décision sur des intérêts juridiques ou pratiques » est susceptible de contrôle judiciaire?

[175] Le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit que la demande de contrôle judiciaire peut être présentée par « quiconque est directement touché par l’objet de la demande » (non souligné dans l’original). Dans l’arrêt *Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2011 CAF 347, [2013] 3 R.C.F. 605, notre Cour se penche sur la portée du paragraphe 18.1(1) [aux paragraphes 24, 28 et 29] :

Le paragraphe 18.1(1) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales* énonce qu’une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est « directement touché par l’objet de la demande ». La question qui peut faire l’objet d’une demande de contrôle judiciaire ne comprend pas seulement une « décision ou ordonnance », mais tout objet susceptible de donner droit à une réparation aux termes de l’article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales* : *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.). Le paragraphe 18.1(3) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] apporte d’autres précisions à ce sujet, indiquant que la Cour peut accorder une réparation à l’égard d’un « acte », de l’omission ou du refus d’accomplir un « acte », ou du retard mis à exécuter un « acte », une « décision », une « ordonnance » et une « procédure ». Enfin, les règles qui régissent les demandes de contrôle judiciaire s’appliquent aux « demandes de contrôle judiciaire de mesures administratives », et non pas aux seules demandes de contrôle judiciaire de « décisions ou ordonnances » : règle 300 [mod. par DORS/2002-417, art. 18(A); 2004-281, art. 37] des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod., *idem*, art. 2)].

[...]

La jurisprudence reconnaît qu’il y a de nombreuses situations où, en raison de sa nature ou de son caractère, la conduite d’un organisme administratif ne fait pas naître le droit de présenter une demande de contrôle judiciaire.

One such situation is where the conduct attacked in an application for judicial review fails to affect legal rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects: *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488; *Democracy Watch v. Conflict of Interest and Ethics Commission*, 2009 FCA 15, 86 Admin. L.R. (4th) 149. [Underlining added.]

[176] To similar effect, in *Democracy Watch v. Conflict of Interest and Ethics Commissioner*, 2009 FCA 15, 387 N.R. 365, the Court wrote, at paragraph 10, that when “administrative action does not affect an applicant’s rights or carry legal consequences, it is not amenable to judicial review”.

[177] On the basis of these authorities, the City of Vancouver, supported by the City of Burnaby and Raincoast and Living Oceans, argues that this Court erred by writing in paragraph 125 in *Gitxaala* that only “decisions about legal or practical interests” are reviewable. The Court is said to have overlooked the established jurisprudence to the effect that “matter” as used in subsection 18.1(1) denotes a broader category than merely decisions.

[178] In my view, when the Court’s analysis in *Gitxaala* is read in its entirety no such statement was made and no such error was made.

[179] In *Gitxaala*, the Court found that the only action to carry legal consequences was the decision of the Governor in Council. The environmental assessment conducted by the Joint Review Panel under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* did not affect legal rights or carry legal consequences. Instead, the assessment played “no role other than assisting in the development of recommendations submitted to the Governor in Council” (reasons [*Gitxaala*], paragraph 122). The same could be said of the balance of the report prepared pursuant to the requirements of the *National Energy Board Act*.

Une de ces situations est celle où la conduite attaquée dans une demande de contrôle judiciaire n’a pas pour effet de porter atteinte à des droits, d’imposer des obligations juridiques ni d’entraîner des effets préjudiciables : *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116, [2010] 2 R.C.F. 488; *Démocratie en surveillance c. Canada (Commissaire aux conflits d’intérêts et à l’éthique)*, 2009 CAF 15. [Non souligné dans l’original.]

[176] Dans la même veine, dans l’arrêt *Démocratie en surveillance c. Commissaire aux conflits d’intérêts et à l’éthique*, 2009 CAF 15, la Cour écrit, au paragraphe 10, que les « actes administratifs qui ne portent pas atteinte aux droits des demandeurs ou n’entraînent pas de conséquences juridiques ne peuvent faire l’objet d’un contrôle judiciaire ».

[177] Sur le fondement de ces précédents, Vancouver, appuyée par Burnaby, Raincoast et Living Oceans, affirme que notre Cour a commis une erreur en écrivant au paragraphe 125 de l’arrêt *Gitxaala* que seule la « décision sur des intérêts juridiques ou pratiques » est susceptible de contrôle. Elle fait valoir que la Cour n’a pas tenu compte de la jurisprudence établie selon laquelle l’« objet » dont il est question au paragraphe 18.1(1) ne s’entend pas seulement de décisions.

[178] À mon avis, à la lumière de l’analyse entière dans l’arrêt *Gitxaala*, on constate que la Cour n’a pas fait pareille affirmation et n’a pas commis l’erreur reprochée.

[179] Dans l’arrêt *Gitxaala*, la Cour conclut que le seul acte qui entraîne des conséquences juridiques est la décision du gouverneur en conseil. L’évaluation environnementale effectuée par la commission d’examen conjoint sous le régime de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)* n’avait pas d’incidence sur des intérêts juridiques et n’entraînait pas de conséquences juridiques. Au contraire, l’évaluation ne jouait « aucun rôle si ce n’est que faciliter l’élaboration des recommandations soumises au gouverneur en conseil » (motifs [*Gitxaala*], paragraphe 122). On pourrait en dire autant du reste du rapport préparé sous le régime de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*.

[180] Put another way, on the basis of the legislative scheme enacted by Parliament, the report of the Joint Review Panel constituted a set of recommendations to the Governor in Council that lacked any independent legal or practical effect. It followed that judicial review did not lie from it.

[181] Both the determination about the effect of the report of the Joint Review Panel and the conclusion that it was not justiciable were wholly consistent with *Air Canada* and *Democracy Watch*. It was therefore unnecessary for the Court to expressly deal with these decisions, or with subsection 18.1(1).

[182] To complete this analysis, I note that the City of Vancouver also argues that it was prejudiced because the report of the National Energy Board did not comply with section 19 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and because the Board's process was unfair. However, any detrimental effects upon the City of Vancouver could have been remedied through a challenge to the decision of the Governor in Council; the City has not asserted that it suffered any prejudice in the interval between the issuance of the Board's report and the issuance of the Order in Council by the Governor in Council.

(b) *Forestethics Advocacy v. Canada (Attorney General)*

[183] In this decision [*Forestethics Advocacy v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 71], a single Judge of this Court decided whether this Court or the Federal Court had jurisdiction to entertain applications for judicial review brought in respect of the Report of the Joint Review Panel for the Enbridge Northern Gateway Project. Justice Sharlow found jurisdiction to lie in this Court. The City of Vancouver argues that implicit in this decision is the conclusion the reports prepared by joint review panels under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* are judicially reviewable.

[184] I respectfully disagree. At issue in *Forestethics* was the proper interpretation of section 28 of the *Federal*

[180] Autrement dit, compte tenu du régime législatif mis en place par le législateur, le rapport de la commission d'examen conjoint constituait un ensemble de recommandations faites au gouverneur en conseil dénuées d'effet juridique indépendant ou pratique. Il s'ensuivait que ce document n'était pas susceptible de contrôle judiciaire.

[181] La conclusion sur les conséquences du rapport de la commission d'examen conjoint et celle selon laquelle il ne pouvait pas être attaqué en justice étaient tout à fait conformes aux arrêts *Air Canada* et *Démocratie en surveillance*. En conséquence, point n'était besoin que la Cour examine ces décisions ou le paragraphe 18.1(1).

[182] Pour terminer l'analyse, ajoutons que Vancouver fait aussi valoir qu'elle a subi un préjudice parce que le rapport de l'Office national de l'énergie ne respectait pas l'article 19 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* et que le processus de l'Office était inéquitable. Toutefois, Vancouver aurait pu demander réparation pour tout effet préjudiciable subi en attaquant la décision du gouverneur en conseil; la Ville n'a pas soutenu avoir subi un préjudice entre la date de la publication du rapport de l'Office et la prise du décret par le gouverneur en conseil.

(b) *Forestethics Advocacy c. Canada (Procureur général)*

[183] Dans cet arrêt [*Forestethics Advocacy c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 71], une juge de notre Cour siégeant seule a tranché la question de savoir qui, de notre Cour ou de la Cour fédérale, avait compétence pour instruire des demandes de contrôle judiciaire visant le rapport de la commission d'examen conjoint sur le projet Northern Gateway d'Enbridge. Selon la juge Sharlow, cette compétence ressortissait à notre Cour. Vancouver fait valoir qu'il se dégage implicitement de cette décision que les rapports préparés par des commissions d'examen conjoint sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* sont susceptibles de contrôle judiciaire.

[184] Je ne suis pas d'accord. L'affaire *Forestethics* intéressait l'interprétation qu'il convenait de donner à



*Courts Act*. The Court made no finding about whether the report is amenable to judicial review—its only finding was that the propriety of the report (which would include whether it was amenable to judicial review) was a matter for this Court, not the Federal Court.

- (c) The jurisprudence which reviewed environmental assessment reports

[185] The City of Vancouver also points to jurisprudence in which environmental assessment reports prepared by joint review panels were judicially reviewed, and argues that this Court erred by failing to deal with this jurisprudence. The authorities relied upon by Vancouver are: *Alberta Wilderness Assn. v. Cardinal River Coals Ltd.*, [1999] 3 F.C. 425, (1999), 15 Admin. L.R. (3d) 25 (T.D.); *Friends of the West Country Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [2000] 2 F.C. 263, (1999), 169 F.T.R. 298 (C.A.); *Pembina Institute for Appropriate Development v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 302, 80 Admin. L.R. (4th) 74; *Grand Riverkeeper, Labrador Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 1520, 422 F.T.R. 299; and, *Greenpeace Canada v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 463, 455 F.T.R. 1, revd on appeal, 2015 FCA 186, 475 N.R. 247.

[186] All of these authorities predate *Gitxaala*. They do not deal with the “complete code” of legislation that was before the Court in *Gitxaala*. But, more importantly, in none of these decisions was the availability of judicial review put in issue—this availability was assumed. In *Gitxaala* the Court reviewed the legislative scheme and explained why the report of the Joint Review Panel was not justiciable. The Court did not err by failing to refer to case law that had not considered this issue.

- (d) The reference to inapplicable provisions of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*

[187] The City of Vancouver also argues that *Gitxaala* is distinguishable because it dealt with section 38 of

l’article 28 de la *Loi sur les Cours fédérales*. La Cour ne s’est pas prononcée sur la possibilité de demander le contrôle judiciaire du rapport—sa seule conclusion était que l’examen du bien-fondé du rapport (et partant la question de savoir s’il est susceptible de contrôle judiciaire) relevait de notre Cour, et non de la Cour fédérale.

- c) Les précédents dans lesquels des rapports d’évaluation environnementale sont examinés

[185] Vancouver invoque aussi des affaires où les rapports d’évaluation environnementale préparés par des commissions d’examen conjoint ont fait l’objet d’un contrôle judiciaire, et soutient que notre Cour a commis une erreur en ne tenant pas compte de cette jurisprudence. Les précédents invoqués par Vancouver sont les suivants : *Alberta Wilderness Assn. c. Cardinal River Coals Ltd.*, [1999] 3 C.F. 425, 1999 CanLII 7908 (1<sup>re</sup> inst.); *Friends of the West Country Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, [2000] 2 C.F. 263, 1999 CanLII 9379 (C.A.); *Pembina Institute for Appropriate Development c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 302; *Grand Riverkeeper, Labrador Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 1520; *Greenpeace Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 463, inf. en appel, 2015 CAF 186.

[186] Toutes ces décisions ont été rendues avant l’arrêt *Gitxaala*. Elles ne portent pas sur le « code complet » de législation examiné par la Cour dans l’arrêt *Gitxaala*. Point plus important encore, dans aucune d’elles la possibilité de recourir à un contrôle judiciaire n’avait été remise en question—on présumait ce recours possible. Dans l’arrêt *Gitxaala*, notre Cour a examiné le régime législatif et expliqué pourquoi le rapport de la commission d’examen conjoint n’était pas susceptible de recours devant les tribunaux. La Cour n’a pas commis d’erreur en ne renvoyant pas à des précédents qui ne portaient pas sur cette question.

- d) Le renvoi à des dispositions inapplicables de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*

[187] Vancouver fait aussi valoir qu’on peut faire une distinction entre l’affaire *Gitxaala* et celle qui nous



the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, a provision that has no application to the process at issue here. The City also notes that *Gitxaala*, at paragraph 124, referred to sections 30 and 31 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. These sections are said not to apply to the Joint Review Panel at issue in *Gitxaala*.

[188] I accept that pursuant to subsection 126(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* the environmental assessment of the Northern Gateway project (at issue in *Gitxaala*) was continued under the process established under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. Subsection 126(1) specified that such continuation was to be as if the assessment had been referred to a review panel under section 38 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, and that the Joint Review Panel which continued the environmental assessment was considered to have been established under section 40 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

[189] It followed that sections 29 through 31 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* did not apply to the Northern Gateway project, and ought not to have been referenced by the Court in *Gitxaala* in its analysis of the legislative scheme.

[190] This said, the question that arises is whether these references were material to the Court's analysis. To assess the materiality, if any, of this error I begin by reviewing the content of the provisions said to be erroneously referred to in *Gitxaala*.

[191] Section 29 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, discussed above at paragraph 62, requires a responsible authority to ensure that its environmental assessment report sets out its recommendation to the Governor in Council concerning the decision the Governor in Council must make under paragraph 31(1)(a) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. Section 30 allows the Governor in Council to refer any recommendation made by a responsible authority back to the responsible authority for reconsideration. Section 31

occupe : *Gitxaala* portait sur l'article 38 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, disposition qui ne s'applique pas au processus en cause en l'espèce. La Ville soutient en outre que la Cour mentionne, au paragraphe 124 de ses motifs, les articles 30 et 31 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*. Ces articles ne s'appliqueraient pas à la commission d'examen conjoint en cause dans l'arrêt *Gitxaala*.

[188] J'admets que l'évaluation environnementale du projet Northern Gateway (en cause dans l'arrêt *Gitxaala*) s'est achevée sous le régime du paragraphe 126(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* et du processus prévu par cette loi. Le paragraphe 126(1) précise que l'achèvement de l'examen se fait comme si l'évaluation avait été renvoyée, conformément à l'article 38 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, pour examen par une commission, et que la commission d'examen conjoint qui a achevé l'évaluation était réputée avoir été constituée en vertu de l'article 40 de cette loi.

[189] Par conséquent, les paragraphes 29 à 31 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* ne s'appliquaient pas au projet Northern Gateway et, dans l'arrêt *Gitxaala*, la Cour ne devait pas y renvoyer dans son analyse du régime législatif.

[190] Cela dit, la question qui se pose est de savoir si ces renvois se révélaient importants pour l'analyse de la Cour. Pour évaluer l'importance de cette erreur, je commence par examiner la substance des dispositions auxquelles la Cour aurait erronément renvoyé dans l'arrêt *Gitxaala*.

[191] L'article 29 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, que nous examinons au paragraphe 62, exige que l'autorité responsable veille à ce que figure dans le rapport d'évaluation environnementale sa recommandation à l'égard de la décision que doit prendre le gouverneur en conseil au titre de l'alinéa 31(1)a) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*. L'article 30 habilite le gouverneur en conseil à renvoyer toute recommandation à l'autorité responsable pour réexamen. L'article 31

sets out the options available to the Governor in Council after it receives a report from a responsible authority. Paragraph 31(1)(a), discussed at paragraph 67 above, sets out the three choices available to the Governor in Council with respect to its assessment of the likelihood that a project will cause significant adverse environmental effects and, if so, whether such effects can be justified.

[192] These provisions, without doubt, do apply to the Project at issue in these proceedings. Therefore, the Project is to be assessed under the legislative scheme analyzed in *Gitxaala*. It follows that *Gitxaala* cannot be meaningfully distinguished.

[193] As to the effect, if any, of the erroneous references in *Gitxaala*, the statutory framework applicable to the Northern Gateway project originated in three sources: the *National Energy Board Act*; the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*; and, transitional provisions found in section 104 of the *Jobs, Growth and Long-Term Prosperity Act*, S.C. 2012, c. 19 (Jobs Act).

[194] Provisions relevant to the present analysis are:

- subsection 104(3) of the Jobs Act which required the Joint Review Panel to set out in its report an environmental assessment prepared under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*;
- subsection 126(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* which continued the environmental assessment under the process established under that Act; and,
- paragraph 104(4)(a) of the Jobs Act which made the Governor in Council the decision maker under section 52 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* (thus, it was for the Governor in Council to determine if the Project was likely to cause significant adverse environmental effects and, if so, whether such effects could be justified).

énonce les options dont dispose le gouverneur en conseil après avoir reçu le rapport de l'autorité responsable. L'alinéa 31(1)a), dont nous traitons au paragraphe 67, prévoit les trois possibilités qui s'offrent au gouverneur en conseil, à savoir décider que la réalisation du projet est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants ou ne l'est pas et, si c'est le cas, si de tels effets sont justifiables.

[192] Il ne fait aucun doute que ces dispositions s'appliquent au projet en cause en l'espèce. Par conséquent, le projet doit être évalué au regard du régime législatif analysé dans l'arrêt *Gitxaala*. Il s'ensuit qu'on ne peut établir de distinction utile avec cette affaire.

[193] En ce qui concerne l'effet, s'il en est, des renvois erronés dans l'arrêt *Gitxaala*, le régime législatif applicable au projet Northern Gateway découle de trois sources : la *Loi sur l'Office national de l'énergie*; la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*; les dispositions transitoires prévues à l'article 104 de la *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*, L.C. 2012, ch. 19 (la Loi sur l'emploi).

[194] Les dispositions pertinentes pour la présente analyse sont :

- le paragraphe 104(3) de la Loi sur l'emploi, aux termes duquel la commission d'examen conjoint assortit son rapport de l'évaluation environnementale préparée conformément à la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*;
- le paragraphe 126(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, qui prévoit l'achèvement de l'évaluation environnementale sous le régime de cette loi;
- l'alinéa 104(4)a) de la Loi sur l'emploi qui désigne le gouverneur en conseil comme le décideur visé à l'article 52 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* (ainsi, il appartenait au gouverneur en conseil de décider si le projet était susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants et, le cas échéant, si ces effets étaient justifiables).

[195] These provisions are to the same effect as sections 29 and 31 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. I dismiss the relevance of section 30 to this analysis because it had no application to the environmental assessment under review in *Gitxaala*. Further, and more importantly, section 30 played no significant role in the Court's analysis.

[196] It follows that the analysis in *Gitxaala* was based upon a proper understanding of the legislative scheme, notwithstanding the Court's reference to sections 29 and 31 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* instead of the applicable provisions.

[197] Put another way, the error was in no way material to the Court's analysis of the respective roles of the Joint Review Panel, which prepared the report to the Governor in Council, and the Governor in Council, which received the panel's recommendations and made the decisions required under the legislative scheme.

[198] Indeed, the technical nature of the erroneous references was acknowledged by Raincoast in its application for leave to appeal the *Gitxaala* decision to the Supreme Court of Canada. At paragraph 49 of its memorandum of argument it described the Court's error to be "technical in nature" (Trans Mountain's Compendium, Vol. 2, tab 35). To the same effect, Vancouver does not argue that the Court's error was material to its analysis. Vancouver simply notes the error in footnote 118 of its memorandum of fact and law.

[199] Accordingly, I see no error in the *Gitxaala* decision that merits departing from its analysis.

(e) *Gitxaala* thwarts review of the decision of the National Energy Board

[200] Finally, Vancouver argues that subsection 54(1) of the *National Energy Board Act* and subsection 31(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* both make the Board's report a prerequisite to the decision of

[195] Ces dispositions ont le même effet que les articles 29 et 31 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*. Je n'estime pas que l'article 30 est pertinent pour la présente analyse parce qu'il ne s'appliquait pas à l'évaluation environnementale examinée dans l'arrêt *Gitxaala*. En outre, et fait plus important, l'article 30 n'a joué aucun rôle important dans l'analyse de la Cour.

[196] En conséquence, l'analyse dans l'arrêt *Gitxaala* reposait sur une bonne compréhension du régime législatif, même si la Cour a renvoyé aux articles 29 et 31 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* plutôt qu'aux dispositions applicables.

[197] Autrement dit, l'erreur n'était aucunement importante pour l'analyse de la Cour quant aux rôles respectifs de la commission d'examen conjoint, qui a établi le rapport et l'a remis au gouverneur en conseil, et du gouverneur en conseil, qui a reçu les recommandations de la commission et a pris les décisions qu'exige le régime législatif.

[198] En effet, Raincoast, dans sa demande d'autorisation d'appel présentée à la Cour suprême du Canada à l'égard de l'arrêt *Gitxaala*, a reconnu que les renvois erronés ne touchaient que la forme. Au paragraphe 49 de son mémoire, elle a décrit l'erreur de la Cour comme étant de [TRADUCTION] « de forme » (compendium de Trans Mountain, vol. 2, onglet 35). Dans la même veine, Vancouver ne fait pas valoir que l'erreur de la Cour était importante quant à son analyse; elle l'a simplement mentionnée dans la note de bas de page 118 de son mémoire des faits et du droit.

[199] Par conséquent, je ne discerne aucune erreur dans l'arrêt *Gitxaala* qui serait susceptible de justifier que l'on s'écarte de l'analyse qui y est exposée.

e) L'arrêt *Gitxaala* empêche le contrôle de la décision de l'Office national de l'énergie

[200] Enfin, Vancouver soutient qu'aux termes du paragraphe 54(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* et du paragraphe 31(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, la décision du

the Governor in Council. As the Governor in Council is not an adjudicative body, meaningful review must come in the form of judicial review of the report of the Board. The decision in *Gitxaala* thwarts such review.

[201] I respectfully disagree. As this Court noted in *Gitxaala* at paragraph 125, the Governor in Council is required to consider any deficiency in the report submitted to it. The decision of the Governor in Council is then subject to review by this Court under section 55 of the *National Energy Board Act*. The Court must be satisfied that the decision of the Governor in Council is lawful, reasonable and constitutionally valid. If the decision of the Governor in Council is based upon a materially flawed report the decision may be set aside on that basis. Put another way, under the legislation the Governor in Council can act only if it has a “report” before it; a materially deficient report, such as one that falls short of legislative standards, is not such a report. In this context the Board’s report may be reviewed to ensure that it was a “report” that the Governor in Council could rely upon. The report is not immune from review by this Court and the Supreme Court.

- (f) Conclusion on whether the report of the National Energy Board is amenable to judicial review

[202] For these reasons, I have concluded that the report of the National Energy Board is not justiciable. It follows that I would dismiss the six applications for judicial review which challenge that report. In the circumstance where the arguments about justiciability played a small part in the hearing, I would not award costs in respect of these six applications.

[203] As the City of Vancouver did not seek and obtain leave to challenge the Order in Council, it follows that the City is precluded from challenging the Order in Council.

gouverneur en conseil est subordonnée au dépôt d’un rapport par l’Office. Comme le gouverneur en conseil n’est pas un organisme juridictionnel, le seul contrôle véritable possible doit porter sur le rapport de l’Office. Or, l’arrêt *Gitxaala* l’interdit.

[201] Je ne suis pas de cet avis. Comme notre Cour le fait remarquer au paragraphe 125 de ses motifs dans l’arrêt *Gitxaala*, il incombe au gouverneur en conseil d’examiner toute lacune dans le rapport qui lui est présenté. La décision du gouverneur en conseil peut ensuite faire l’objet d’un contrôle judiciaire par notre Cour en application de l’article 55 de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*. La Cour doit être convaincue que la décision du gouverneur en conseil est conforme à la loi, raisonnable et constitutionnelle. Si la décision du gouverneur en conseil repose sur un rapport qui comporte d’importantes lacunes, elle peut être annulée pour ce motif. Autrement dit, aux termes de la loi, le gouverneur en conseil ne peut agir que s’il dispose d’un « rapport ». Or, un rapport qui comporte des lacunes importantes, par exemple s’il ne répond pas aux normes législatives, ne constitue pas un tel rapport. Dans ce contexte, on peut contrôler le rapport de l’Office pour vérifier qu’il s’agit d’un « rapport » sur lequel le gouverneur en conseil peut à bon droit fonder sa décision. Le rapport n’est pas à l’abri d’un contrôle de notre Cour et de la Cour suprême.

- f) Conclusion : le rapport de l’Office national de l’énergie est-il susceptible de contrôle judiciaire?

[202] Pour ces motifs, je conclus que le rapport de l’Office national de l’énergie n’est pas susceptible de contrôle. Je rejetterais donc les six demandes de contrôle judiciaire du rapport. Étant donné que les arguments à ce sujet ont pris peu de temps à l’audience, je n’ajoute pas de dépens dans ce cas.

[203] Comme Vancouver n’a ni sollicité ni obtenu l’autorisation de faire contrôler le décret, elle n’est pas autorisée à en demander le contrôle.

C. Should the decision of the Governor in Council be set aside on administrative law grounds?

1. The standard of review to be applied to the decision of the Governor in Council

[204] In *Gitxaala*, when considering the standard of review to be applied to the decision of the Governor in Council, the Court wrote that it was not legally permissible to adopt a “one-size-fits-all” approach to any particular administrative decision maker. Rather, the standard of review must be assessed in light of the relevant legislative provisions, the structure of the legislation and the overall purpose of the legislation (*Gitxaala*, paragraph 137).

[205] I agree. Particularly in the present case it is necessary to draw a distinction between the standard of review applied to what I will refer to as the administrative law components of the Governor in Council’s decision and that applied to the constitutional component which required the Governor in Council to consider the adequacy of the process of consultation and, if necessary, accommodation. This is an approach accepted and urged by the parties.

- (a) The administrative law components of the decision

[206] In *Gitxaala*, the Court conducted a lengthy standard of review analysis (*Gitxaala*, paragraphs 128–155) and concluded that, because the Governor in Council’s decision was a discretionary decision founded on the widest considerations of policy and public interest, the standard of review was reasonableness (*Gitxaala*, paragraph 145).

[207] Canada, Trans Mountain and the Attorney General of Alberta submit that *Gitxaala* was correctly decided on this point.

[208] Tsleil-Waututh, Raincoast and Living Oceans submit that the governing authority is not *Gitxaala*, but rather is the earlier decision of this Court in *Council of*

C. La décision du gouverneur en conseil devrait-elle être annulée pour des motifs de droit administratif?

1. La norme de contrôle applicable à la décision du gouverneur en conseil

[204] Dans l’arrêt *Gitxaala*, lorsqu’elle s’est penchée sur la norme de contrôle à appliquer à la décision du gouverneur en conseil, la Cour écrit qu’il n’est pas légalement possible d’adopter « une approche universelle » à l’égard de tout décideur. Il faut plutôt, pour déterminer la norme de contrôle qui s’applique, tenir compte des dispositions législatives pertinentes, de la structure de la loi et des objectifs généraux visés par la loi (*Gitxaala*, paragraphe 137).

[205] Je suis d’accord. Dans la présente affaire tout particulièrement, il est nécessaire de faire une distinction entre la norme de contrôle qu’il convient d’appliquer à ce que j’appellerais le volet de la décision du gouverneur en conseil relevant du droit administratif et celle à appliquer au volet constitutionnel de la décision, qui exigeait que le gouverneur en conseil examine la qualité du processus de consultation et, si nécessaire, les mesures d’accommodement. C’est l’approche acceptée et préconisée par les parties.

- a) Le volet de la décision relevant du droit administratif

[206] Dans l’arrêt *Gitxaala*, après une longue analyse de la norme de contrôle (*Gitxaala*, paragraphes 128 à 155), la Cour conclut que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable, étant donné que la décision du gouverneur en conseil était une décision discrétionnaire fondée sur des considérations d’ordre politique et d’intérêt public les plus larges possible (*Gitxaala*, paragraphe 145).

[207] Selon le Canada, Trans Mountain et le procureur général de l’Alberta, la Cour a correctement tranché cette question dans l’arrêt *Gitxaala*.

[208] Les Tsleil-Waututh, Raincoast et Living Oceans font valoir que l’arrêt de principe est non pas l’arrêt *Gitxaala*, mais une décision antérieure de notre Cour, soit



*the Innu of Ekuanitshit v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 189, 376 D.L.R. (4th) 348. In this case the Court found the reasonableness standard of review applied to a decision of the Governor in Council approving the federal government's response to a report of a joint review panel prepared under the now repealed [S.C. 2012, c. 19, s. 66] *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 (*Canadian Environmental Assessment Act*, 1992). The Court rejected the submission that the correctness standard applied to the question of whether the Governor in Council and the responsible authorities had respected the requirements of the *Canadian Environmental Assessment Act*, 1992 before making their decisions under subsections 37(1) and 37(1.1) of that Act. Under these provisions the Governor in Council and the responsible authorities were required to review the report of the joint review panel and determine whether the project at issue was justified despite its adverse environmental effects.

[209] This said, while deference was owed to decisions made pursuant to subsections 37(1) and 37(1.1), the Court wrote that “a reviewing court must ensure that the exercise of power delegated by Parliament remains within the bounds established by the statutory scheme” (*Innu of Ekuanitshit*, paragraph 44).

[210] To the submission that *Innu of Ekuanitshit* is the governing authority, Tsleil-Waututh adds two additional points: first and, in any event, the “margin of appreciation” approach followed in *Gitxaala* is no longer good law; and, second, issues of procedural fairness are to be reviewed on the standard of correctness. Tsleil-Waututh's additional submissions are adopted by the City of Burnaby.

[211] I see no inconsistency between the *Innu of Ekuanitshit* and *Gitxaala* for the following reasons.

[212] First, the Court in *Gitxaala* acknowledged that it was bound by *Innu of Ekuanitshit*. However, because of the very different legislative scheme at issue in *Gitxaala*, the earlier decision did not satisfactorily determine the standard of review to be applied to the decision of the

*Conseil des Innus de Ekuanitshit c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 189. Dans cette affaire, la Cour conclut que la norme de contrôle de la décision raisonnable s'applique à la décision du gouverneur en conseil d'approuver la réponse du gouvernement fédéral à un rapport d'une commission d'examen conjoint préparé sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 (LCEE), maintenant abrogée [L.C. 2012, ch. 19, art. 66]. La Cour y rejette la prétention selon laquelle la norme de la décision correcte s'applique à la question de savoir si le gouverneur en conseil et les autorités responsables avaient respecté les exigences de la LCEE avant de prendre leurs décisions en vertu des paragraphes 37(1) et 37(1.1) de cette loi. Aux termes de ces dispositions, le gouverneur en conseil et les autorités responsables devaient examiner le rapport de la commission d'examen conjoint et décider si le projet en cause était justifié malgré les effets environnementaux négatifs.

[209] Cela dit, même si la déférence s'imposait à l'égard des décisions prises en vertu des paragraphes 37(1) et 37(1.1), la Cour écrit que « la cour de révision doit s'assurer que l'exercice du pouvoir délégué par le Parlement demeure à l'intérieur des limites prévues par le régime législatif » (*Innus de Ekuanitshit*, paragraphe 44).

[210] À leur prétention selon laquelle la décision de principe est l'arrêt *Innus de Ekuanitshit*, les Tsleil-Waututh ajoutent, en premier lieu, que l'approche fondée sur la « marge d'appréciation » suivie dans l'arrêt *Gitxaala* ne fait de toute façon plus jurisprudence et, en second lieu, que les questions relatives à l'équité procédurale sont assujetties à la norme de la décision correcte. Burnaby souscrit à ces observations additionnelles des Tsleil-Waututh.

[211] Pour les motifs suivants, je ne vois aucune incompatibilité entre les arrêts *Innus de Ekuanitshit* et *Gitxaala*.

[212] Premièrement, dans l'arrêt *Gitxaala*, la Cour reconnaît être liée par l'arrêt *Innus de Ekuanitshit*. Or, en raison du régime législatif très différent en cause dans *Gitxaala*, l'arrêt précédent ne tranchait pas de façon satisfaisante la question de la norme de contrôle applicable



Governor in Council at issue in *Gitxaala* (*Gitxaala*, paragraph 136). This Court did not doubt the correctness of *Innu of Ekuanitshit* or purport to overturn it.

[213] Second, in each case the Court determined the standard of review to be applied to the decision of the Governor in Council was reasonableness. It was within the reasonableness standard that the Court found in *Innu of Ekuanitshit* that the Governor in Council's decision must still be made within the bounds of the statutory scheme.

[214] Third, and finally, the conclusion in *Innu of Ekuanitshit* that a reviewing court must ensure that the Governor in Council's decision was exercised "within the bounds established by the statutory scheme" (*Innu of Ekuanitshit*, paragraph 44) is consistent with the requirement in *Gitxaala* that the Governor in Council must determine and be satisfied that the Board's process and assessment complied with the legislative requirements, so that the Board's report qualified as a proper prerequisite to the decision of the Governor in Council. Then, it is for this Court to be satisfied that the decision of the Governor in Council was lawful, reasonable and constitutionally valid. To be lawful and reasonable the Governor in Council must comply with the purview and rationale of the legislative scheme.

[215] Reasonableness review requires a court to assess whether the decision under review falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible on the facts and the law (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 47).

[216] Reasonableness review is a contextual inquiry. Reasonableness "takes its colour from the context" (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 59; *Canada (Attorney General) v. Igloo Vikski Inc.*, 2016 SCC 38, [2016] 2 S.C.R. 80, at paragraph 57); in every case the fundamental question "is the scope of decision-making power conferred on the decision-maker by the governing legislation" (*Catalyst Paper Corp. v. North*

à la décision du gouverneur en conseil dans ce cas (*Gitxaala*, paragraphe 136). La Cour n'a pas remis en question le bien-fondé de l'arrêt *Innus de Ekuanitshit* ni cherché à l'infirmier.

[213] Deuxièmement, dans les deux cas, la Cour décide que la norme de contrôle applicable à la décision du gouverneur en conseil est celle de la décision raisonnable. C'est au regard de la norme de la décision raisonnable que la Cour conclut, dans l'arrêt *Innus de Ekuanitshit*, que la décision du gouverneur en conseil doit néanmoins respecter le cadre du régime législatif.

[214] Troisièmement et finalement, la conclusion énoncée dans l'arrêt *Innus de Ekuanitshit* à l'effet que la cour de révision est tenue de veiller à ce que la décision du gouverneur en conseil demeure « à l'intérieur des limites prévues par le régime législatif » (*Innus de Ekuanitshit*, paragraphe 44) va dans le même sens que l'exigence formulée dans l'arrêt *Gitxaala* selon laquelle le gouverneur en conseil doit conclure et être convaincu que le processus et l'évaluation de l'Office satisfont aux exigences législatives, de telle sorte que le rapport de l'Office constitue un rapport en bonne et due forme, condition préalable à la décision du gouverneur en conseil. La Cour doit ensuite être convaincue que la décision du gouverneur en conseil était conforme à la loi, raisonnable et constitutionnelle. La décision conforme à la loi et raisonnable respecte le cadre et la logique du régime législatif.

[215] Pour décider si une décision est raisonnable, les cours doivent voir si elle appartient aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, paragraphe 47).

[216] La norme de la décision raisonnable appelle une analyse contextuelle. Le caractère raisonnable « s'adapte au contexte » (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, paragraphe 59; *Canada (Procureur général) c. Igloo Vikski Inc.*, 2016 CSC 38, [2016] 2 R.C.S. 80, paragraphe 57); dans chaque affaire, la question fondamentale intéresse « la portée du pouvoir décisionnel que la loi a conféré au décideur » (*Catalyst Paper Corp. c. North*

*Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at paragraph 18).

[217] Thus, when a court reviews a decision made in the exercise of a statutory power, reasonableness review requires the decision to have been made in accordance with the terms of the statute: see, for example, *Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344, at paragraphs 29–30. Put another way, an administrative decision maker is constrained in the outcomes it may reach by the statutory wording (*Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203, at paragraph 21).

[218] The Supreme Court recently considered this in the context of a review of a decision of the Specific Claims Tribunal. The Tribunal is required by its governing legislation to adjudicate specific claims “in accordance with law and in a just and timely manner” [emphasis in original]. The majority of the Court observed that the Tribunal’s mandate expressly tethered “the scope of its decision-making power to the applicable legal principles” and went on to note that the “range of reasonable outcomes available to the Tribunal is therefore constrained by these principles” (*Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83, 417 D.L.R. (4th) 239, at paragraphs 33–34).

[219] With respect to Tsleil-Waututh’s two additional points, I believe the first point was addressed above. Reasonableness “takes its colour from the context”. To illustrate, reasonableness review of a policy decision affecting many entities is of a different nature than reasonableness review of, say, a decision on the credibility of evidence before an adjudication tribunal.

[220] The second point raises the question of the standard of review to be applied to questions of procedural fairness.

[221] As this Court noted in *Bergeron v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 160, 474 N.R. 366, at paragraph 67, the standard of review for questions of procedural fairness is currently unsettled.

*Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, paragraphe 18).

[217] Par conséquent, la cour appelée à se prononcer sur une décision prise dans l’exercice d’un pouvoir conféré par la loi vérifie, au regard de la norme de la décision raisonnable, que la décision a été prise conformément au texte de loi (voir, par exemple, *Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344, paragraphes 29–30). Autrement dit, un décideur administratif est limité, pour tirer ses conclusions, par le libellé de la loi (*Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203, paragraphe 21).

[218] La Cour suprême s’est récemment penchée sur la question en examinant une décision du Tribunal des revendications particulières. Selon sa loi habilitante, ce tribunal doit statuer sur des revendications particulières « de façon équitable et dans les meilleurs délais ». Les juges majoritaires ont fait remarquer que sa compétence ne lui confère expressément « un pouvoir décisionnel qu’en ce qui concerne les principes de droit applicables », ajoutant que les « issues raisonnables qui s’offrent au Tribunal sont donc délimitées par ces principes » (*Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83, [2018] A.C.S. n° 4 (QL), paragraphes 33 et 34).

[219] Quant aux deux autres points soulevés par les Tsleil-Waututh, le premier est traité plus haut, selon moi. Le caractère raisonnable « s’adapte au contexte ». Par exemple, le contrôle selon la norme de la décision raisonnable est d’une nature différente selon qu’il porte sur une décision de politique générale touchant de nombreuses entités ou sur une décision relative à la crédibilité de la preuve présentée à un organisme juridictionnel.

[220] Le second point concerne la norme applicable aux questions d’équité procédurale.

[221] Comme notre Cour l’indique dans l’arrêt *Bergeron c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 160, au paragraphe 67, la norme de contrôle applicable aux questions d’équité procédurale n’a pas été tranchée.

[222] As Trans Mountain submits, in cases such as *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75, at paragraphs 70–72, this Court has applied the standard of correctness with some deference to the decision maker’s choice of procedure (see also *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502, at paragraphs 79 and 89).

[223] This said, in my view it is not necessary to resolve any inconsistency in the jurisprudence because, as will be explained below, even on a correctness review I find there is no basis to set aside the Order in Council on the basis of procedural fairness concerns.

(b) The constitutional component

[224] As explained above, a distinction exists between the standard of review applied to the administrative law components of the Governor in Council’s decision and the standard applied to the component which required the Governor in Council to consider the adequacy of the process of consultation with Indigenous peoples, and if necessary, accommodation.

[225] Citing *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at paragraphs 61–63, the parties agree that the existence and extent of the duty to consult are legal questions reviewable on the standard of correctness. The adequacy of the consultation is a question of mixed fact and law which is reviewable on the standard of reasonableness. I agree.

[226] Reasonableness review does not require perfect satisfaction (*Gitxaala*, paragraphs 182–183 and the cases cited therein). The question to be answered is whether the government action “viewed as a whole, accommodates the collective aboriginal right in question”. Thus, “[s]o long as every reasonable effort is made to inform and to consult, such efforts would suffice” (*Haida Nation*, paragraph 62, citing *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723 and *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013). The focus of

[222] Trans Mountain fait valoir que, dans des affaires comme *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l’énergie)*, 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75, aux paragraphes 70 à 72, notre Cour opte pour la norme de la décision correcte, mais fait preuve d’une certaine déférence à l’égard du choix du décideur quant à la procédure (voir aussi *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502, paragraphes 79 et 89).

[223] Cela dit, point n’est besoin à mon avis de résoudre une contradiction dans la jurisprudence parce que, comme nous le verrons, même à l’issue d’un contrôle selon la norme de la décision correcte, je conclus que rien ne justifie d’annuler le décret pour les motifs d’équité procédurale.

b) Le volet constitutionnel

[224] Comme nous l’avons expliqué, il y a une distinction entre la norme de contrôle appliquée au volet de la décision du gouverneur en conseil relevant du droit administratif et celle appliquée au volet qui exige du gouverneur en conseil qu’il évalue la qualité du processus de consultation des peuples autochtones et, si nécessaire, les mesures d’accommodement.

[225] Invoquant l’arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, aux paragraphes 61 à 63, les parties s’entendent pour dire que l’existence et la teneur de l’obligation de consulter constituent des questions de droit auxquelles s’applique la norme de la décision correcte. La qualité des consultations est une question mixte de fait et de droit assujettie à celle de la décision raisonnable. Je suis d’accord.

[226] Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable n’exige pas la perfection (*Gitxaala*, paragraphes 182 et 183 et arrêts qui y sont cités). La question est de savoir si l’acte gouvernemental « considéré dans son ensemble [...] respecte le droit ancestral collectif en question ». Ainsi, « [d]ans la mesure où tous les efforts raisonnables ont été déployés pour informer et consulter, on a alors satisfait à l’obligation de justifier » (*Haïda*, paragraphe 62, citant *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723,

the analysis should not be on the outcome, but rather on the process of consultation and accommodation (*Haida Nation*, paragraph 63).

[227] Having set out the governing standards of review, I next consider the various flaws that are said to vitiate the decision of the Governor in Council.

2. Did the Governor in Council err in determining that the Board's report qualified as a report so as to be a proper condition precedent to the Governor in Council's decision?

[228] The Board's errors said to vitiate the decision of the Governor in Council were briefly summarized above at paragraph 128. For ease of reference I reorganize and repeat that the applicants variously assert that the Board erred by:

- a. breaching the requirements of procedural fairness;
- b. failing to decide certain issues before it recommended approval of the Project;
- c. failing to consider alternatives to the Westridge Marine Terminal;
- d. failing to assess Project-related marine shipping under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*; and,
- e. erring in its treatment of the *Species at Risk Act*.

The effect of each of these errors is said to render the Board's report materially deficient such that it was not a "report" that the Governor in Council could rely upon. A decision made by the Governor in Council without a "report" before it must be unreasonable; the statute makes it clear that the Governor in Council can only reach a decision when informed by a "report" of the Board.

[229] I now turn to consider each alleged deficiency.

et *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013). L'élément central de l'analyse devrait porter non pas sur le résultat, mais sur le processus de consultation et d'accommodement (*Haida*, paragraphe 63).

[227] Ayant énoncé les normes de contrôle applicables, j'examine les diverses lacunes qui vicieraient la décision du gouverneur en conseil.

2. Le gouverneur en conseil a-t-il conclu à tort que le rapport de l'Office constituait un rapport en bonne et due forme, condition préalable à sa décision?

[228] Les erreurs de l'Office qui vicieraient la décision du gouverneur en conseil ont été brièvement résumées au paragraphe 128 des présents motifs. Par souci de commodité, je les présente dans l'ordre suivant. Répétons que, selon les diverses prétentions des demandeurs l'Office a commis les erreurs suivantes :

- a. a manqué à l'équité procédurale;
- b. n'a pas tranché certaines questions avant de recommander l'approbation du projet;
- c. n'a pas envisagé des solutions de rechange au terminal maritime Westridge;
- d. n'a pas évalué le transport maritime associé au projet sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*;
- e. a mal interprété la *Loi sur les espèces en péril*.

On fait valoir que chacune de ces erreurs vicie substantiellement le rapport de l'Office de sorte qu'il ne pourrait constituer un « rapport » pour les besoins du gouverneur en conseil. Une décision prise par ce dernier en l'absence d'un « rapport » doit être tenue pour déraisonnable; le texte de la loi indique clairement que le gouverneur en conseil ne peut prendre une décision qu'après avoir pris connaissance du « rapport » de l'Office.

[229] Abordons chaque lacune reprochée.

(a) Was the Board's process procedurally fair?

(i) Applicable legal principles

[230] The Board, as a public authority that makes administrative decisions that affect the rights, privileges or interests of individuals, owes a duty of procedural fairness to the parties before it. However, the existence of a duty of fairness does not determine what fairness requires in a particular circumstance.

[231] It is said that the concept of procedural fairness is eminently variable, and that its content is to be decided in the context and circumstances of each case. The concept is animated by the desire to ensure fair play. The purpose of the participatory rights contained within the duty of fairness has been described to be:

... to ensure that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional, and social context, with an opportunity for those affected by the decision to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker.

(*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 22).

[232] In *Baker*, the Supreme Court articulated a non-exhaustive list of factors to be considered when determining what procedural fairness requires in a given set of circumstances: the nature of the decision being made and the process followed in making it; the nature of the statutory scheme, including the existence of an appeal procedure; the importance of the decision to the lives of those affected; the legitimate expectations of the person challenging the decision; and, the choice of procedures made by the decision maker.

[233] Applying these factors, the City of Burnaby argues that the content of the procedural duty owed to it was significant.

a) Le processus suivi par l'Office respectait-il l'équité procédurale?

(i) Principes juridiques applicables

[230] En tant qu'autorité publique qui rend des décisions administratives touchant les droits, les privilèges ou les intérêts de personnes, l'Office a une obligation d'équité procédurale envers les parties qui se présentent devant elle. Toutefois, le fait qu'il existe une obligation ne dit rien sur la teneur de cette obligation dans une situation particulière.

[231] On dit que le concept d'équité procédurale est éminemment variable et que sa teneur doit être déterminée en fonction du contexte et des circonstances de chaque affaire. Le concept repose sur un désir de veiller à ce que l'on joue franc-jeu. La Cour suprême décrit en ces termes les droits de participation que commande l'obligation d'équité :

[...] [ils] visent à garantir que les décisions administratives sont prises au moyen d'une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal institutionnel et social, comprenant la possibilité donnée aux personnes visées par la décision de présenter leurs points de vue complètement ainsi que des éléments de preuve de sorte qu'ils soient considérés par le décideur.

(*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, paragraphe 22).

[232] Dans l'arrêt *Baker*, la Cour suprême établit une liste non exhaustive de facteurs que l'on doit examiner pour déterminer la teneur de l'équité procédurale dans des circonstances données : la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir; la nature du régime législatif, notamment l'existence d'une procédure d'appel; l'importance de la décision pour les personnes touchées; les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision; enfin, le choix de procédure fait par le décideur.

[233] À la lumière de ces facteurs, Burnaby soutient que l'obligation en matière d'équité procédurale à son égard est substantielle.

[234] Other applicants and the respondents did not make submissions on the content of the procedural duty of fairness.

[235] Having regard to the adjudicative nature of the decision at issue, the court-like procedures prescribed by the *National Energy Board Rules of Practice and Procedure, 1995*, SOR/95-208, the absence of an unrestricted statutory right of appeal (subsection 22(1) of the *National Energy Board Act* permits an appeal on a question of law or jurisdiction only with leave of this Court) and the importance of the Board's decision to the parties, I accept Burnaby's submission that the content of the duty of fairness owed by the Board to the parties was significant. The parties were entitled to a meaningful opportunity to present their cases fully and fairly. Included in the right to present a case fully is the right to effectively challenge evidence that contradicts that case. I will consider below more precisely the content of this duty.

[236] Having briefly summarized the legal principles that apply to issues of procedural fairness, I next enumerate the assertions of procedural unfairness.

(ii) The asserted breaches of procedural fairness

[237] The City of Burnaby asserts that the Board breached a duty of fairness owed to it by:

- a. failing to hold an oral hearing;
- b. failing to provide Burnaby with an opportunity to test Trans Mountain's evidence by cross-examination;
- c. failing to require Trans Mountain to respond to Burnaby's written Information Requests and denying Burnaby's motions to compel further and better responses to the Information Requests;
- d. delegating the assessment of critically important information until after the Board's report and the Governor in Council's decision;

[234] D'autres demandeurs et les défendeurs n'ont pas présenté d'observations sur la portée de l'obligation d'équité procédurale.

[235] Compte tenu de la nature juridictionnelle de la décision en cause, de la procédure de l'Office—qui s'apparente à celle d'une cour—prescrite par les *Règles de pratique et de procédure de l'Office national de l'énergie (1995)*, DORS/95-208, de l'absence de droit d'appel sans restrictions prévu par la loi (le paragraphe 22(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* permet d'interjeter appel sur une question de droit ou de compétence uniquement avec l'autorisation de notre Cour) et de l'importance de la décision de l'Office pour les parties, j'accepte la prétention de Burnaby selon laquelle l'obligation d'équité que l'Office avait à l'endroit des parties était substantielle. Les parties avaient droit à une véritable occasion de présenter leur point de vue complètement, incluant l'opportunité de contester la preuve qui contredit leur thèse. J'examine plus en détail la teneur de cette obligation ci-après.

[236] Ayant résumé les principes juridiques qui s'appliquent en matière d'équité procédurale, j'aborde ensuite les allégations de violation à ces principes.

(ii) Les manquements reprochés quant à l'équité procédurale

[237] Burnaby affirme que l'Office a manqué à son obligation d'équité procédurale envers elle :

- a. en ne tenant pas d'audience;
- b. en ne lui donnant pas la possibilité de réfuter, par un contre-interrogatoire, la preuve de Trans Mountain;
- c. en n'exigeant pas que Trans Mountain réponde à ses demandes de renseignements écrites et en rejetant ses requêtes qui visaient à forcer des réponses plus complètes aux demandes de renseignements;
- d. en déléguant l'évaluation de renseignements d'une importance cruciale, qui aura lieu après le rapport de l'Office et la décision du gouverneur en conseil;



- |  |   |
|--|---|
| <p>e. failing to provide sufficient reasons concerning:</p> <p>i. alternative means of carrying out the Project;</p> <p>ii. the risks, including seismic risk, related to fire and spills;</p> <p>iii. the suitability of the Burnaby Mountain Tunnel;</p> <p>iv. the protection of municipal water sources; and,</p> <p>v. whether, and on what basis, the Project is in the public interest.</p> | <p>e. en donnant des motifs insuffisants en ce qui a trait :</p> <p>i. aux solutions de rechange pour le projet;</p> <p>ii. aux risques, notamment sismiques, en cas d'incendie ou de déversement;</p> <p>iii. au choix de percer un tunnel sous le mont Burnaby;</p> <p>iv. à la protection des sources d'eau municipales;</p> <p>v. au caractère d'intérêt public du projet, s'il en est.</p> |
|--|---|

[238] Tsleil-Waututh submits that the Board breached the duty of fairness by restricting its ability to test Trans Mountain's evidence and by permitting Trans Mountain to file improper reply evidence.

[238] Les Tsleil-Waututh affirment que l'Office a manqué à son obligation d'équité en restreignant sa capacité à réfuter la preuve de Trans Mountain et en permettant à Trans Mountain de déposer une contre-preuve irrégulière.

[239] The Stó:lō submit that it was procedurally unfair to subject their witnesses who gave oral traditional Indigenous evidence to cross-examination when Trans Mountain's witnesses were not cross-examined.

[239] Selon les Stó:lō, un manquement à l'équité procédurale a découlé du contre-interrogatoire de leurs témoins qui ont fait une déposition orale sur les traditions autochtones, les témoins de Trans Mountain n'ayant pas été contre-interrogés.

[240] Squamish briefly raised the issue of inadequate response to their Information Request to Natural Resources Canada, and the Board's terse rejection of their requests for further and better responses from Natural Resources Canada, the Department of Fisheries and Oceans and Trans Mountain.

[240] Les Squamish ont brièvement soulevé la question de la réponse inadéquate donnée par Ressources naturelles Canada à leur demande de renseignements et du rejet laconique par l'Office de leurs demandes visant à obtenir des réponses plus complètes de Ressources naturelles Canada, du ministère des Pêches et des Océans et de Trans Mountain.

[241] Each assertion will be considered.

[241] Examinons tour à tour chaque prétention.

(iii) The failure to hold a full oral hearing and to allow cross-examination of Trans Mountain's witnesses

(iii) Le défaut de tenir une audience et de permettre le contre-interrogatoire des témoins de Trans Mountain

[242] It is convenient to deal with these two asserted errors together.

[242] Il convient de traiter ensemble ces deux erreurs alléguées.

[243] The applicants argue that the Board’s decision precluding oral cross-examination was “a stark departure from the previous practice for a project of this scale” (Burnaby’s memorandum of fact and law, paragraph 160) that deprived the Board of an important and established method for determining the truth. The applicants argue that this was particularly unfair because Trans Mountain failed to participate in good faith in the Information Request process with the result that the process did not provide an effective, alternative method to test Trans Mountain’s evidence.

[244] The respondents Canada and Trans Mountain answer that:

- The Board has discretion to determine whether a hearing proceeds as a written or oral hearing, and the Board is entitled to deference with respect to its choice of procedure.
- The process was tailored to take into account the number of participants, the volume of evidence and the technical nature of the information to be received by the Board.
- Many aspects of the hearing were conducted orally: the oral Indigenous traditional evidence, Trans Mountain’s oral summary argument, the interveners’ oral summary arguments and any reply arguments.
- Cross-examination is never an absolute right. A decision maker may refuse or limit cross-examination so long as there is an effective means to challenge and test evidence.

[245] I acknowledge the importance of cross-examination at common law. However, because the content of the duty of fairness varies according to context and circumstances, the duty of fairness does not always require the right of cross-examination. For example, in a multi-party public hearing related to the public interest, fairness was held not to require oral cross-examination (*Unicity Taxi Ltd. v. Manitoba Taxicab Board* (1992), 80 Man. R. (2d) 241, [1992] 6 W.W.R. 35 (Q.B.); affd

[243] Les demandeurs font valoir que la décision de l’Office d’empêcher le contre-interrogatoire était [TRANSDUCTION] « aux antipodes de la pratique antérieure pour un projet de cette envergure » (mémoire des faits et du droit de Burnaby, paragraphe 160) et privait l’Office d’une méthode importante et bien établie de découverte de la vérité. Ils ajoutent que cette décision était particulièrement inéquitable étant donné que Trans Mountain n’a pas participé de bonne foi au processus de demande de renseignements. Ainsi, le processus ne s’est pas révélé une méthode de rechange efficace pour réfuter la preuve de Trans Mountain.

[244] Les défendeurs Canada et Trans Mountain répondent ceci :

- L’Office est habilité à décider si l’instruction se fera par écrit ou par voie d’audience, et il faut faire preuve de déférence quant à son choix de procédure.
- Le processus a été conçu pour tenir compte du nombre de participants, du volume de la preuve et de la nature technique des renseignements devant être reçus par l’Office.
- De nombreux aspects de l’instruction se sont déroulés oralement : l’audition de la preuve traditionnelle autochtone, la plaidoirie finale de Trans Mountain, les plaidoiries finales des intervenants et l’argumentation présentée en réplique.
- Il n’y a pas de droit absolu au contre-interrogatoire. Un décideur peut refuser ou limiter le contre-interrogatoire s’il existe un moyen efficace de confirmer ou réfuter la preuve.

[245] Je reconnais l’importance du contre-interrogatoire en common law. Toutefois, comme la teneur de l’obligation en matière d’équité procédurale varie selon le contexte et les circonstances, cette obligation n’emporte pas toujours le droit de contre-interroger. Par exemple, il a été jugé, dans le cadre d’une instruction publique liée à l’intérêt public faisant intervenir de nombreuses parties, que l’équité n’exigeait pas la tenue de contre-interrogatoires (*Unicity Taxi Ltd. v. Manitoba Taxicab*

(1992), 83 Man. R. (2d) 305, [1992] M.J. No. 608 (QL) (C.A.)). The Court dismissed the allegation of unfairness because “in the conduct of multi-faceted and multi-party public hearings [cross-examination] tends to become an unwieldy and even dangerous weapon that may lead to disturbance, disruption and delay”.

[246] Similarly, in *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2017 SCC 41, [2017] 1 S.C.R. 1099, the Supreme Court found that the Chippewas of the Thames were given an adequate opportunity to participate in the decision-making process of the Board (reasons, paragraph 51). This finding was supported by the Court’s enumeration of the following facts: the Board held an oral hearing; provided early notice of the hearing process to affected Indigenous groups and sought their formal participation; granted intervener status to the Chippewas of the Thames; provided participant funding to allow the Chippewas of the Thames to tender evidence and pose formal Information Requests to the project proponent, to which they received written responses; and permitted the Chippewas of the Thames to make oral closing submissions. No right of oral cross-examination was granted (reasons, paragraph 52), yet the process provided an adequate right to participate.

[247] These decisions are of course not determinative of the requirements of fairness in the present context.

[248] The relevant context is discussed by the Board in its Ruling No. 14, which dealt with a motion requesting that the hearing order be amended to include a phase for oral cross-examination of witnesses. After quoting an administrative law text to the effect that procedural fairness is not a fixed concept, but rather is one that varies with the context and the interest at stake, the Board wrote [at pages 4–5]:

*Board* (1992), 80 Man. R. (2d) 241, [1992] 6 W.W.R. 35 (Q.B.); conf. par (1992), 83 Man. R. (2d) 305, [1992] M.J. n° 608 (QL) (C.A.)). La cour de première instance a rejeté la prétention de manquement à l’équité parce que, [TRANSDUCTION] « dans le cadre d’instructions publiques ayant des enjeux multiples et mettant en cause de nombreuses parties, [les contre-interrogatoires] ont tendance à devenir une arme lourde, voire dangereuse, susceptible de mener au désordre et de faire traîner l’affaire en longueur ».

[246] Dans la même veine, dans l’arrêt *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, 2017 CSC 41, [2017] 1 R.C.S. 1099, la Cour suprême conclut que les Chippewas de la Thames se sont vu offrir une possibilité adéquate de participer au processus décisionnel de l’Office (motifs, paragraphe 51). Cette conclusion repose sur les faits suivants énumérés par la Cour : l’Office a tenu une audience; il a informé au préalable les groupes autochtones du processus et les a invités à y participer formellement; il a accordé le statut d’intervenant aux Chippewas de la Thames; il a fourni à ces derniers de l’aide financière qui leur a permis de présenter une preuve, de présenter de manière formelle au promoteur du projet des demandes de renseignements, auxquelles ce dernier a répondu par écrit, et a permis aux Chippewas de la Thames de présenter de vive voix des observations finales. On ne leur a pas accordé le droit de contre-interroger (motifs, paragraphe 52), mais le processus leur a néanmoins assuré un droit de participation adéquat.

[247] Ces décisions ne sont évidemment pas déterminantes quant aux exigences en matière d’équité dans le présent contexte.

[248] L’Office traite du contexte pertinent dans sa décision n° 14, qui porte sur une requête en modification de l’ordonnance d’audience visant à solliciter le contre-interrogatoire oral des témoins. Après avoir cité un extrait d’un ouvrage de droit administratif suivant lequel la notion d’équité procédurale n’a rien d’un concept fixe, mais varie plutôt selon les circonstances et les intérêts en jeu, l’Office écrit ce qui suit [aux pages 4 et 5] :

Here, the context is that the Board will be making a recommendation to the Governor in Council. The recommendation will take into account whether the pipeline is and will be required by the present and future public convenience and necessity. The Board's recommendation will be polycentric in nature as it involves a wide variety of considerations and interests. Persons directly affected by the Application include Aboriginal communities, land owners, governments, commercial interests, and other stakeholders. The motion and several of the comments in support of it appear to place significant reliance on the potential credibility of witnesses. The Board notes that this is not a criminal or civil trial. The Board's hearing also does not involve an issue of individual liberty. It is a process for gathering and testing evidence for the Board's preparation, as an expert tribunal, of its recommendation to the Governor in Council about whether to issue a certificate under section 52 of the NEB Act. The Board will also be conducting an environmental assessment and making a recommendation under CEAA 2012.

Hearing processes are designed individually and independently by the Board based on the specific circumstances of the application. Each process is designed to provide for a fair hearing, but the processes are not necessarily the same. For this Application, the Hearing Order provides two opportunities to ask written information requests. There is also an opportunity to file written evidence, and to provide both written and oral final argument. For Aboriginal groups that also wish to present Aboriginal traditional evidence orally, there is an opportunity to do this.

Regarding the nature of the statutory scheme, section 8 of the NEB Act authorizes the Board to make rules about the conduct of hearings before the Board. The Rules provide that public hearings may be oral or written, as determined by the Board. The Board has previously held fully written hearings for section 52 oil and gas pipeline applications. Hearings can also be oral, with significant written components, as is the case here. In addition to the hearing procedures set out in the Rules, the Board makes rules about hearing procedures in its Hearing Order and associated rulings and bulletins.

...

Dans le cas qui nous occupe, le contexte est la présentation d'une recommandation de l'Office au gouverneur en conseil quant à la question de savoir si le pipeline a un caractère d'utilité publique tant pour le présent que pour le futur. Cette recommandation est à plusieurs facettes, car elle tient compte d'une grande diversité de considérations et d'intérêts. Les groupes directement touchés par la demande sont notamment les collectivités autochtones, les propriétaires fonciers, les gouvernements, les intérêts commerciaux et les autres parties prenantes. Dans la requête et un certain nombre de commentaires à l'appui, on semble accorder une grande importance à la crédibilité possible des témoins. L'Office fait observer qu'il ne s'agit pas là d'un procès pénal ou civil. L'audience de l'Office ne porte pas non plus sur une question de libertés individuelles. C'est plutôt un processus permettant à l'Office de recueillir et d'analyser des éléments de preuve pour pouvoir préparer, en tant que tribunal spécialisé, une recommandation au gouverneur en conseil en vue de la délivrance ou non d'un certificat aux termes de l'article 52 de la Loi. L'Office doit aussi procéder à une évaluation environnementale et produire une recommandation dans le cadre de la LCEE 2012.

L'Office conçoit individuellement et indépendamment ses processus d'audience en se fondant sur les circonstances de la demande. Chaque processus est conçu pour permettre une audience équitable, mais les processus ne sont pas nécessairement les mêmes. Dans le cas de cette demande, l'ordonnance d'audience prévoit deux occasions de solliciter des renseignements par écrit. Elle prévoit également la possibilité de déposer par voie de mémoires et de présenter une plaidoirie finale de vive voix ou par écrit. Pour les groupes autochtones qui désirent présenter un témoignage traditionnel verbalement, cette possibilité existe aussi.

En ce qui concerne la nature des prescriptions, l'article 8 de la Loi autorise [l'Office] à établir des règles de conduite des audiences devant lui. Les Règles disent que les audiences publiques peuvent être orales ou sur mémoires selon ce que détermine l'Office. Par le passé, l'Office a tenu des audiences entièrement sur mémoires dans le cas des demandes relatives aux oléoducs et aux gazoducs aux termes de l'article 52. Il se peut aussi que des audiences soient orales avec d'importants volets sur mémoires comme dans le présent cas. En plus des procédures d'audience que prévoient les Règles, l'Office décide des procédures à suivre dans ses ordonnances d'audience et les décisions et bulletins qui y sont liés.

[...]

Additional legislative requirements for the Board's public hearings are found in subsection 11(4) of the NEB Act, which requires that applications before the Board are to be dealt with as expeditiously as the circumstances and considerations of fairness permit, and within the time limit provided. This subsection of the NEB Act was added in 2012. For this Application, the legislated time limit, which is 15 months after the completeness determination is made, is 2 July 2015.

As the legislative time limits are recent, there is no legitimate expectation as to the hearing procedures that will be used to test the evidence. In this case, the Board has provided notice about the procedures that will apply.

In the Board's view, the legislation makes it clear that the Board is master of its own procedure and can establish its own procedures for each public hearing with regard to the conduct of hearings. This includes the authority to determine for a particular public hearing the manner in which evidence will be received and tested. In the circumstances of this hearing, where there are 400 intervenors and much of the information is technical in nature, the Board has determined that it is appropriate to test the evidence through written processes. All written evidence submitted will be subject to written questioning by up to 400 parties, and the Board. [Underlining added; footnotes omitted.]

[249] Further aspects of the relevant context are discussed in the Board's final report, at page 4:

For the Board's review of the Project application, the hearing had significant written processes as well as oral components. With the exception of oral traditional evidence described below, evidence was presented in writing, and testing of that evidence was carried out through written questions, known as Information Requests (IRs). Intervenors submitted over 15,000 questions to Trans Mountain over two major rounds of IRs. Hundreds of other questions were asked in six additional rounds of IRs on specific evidence. If an intervenor believed that Trans Mountain provided inadequate responses to its questions, it could ask the Board to compel Trans Mountain to provide a more complete response. Trans Mountain could do the same in respect of IRs it posed to intervenors on their evidence. There was also written questioning on various additional evidence, including supplemental, replacement, late and Trans Mountain's reply evidence.

On peut trouver d'autres exigences législatives applicables aux audiences publiques de l'Office au paragraphe 11(4) de la Loi, qui prévoit que « l'Office tranche les demandes et procédures dont il est saisi le plus rapidement possible, compte tenu des circonstances et de l'équité, mais en tout état de cause dans le délai prévu sous le régime de la présente loi, le cas échéant ». Ce paragraphe a été ajouté en 2012. Pour la présente demande, la date limite prescrite par la loi est le 2 juillet 2015 (soit 15 mois après que la demande est jugée complète).

Comme les délais prescrits par la loi sont une exigence récente, il n'y a aucune attente légitime pour ce qui est des procédures d'audience devant permettre d'examiner la preuve présentée. Dans le cas qui nous occupe, l'Office a donné avis des procédures à appliquer.

À son avis, le législateur a clairement dit qu'il est maître de sa propre procédure, c'est-à-dire qu'il peut décider de la marche à suivre dans la conduite de chaque audience publique. Cela comprend le pouvoir d'établir la manière dont la preuve sera reçue et examinée dans telle ou telle audience publique. Dans la présente audience où on compte 400 intervenants et où le gros de l'information livrée est technique, l'Office a jugé qu'il convenait de vérifier la preuve présentée sur mémoires. Toute la preuve présentée par écrit sera aussi soumise à des questions écrites par jusqu'à 400 intervenants et par l'Office même. [Non souligné dans l'original; renvois omis.]

[249] L'Office traite d'autres aspects pertinents du contexte dans son rapport final, à la page 4 :

Enfin, dans le cadre de l'audience, l'Office a eu recours à d'importants processus écrits et à des composantes pour favoriser l'examen de la demande visant le projet. À l'exception de la preuve traditionnelle orale décrite plus loin, les éléments de preuve ont été présentés par écrit et ont été validés au moyen de questions écrites présentées sous forme de demandes de renseignements. Les intervenants ont présenté plus de 15 000 questions à Trans Mountain au cours des deux grandes rondes de demandes de renseignements. Des centaines d'autres questions ont été posées au cours de six rondes de demandes de renseignements supplémentaires portant sur des éléments de preuve précis. Si un intervenant croyait que Trans Mountain avait fourni des réponses inadéquates à ses questions, il pouvait demander à l'Office de contraindre l'entreprise à fournir une réponse plus complète. Trans Mountain pouvait également demander des précisions au sujet des demandes de renseignements présentées aux intervenants à propos de leurs éléments de preuve. Un interrogatoire écrit a été déposé pour de nombreux éléments de preuve (éléments

The Board decided, in its discretion in determining its hearing procedure, to allow testing of evidence by IRs and determined that there would not be cross examination in this hearing. The Board decided that, in the circumstances of this hearing where there were 400 intervenors and legislated time limits, and taking into consideration the technical nature of the information to be examined, it was appropriate to test the evidence through written processes. In the final analysis, the written evidence submitted was subjected to extensive written questioning by up to 400 participants and the Board. The Board is satisfied that the evidence was appropriately tested in its written process and that its hearing was fair for all parties and met natural justice requirements. [Underlining added; footnote omitted.]

[250] Having set out the context relevant to determining the content of the duty of fairness, and the Board's discussion of the context, the next step is to apply the contextual factors enumerated in *Baker* to determine whether the absence of oral cross-examination was inconsistent with the participatory rights required by the duty of fairness. The heart of this inquiry is directed to whether the parties had a meaningful opportunity to present their case fully and fairly.

[251] Applying the first *Baker* factor, the nature of the Board's decision is different from a judicial decision. The Board is required to apply its expertise to the record before it in order to make recommendations about whether the Project is and will be required by public convenience and necessity, and whether the Project is likely to cause significant adverse environmental effects that can or cannot be justified in the circumstances. Each recommendation requires the Board to consider a broad spectrum of considerations and interests, many of which depend on the Board's discretion. For example, subsection 52(2) of the *National Energy Board Act* requires the Board's recommendation to be based on "all considerations that appear to it to be directly related to the pipeline and to be relevant". The Board's environmental assessment is to take into account "any other matter relevant to the

de preuve supplémentaires ou de remplacement, éléments de preuve déposés tardivement et contre-preuve de Trans Mountain).

L'Office, qui détermine la procédure d'audience à son gré, a décidé d'accepter la vérification de l'exactitude des éléments de preuve par voie de demandes de renseignements et de ne pas tenir de contre-interrogatoire dans le cadre de l'audience. Compte tenu des quelque 400 intervenants qui participeraient à l'audience, des délais prescrits par la Loi et de la nature technique des renseignements à examiner, l'Office a en effet jugé qu'il serait approprié de vérifier l'exactitude des éléments de preuve au moyen de processus écrits. Au cours de l'analyse définitive, les éléments de preuve présentés par écrit ont fait l'objet d'une interrogation écrite approfondie par l'Office et jusqu'à 400 intervenants. L'Office est convaincu que l'exactitude de la preuve a été vérifiée comme il se devait dans le cadre du processus sur pièces et que l'audience a été équitable pour tous les participants et qu'elle a été menée dans le respect [de] la règle de justice naturelle. [Non souligné dans l'original; renvoi omis.]

[250] La prochaine étape, une fois établi le contexte pertinent à la détermination du contenu de l'obligation d'équité et l'analyse qu'en fait l'Office, est d'appliquer les facteurs contextuels énumérés dans l'arrêt *Baker* pour décider si l'absence de contre-interrogatoire contrevient aux droits de participation qu'assure l'obligation d'équité procédurale. La question centrale de l'analyse consiste à savoir si les parties ont eu une occasion valable de présenter leur point de vue complètement et équitablement.

[251] Il ressort de l'application du premier facteur de l'arrêt *Baker* que la décision de l'Office n'est pas de la même nature qu'une décision judiciaire. L'Office est tenu de faire appel à son expertise pour examiner le dossier dont il est saisi et formuler des recommandations quant à savoir si le projet est requis à des fins d'utilité publique et s'il est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants qui sont justifiables ou non dans les circonstances. Chaque recommandation appelle l'Office à examiner un grand éventail de considérations et d'intérêts, sa marge d'appréciation étant à cet égard appréciable. Par exemple, le paragraphe 52(2) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* exige que l'Office tienne compte, en faisant sa recommandation, de « tous les facteurs qu'il estime directement liés au pipeline et pertinents ». L'évaluation environnementale



environmental assessment that the [Board] requires to be taken into account” (paragraph 19(1)(j) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*). The nature of the decision points in favour of more relaxed requirements under the duty of fairness.

[252] The statutory scheme also points to more relaxed requirements. The Board may determine that a pipeline application be dealt with wholly in writing (subsection 22(1), *National Energy Board Rules of Practice and Procedure, 1995*). The Board is required to deal with matters expeditiously, and within the legislated time limit. When the hearing order providing for Information Requests, not oral cross-examination, was issued on April 2, 2014, the Board was required to deliver its report by July 2, 2015. In legislating this time limit Parliament must be presumed to have contemplated that pipeline approval projects could garner significant public interest such that, as in this case, 400 parties successfully applied for leave to intervene. One aspect of the statutory scheme does point to a higher duty of fairness: the legislation does not provide for a right of appeal (save with leave on a question of law or jurisdiction). However, as discussed at length above, the Board’s decision is subject to scrutiny in proceedings such as this.

[253] The importance of the decision is a factor that points toward a heightened fairness requirement.

[254] For the reasons given by the Board, I do not see any basis for a legitimate expectation that oral cross-examination would be permitted. To the Board’s reasons I would add that such an expectation would be contrary to the Board’s right to determine that an application be reviewed wholly in writing. While the Board did permit oral cross-examination in its review of the Northern Gateway Pipeline, in that case the Board’s report discloses that intervener status was granted to 206 entities—roughly half the number of entities given intervener status in this case.

de l’Office doit prendre en compte « tout autre élément utile à l’évaluation environnementale dont [l’Office] peut exiger la prise en compte » (alinéa 19(1)j) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*). La nature de la décision milite en faveur d’exigences assouplies au titre de l’obligation d’équité procédurale.

[252] Le régime législatif milite aussi en faveur d’exigences assouplies. L’Office peut décider qu’une demande de pipeline fera l’objet en tout ou en partie d’un examen sur dossier (paragraphe 22(1) des *Règles de pratique et de procédure de l’Office national de l’énergie (1995)*). L’Office doit examiner rapidement les questions, dans les délais prévus par la loi. Lorsque l’ordonnance d’audience — qui prévoyait la possibilité de faire des demandes de renseignements, et non de contre-interroger de vive voix — a été rendue le 2 avril 2014, l’Office avait jusqu’au 2 juillet 2015 pour remettre son rapport. Pour prévoir un tel délai, le législateur doit, peut-on présumer, avoir envisagé la possibilité que des projets d’approbation de pipeline suscitent un intérêt public important comme en l’espèce, où 400 parties ont obtenu l’autorisation d’intervenir. Un des aspects du régime législatif milite en faveur d’exigences élevées au titre de l’obligation d’équité : la loi ne prévoit pas de droit d’appel (sauf pour une question de droit ou de compétence, et ce sur autorisation). Toutefois, comme je l’explique longuement plus haut, la décision de l’Office est soumise à un examen minutieux dans des instances comme la présente.

[253] L’importance de la décision est un facteur qui milite en faveur d’exigences élevées en matière d’équité procédurale.

[254] Pour les motifs donnés par l’Office, je ne vois rien qui puisse fonder une attente légitime à un contre-interrogatoire oral. Or, j’ajouterais qu’une telle attente serait contraire au droit de l’Office de décider qu’une demande soit entièrement examinée sur dossier. L’Office a effectivement permis un contre-interrogatoire oral dans le cas du pipeline Northern Gateway, mais, selon le rapport de l’Office concernant ce projet, la qualité d’intervenant avait alors été accordée à 206 entités, soit environ la moitié des entités en cause dans l’affaire qui nous occupe.

[255] Finally, the Board's choice of procedure, while not determinative, must be given some respect, particularly where the legislation gives the Board broad leeway to choose its own procedure, and the Board has experience in deciding appropriate hearing procedures.

[256] I note that when the Board rendered its decision on the request that it reconsider Ruling No. 14 so as to allow oral cross-examination, the applicants had received Trans Mountain's responses to their first round of Information Requests; many had brought motions seeking fuller and better answers. The Board ruled on the objections on September 26, 2014. Therefore, the Board was well familiar with the applicants' stated concerns, as is seen in Ruling No. 51 when it declined to reconsider its earlier ruling refusing to amend the hearing order to allow oral cross-examination.

[257] Overall, while the importance of the decision and the lack of a statutory appeal point to stricter requirements under the duty of fairness, the other factors point to more relaxed requirements. Balancing these factors, I conclude that the duty of fairness was significant. Nevertheless, the duty of fairness was not breached by the Board's decisions not to allow oral cross-examination and not to allow a full oral hearing. The Board's procedure did allow the applicants a meaningful opportunity to present their cases fully and fairly.

[258] Finally on this issue, the Board allowed oral traditional Indigenous evidence because "Aboriginal people have an oral tradition that cannot always be shared adequately in writing." (Ruling No. 14, page 5). With respect to Stó:lō's concerns about permitting oral questioning of oral traditional evidence, the Board permitted "Aboriginal groups [to] choose to answer any questions in writing or orally, whichever is practical or appropriate by their determination." (Ruling No. 14, page 5). This is a complete answer to the concerns of the Stó:lō.

[255] Enfin, le choix de procédure de l'Office n'est pas déterminant, mais appelle un certain respect, surtout lorsque la loi confère à ce dernier une grande latitude quant au choix de sa propre procédure, et qu'il a de l'expérience pour déterminer la procédure qui convient pour l'audience.

[256] Je note que lorsque l'Office a tranché la demande en réexamen de la décision n° 14 visant à permettre les contre-interrogatoires oraux, les demandeurs avaient reçu les réponses de Trans Mountain à leur première série de demandes de renseignements. Nombreux sont ceux qui avaient présenté des requêtes sollicitant des réponses plus complètes. L'Office a statué sur les objections le 26 septembre 2014. Il connaissait donc bien les préoccupations exprimées par les demandeurs, comme on peut le voir dans la décision n° 51, dans laquelle il refusait de revenir sur sa décision antérieure au terme de laquelle il déclinait de modifier l'ordonnance d'audience en vue d'autoriser des contre-interrogatoires oraux.

[257] Dans l'ensemble, bien que l'importance de la décision et l'absence de droit d'appel prévu dans la loi militent en faveur d'exigences plus strictes au titre de l'obligation d'équité, les autres facteurs supposent des exigences assouplies. Après une mise en balance de ces facteurs, je conclus que l'obligation d'équité était importante. Toutefois, les décisions de l'Office de ne pas permettre de contre-interrogatoires oraux et des audiences complètes ne violaient pas cette obligation. La procédure de l'Office donnait bel et bien aux demandeurs une occasion valable de présenter leur position complètement et équitablement.

[258] Enfin, l'Office a permis la présentation d'une preuve orale traditionnelle parce que « [l]es Autochtones ont une tradition orale qu'ils ne peuvent pas toujours bien faire connaître par l'écriture » (décision n° 14, page 5). Quant aux inquiétudes des Stó:lō's au sujet d'un contre-interrogatoire sur les témoignages traditionnels oraux, l'Office a permis aux « groupes autochtones [de] décider de répondre à toute question par écrit ou de vive voix selon ce qu'ils jugent pratique ou approprié » (décision n° 14, page 6), ce qui répond entièrement aux préoccupations des Stó:lō.

[259] I now turn to the next asserted breach of procedural fairness.

(iv) Trans Mountain's responses to the Information Requests

[260] The City of Burnaby and Squamish argue that Trans Mountain provided generic, incomplete answers to the Information Requests and the Board failed in its duty to compel further and better responses.

[261] During the oral hearing before this Court, Burnaby reviewed in detail: Burnaby's first Information Request questioning Trans Mountain about its consideration of alternatives to expanding the pipeline, tank facilities and marine terminal in a major metropolitan area; Trans Mountain's response; the Board's denial of Burnaby's request for a fuller answer; Burnaby's second Information Request; Trans Mountain's response; the Board's denial of Burnaby's request for a fuller answer; the Board's first Information Request to Trans Mountain questioning alternative means of carrying out the Project; Trans Mountain's response; the Board's second Information Request; and, Trans Mountain's response to the Board's second Information Request. Burnaby argues that Trans Mountain provided significantly more information to the Board than it did to Burnaby, but the information Trans Mountain provided was still insufficient.

[262] Squamish made brief reference in oral argument to the Board's failure to order fuller answers about the Crown's assessment of the strength of its claims to Aboriginal rights and title.

[263] As can be seen from Burnaby's oral submission, it brought motions before the Board to compel better answers in respect of both of Trans Mountain's responses to Burnaby's Information Requests.

[264] I begin consideration of this issue by acknowledging that most, but not all, of Burnaby's requests for

[259] Passons à l'élément suivant dans l'énumération des manquements allégués à l'équité procédurale.

(iv) Les réponses de Trans Mountain aux demandes de renseignements

[260] Burnaby et les Squamish font valoir que Trans Mountain a donné des réponses générales et incomplètes à leurs demandes de renseignements et que l'Office a manqué à son obligation de la contraindre à fournir des réponses plus complètes.

[261] Au cours de la partie orale de l'instruction qui a eu lieu devant cette Cour, Burnaby a repassé en détail : sa première demande de renseignements à l'intention de Trans Mountain relativement à son examen de solutions de rechange à l'agrandissement du pipeline, des réservoirs et des terminaux maritimes dans un grand centre métropolitain; la réponse de Trans Mountain; le rejet, par l'Office, de la demande de Burnaby visant l'obtention d'une réponse plus complète; la seconde demande de renseignements de Burnaby; la réponse de Trans Mountain; le rejet, par l'Office, de la demande de Burnaby visant l'obtention d'une réponse plus complète; la première demande de renseignements présentée par l'Office — sur les autres moyens de réaliser le projet —; la réponse de Trans Mountain; la seconde demande de renseignements de l'Office; la réponse de Trans Mountain à cette demande. Burnaby soutient que Trans Mountain a fourni beaucoup plus de renseignements à l'Office qu'à elle, mais que les renseignements fournis demeuraient insuffisants.

[262] Dans leur plaidoirie, les Squamish ont fait allusion au fait que l'Office n'a pas ordonné de réponses plus complètes au sujet de l'évaluation, effectuée par la Couronne, de la solidité de leurs revendications quant à leurs droits et au titre ancestraux.

[263] Comme il ressort de sa plaidoirie, Burnaby a présenté des requêtes à l'Office pour qu'il enjoigne à Trans Mountain de fournir de meilleures réponses à ses deux demandes de renseignements.

[264] Je commence l'examen de cette question en reconnaissant que l'Office a refusé la plupart des demandes

fuller answers were denied by the Board. However, procedural fairness does not guarantee a completely successful outcome. The Board did order some further and better answers in respect of each motion. Burnaby must prove more than just that the Board did not uphold all of its objections.

[265] The Board’s reasons for declining to compel further answers are found in two of the Board’s rulings: Ruling No. 33 [*Motions to compel full and adequate responses to the first round of intervenor information requests*, 26 September 2014] (A4 C4 H7) in respect of the first round of Information Requests directed to Trans Mountain by the interveners, and Ruling No. 63 [*Motions to compel full and adequate responses to the second round of intervenor information requests (IRs)*, 27 April 2015] (A4 K8 G4) in respect of the second round of the interveners’ Information Requests. Each ruling was set out in the form of a letter which attached an appendix. The appendix listed each question included in the motions to compel, organized by intervenor, and provided “the primary reason” the motion to compel was granted or denied. Each ruling also provided in the body of the decision “overall comments about the motions and the Board’s decision” [Ruling No. 33, at page 2].

[266] The Board set out the test it applied when considering motions to compel in the following terms [at page 2]:

... the Board looks at the relevance of the information sought, its significance, and the reasonableness of the request. The Board balances these factors so as to satisfy the purpose of the [Information Request] process, while preventing an intervenor from engaging in a “fishing expedition” that could unfairly burden the applicant. [Footnote omitted.]

[267] In its decision the Board also provided general information describing circumstances that led it to decline to compel further answers. Of relevance are the following two situations:

de Burnaby visant à obtenir des réponses plus complètes. L’équité procédurale ne garantit toutefois pas un résultat entièrement positif. L’Office a ordonné, à l’égard de chaque requête, des réponses plus complètes. Burnaby ne peut pas se contenter de démontrer que l’Office n’a pas fait droit à toutes ses objections.

[265] Les motifs donnés par l’Office à l’appui de son refus de forcer des réponses plus détaillées sont consignés dans la décision n° 33 [*Requêtes visant l’obligation de fournir une réponse complète et adéquate à la première série de demandes de renseignements (DR)*, le 26 septembre 2014] (A4 C4 H7) — portant sur la première série de demandes de renseignements que les intervenants ont adressées à Trans Mountain — et la décision n° 63 [*au sujet des requêtes pour l’obtention de réponses complètes et satisfaisantes à la deuxième série de demandes de renseignements (DR) des intervenants*, 27 avril 2015] (A4 K8 G4) — concernant la deuxième série. Chaque décision revêtait la forme d’une lettre à laquelle était jointe une annexe, dans laquelle était énumérée chaque question figurant dans la requête de l’intervenant visant à forcer une réponse adéquate et fournissait le « motif principal » pour lequel l’Office faisait droit ou non à la requête. Chaque décision comportait aussi des remarques d’ordre général au sujet des requêtes et la décision de l’Office.

[266] L’Office a énoncé en ces termes le critère qu’il a appliqué lors de l’examen des requêtes visant à forcer une réponse plus complète [Décision n° 33, à la page 2] :

[...] l’Office [...] se penche sur la pertinence des renseignements demandés, leur signification et le caractère raisonnable de la demande. L’Office pondère ces facteurs de manière à respecter le processus [de demande de renseignements], tout en empêchant les intervenants de procéder à un interrogatoire à l’aveuglette qui pourrait imposer un fardeau injuste au demandeur. [Notes de bas de page omise.]

[267] Dans sa décision, l’Office a aussi fourni des renseignements généraux décrivant les circonstances qui l’ont mené à refuser de forcer des réponses plus détaillées. Les deux situations suivantes sont pertinentes :

- In some instances, Trans Mountain provided a full answer to the question asked, but the intervener disagreed with the answer. In these cases, rather than seeking to compel a further answer, the Board advised the interveners to file their own evidence in response or to provide their views during final argument.
- In some cases, Trans Mountain may not have answered all parts of an intervener's Information Request. However, in those cases where the Board was of the view that the response provided sufficient information and detail for the Board to consider the application, the Board declined to compel a further response.
- Dans certains cas, Trans Mountain a fourni une réponse complète à la question, mais l'intervenant la désapprouvait. Dans ces cas, plutôt que d'ordonner une réponse plus détaillée, l'Office a conseillé aux intervenants de déposer leur propre preuve en réplique ou de donner leur point de vue lors de leur plaidoirie finale.
- Dans d'autres cas, Trans Mountain peut ne pas avoir répondu à tous les volets de la demande de renseignements de l'intervenant. Toutefois, dans ces cas, l'Office était d'avis que la réponse contenait suffisamment de renseignements et de détails pour lui permettre d'examiner la demande et a donc refusé de forcer une réponse plus détaillée.

[268] It is clear that the Board viewed Burnaby's requests for fuller answers about Trans Mountain's consideration and rejection of alternate locations for the marine terminal to fall within the second situation described above.

[269] The Board's second Information Request to Trans Mountain on this point was answered by Trans Mountain on July 21, 2014, and its answer was served upon all of the interveners. Therefore, the Board was aware of this response when on September 26, 2014, it rejected Burnaby's motion in Ruling No. 33.

[270] That the Board found Trans Mountain's answer to its second Information Request to be sufficient is reflected in the Board's report, where at pages 241 to 242 the Board relied on the content of Trans Mountain's response to its second Information Request to articulate Trans Mountain's consideration of the alternatives to the Westridge Marine Terminal. At page 244 of the report, the Board found Trans Mountain's "alternative means assessment" to be appropriate. The Board went on to acknowledge Burnaby's concern that Trans Mountain had not provided an assessment of the risks, impacts and effects of the alternate marine terminal locations at Kitimat or Roberts Bank. However, the Board [at page 244] disagreed, finding that "Trans Mountain has provided an adequate assessment, including consideration of the technical, socio-economic and environmental effects, of technically and economically feasible alternative marine terminal locations."

[268] Il est manifeste que selon l'Office les demandes de Burnaby visant à obtenir des réponses plus complètes de Trans Mountain à propos des autres sites qu'elle avait envisagés pour le terminal maritime et rejetés relevaient de la deuxième situation.

[269] Trans Mountain a répondu le 21 juillet 2014 à la deuxième demande de renseignements à cet égard de l'Office, et cette réponse a été signifiée à tous les intervenants. Par conséquent, l'Office connaissait cette réponse quand, le 26 septembre 2014, il a rejeté la requête de Burnaby dans la décision n° 33.

[270] L'Office a conclu que la réponse de Trans Mountain à sa deuxième demande de renseignements était suffisante. C'est ce qui ressort de son rapport, aux pages 249 et 250, où il reprend la réponse donnée par Trans Mountain à sa deuxième demande de renseignements pour décrire l'examen par Trans Mountain des solutions de rechange au terminal maritime Westridge. À la page 252 du rapport, l'Office a jugé adéquate l'« évaluation d'autres moyens » effectuée par Trans Mountain. Il a ensuite pris acte de la préoccupation soulevée par Burnaby, selon qui Trans Mountain n'avait pas produit d'évaluation des risques, des répercussions et des effets des emplacements du terminal maritime qui avaient été envisagés à Kitimat ou à Roberts Bank. Toutefois, l'Office ne partageait pas cette préoccupation, concluant [à la page 252] que « Trans Mountain a fourni une évaluation suffisante, et notamment [...] a tenu compte des effets techniques, socioéconomiques et environnementaux



[271] Obviously, Burnaby disagrees with this assessment. However, it has not demonstrated how the Board's conduct concerning Burnaby's Information Requests breached the requirements of procedural fairness. For example, Burnaby has not pointed to evidence that contradicted Trans Mountain's stated reasons for rejecting alternative marine terminal locations. Trans Mountain stated that its assessment was based on feasibility of coincident marine and pipeline access, and technical, economic and environmental considerations of the screened alternative locations. Any demonstrated conflict in the evidence on these points may have supported a finding that meaningful participation required Trans Mountain to provide more detailed information.

[272] In support of its submission concerning procedural fairness Squamish pointed to a question it directed to Natural Resources Canada. It asked whether that entity had "assessed the strength of Squamish's claim to aboriginal rights in the area of the proposed Project" and if so, to provide "that assessment and any material upon which that assessment is based."

[273] The response Squamish received to its Information Request was:

The Crown has conducted preliminary depth of consultation assessments for all Aboriginal groups, including Squamish Nation, whose traditional territory intersects with or is proximate to the proposed pipeline right of way, marine terminal expansion and designated marine shipping lanes. (Depth of consultation assessments consider both potential impacts to rights and the strength of claim to rights.) The Crown's depth of consultation assessment is iterative and is expected to evolve as the [Board] review process unfolds and as Aboriginal groups submit their evidence to the [Board] and engage in Phase III consultations with the Crown. The Crown has assessed depth of consultation for the Squamish Nation as "high." This preliminary conclusion was filed into evidence [by the Major Projects Management Office] on May 27, 2015.

d'autres emplacements réalisables sur les plans technique et économique pour le terminus maritime ».

[271] De toute évidence, Burnaby ne souscrit pas à ce point de vue. Elle n'a cependant pas démontré en quoi la conduite de l'Office à l'égard des demandes de renseignements de Burnaby contrevenait à l'équité procédurale. Par exemple, Burnaby n'a pas indiqué les éléments de preuve qui contredisaient les motifs donnés par Trans Mountain pour rejeter les emplacements de rechange du terminal maritime. Trans Mountain a déclaré que son évaluation à cet égard reposait sur les possibilités d'accès maritime et pipelinier qui coïncident ainsi que sur des facteurs techniques, économiques et environnementaux. Toute contradiction dans la preuve sur ces points aurait peut-être permis de conclure que Trans Mountain devait fournir des renseignements plus détaillés pour assurer une véritable participation.

[272] À l'appui de leur prétention concernant l'équité procédurale, les Squamish ont renvoyé à une question qu'ils avaient posée à Ressources naturelles Canada (RNC). Ils avaient demandé si RNC avait [TRADUCTION] « évalué la solidité de la revendication des Squamish visant leurs droits ancestraux dans la région visée par projet proposé » et, dans l'affirmative, de fournir [TRADUCTION] « cette évaluation et tout document sur lequel celle-ci reposait ».

[273] Les Squamish ont reçu la réponse suivante à leur demande de renseignements :

[TRADUCTION] La Couronne a effectué des évaluations préliminaires de l'ampleur des consultations pour tous les groupes autochtones, y compris la Nation Squamish, dont le territoire traditionnel soit touche l'emprise pipelinier proposée, l'agrandissement du terminal maritime et les couloirs de navigation désignés soit se trouve à proximité de ces derniers. (Les évaluations de l'ampleur des consultations tiennent compte à la fois des conséquences possibles sur des droits et la solidité des revendications visant ces droits.) L'évaluation de l'ampleur des consultations par la Couronne est itérative et on s'attend à ce qu'elle évolue au fil de l'examen [par l'Office] et au fur et à mesure que les groupes autochtones produiront leur preuve [à l'Office] et participeront aux consultations de l'étape III menées par la Couronne. La Couronne a déterminé que l'ampleur des consultations auprès de la Nation



The starting point for these assessments is to work with information the Crown has in hand, but Squamish Nation is invited to provide information that they believe could assist the Crown in understanding the nature and scope of their rights. [Underlining added.]

[274] Squamish objected to the Board that its request was only partly addressed, and requested that Natural Resources Canada provide the material on which its assessment was based.

[275] In reply to Squamish's motion to compel a further answer, Natural Resources Canada responded:

In the context of the current hearing process, it is the view of [the Major Projects Management Office] that the further information and records sought by Squamish Nation will not be of assistance to the Panel in fulfilling its mandate.

However, the Crown will communicate with the Squamish Nation in August 2015 to provide further information on Phase III Crown consultation and the Crown's approach to considering adverse impacts of the Project on potential or established Aboriginal and treaty rights. This forthcoming correspondence will summarize the Crown's understanding of the strength of Squamish Nation's claim for rights and title.

[276] The Board denied Squamish's request for a fuller answer on the primary ground that the information Squamish sought "would not contribute to the record in any substantive way and, therefore, would not be material to the Board's assessment."

[277] Given the mandate of the Board, the iterative nature of the consultation process and the fact that direct Crown consultation would take place in Phase III following the release of the Board's report, Squamish has not shown that it was a breach of procedural fairness for the Board not to compel a fuller answer to its question.

Squamish était « grande ». Cette conclusion préliminaire a été déposée en preuve [par le Bureau de gestion des grands projets] le 27 mai 2015.

Le point de départ de ces évaluations est l'information dont dispose la Couronne, mais la Nation Squamish est invitée à fournir les renseignements qui, selon elle, pourraient aider la Couronne à comprendre la nature et l'étendue de ses droits. [Non souligné dans l'original.]

[274] Les Squamish ont fait valoir devant l'Office qu'on a seulement répondu partiellement à leur demande et ont demandé que Ressources naturelles Canada fournisse les documents sur lesquels elle s'est appuyée pour faire son évaluation.

[275] En réponse à la requête des Squamish visant à forcer une réponse plus détaillée, Ressources naturelles Canada a répondu ceci :

[TRADUCTION] Dans le contexte du présent processus d'audience, [le Bureau de gestion des grands projets] est d'avis que les renseignements et dossiers supplémentaires sollicités par la Nation Squamish n'aideront pas le comité à s'acquitter de son mandat.

Toutefois, la Couronne communiquera avec la Nation Squamish en août 2015 pour lui fournir des renseignements supplémentaires sur l'étape III des consultations de la Couronne et lui expliquer la façon dont elle examinera les effets négatifs du projet sur des droits ancestraux ou issus de traités, potentiels ou établis. Cette prochaine correspondance résumera la compréhension de la Couronne quant à la solidité de la revendication relative aux droits ancestraux et au titre ancestral de la Nation Squamish.

[276] L'Office a rejeté la demande des Squamish visant l'obtention d'une réponse plus complète pour le motif principal que les renseignements sollicités par les Squamish [TRADUCTION] « n'apporteraient rien de substantiel au dossier et n'influeraient donc pas sur l'évaluation par l'Office ».

[277] Vu le mandat de l'Office, la nature itérative du processus de consultation et le fait que des consultations directes menées par la Couronne auraient lieu à l'étape III, après la publication du rapport de l'Office, les Squamish n'ont pas démontré que l'Office avait manqué à l'équité procédurale en refusant d'ordonner la fourniture d'une réponse plus complète à leur question.

(v) The asserted deferral and delegation of the assessment of important information

[278] The City of Burnaby next argues that the Board impermissibly deferred “the provision of critically important information to after the Report stage, and after the [Governor in Council’s decision]” (memorandum of fact and law, paragraph 164). Burnaby says that by doing so, the Board acted contrary to the statutory regime and breached the principle of *delegatus non potest delegare*. At this point in its submissions, Burnaby did not suggest what specific aspect of the statutory regime was contravened, or how the Board or the Governor in Council improperly delegated their statutory responsibility. At this stage, Burnaby deals with this as an issue of procedural fairness. I deal with the statutory scheme argument commencing at paragraph 322.

[279] Burnaby points to a number of issues where it alleges that the Board failed to weigh the evidence and expert opinions put before it. Burnaby says:

- It provided expert evidence that the Project presents serious and unacceptable safety risks to the neighbourhoods that are proximate to the Burnaby Terminal as a result of fire, explosion and boil-over, and that Trans Mountain had failed to assess these risks.
- It established gaps in Trans Mountain’s geotechnical investigation of the tunnel option and a lack of analysis of the feasibility of the tunnel option.
- It identified significant information gaps with respect to the Westridge Marine Terminal, including gaps concerning: the final design; spill risk; fire risk; geotechnical risk; and, the ability to respond to these risks.
- It adduced evidence that the available fire response resources were inadequate.

(v) La prétention concernant le report et la délégation de l’évaluation de renseignements importants

[278] Burnaby soutient ensuite que l’Office a, de façon inacceptable, reporté [TRADUCTION] « la communication de renseignements cruciaux, pour qu’elle ait lieu après l’étape du rapport et après [la décision du gouverneur en conseil] » (mémoire des faits et du droit, paragraphe 164). Elle affirme que, ce faisant, l’Office a agi contrairement au régime législatif et a violé le principe selon lequel le délégué ne peut pas déléguer (*delegatus non potest delegare*). À ce stade de ses observations, Burnaby n’indique pas quel aspect précis du régime législatif avait été enfreint ou comment l’Office ou le gouverneur en conseil avaient irrégulièrement délégué leur responsabilité légale. Elle en traite comme une question d’équité procédurale. J’examine l’argument fondé sur le régime législatif à partir du paragraphe 322.

[279] Burnaby renvoie à des exemples démontrant selon elle que l’Office a omis d’apprécier la preuve et les opinions d’expert qui lui avaient été présentées. Elle affirme ce qui suit :

- Elle a produit une preuve d’expert à l’effet que le projet présente des risques graves et inacceptables pour les quartiers à proximité du terminal de Burnaby en cas d’incendie, d’explosion et de débordement thermique, et Trans Mountain a omis d’évaluer ces risques.
- Elle a relevé des lacunes dans l’enquête géotechnique de Trans Mountain concernant l’option du tunnel. Selon elle, l’analyse de faisabilité du tunnel est également lacunaire.
- Elle a relevé des lacunes importantes concernant le terminal maritime Westridge, notamment la conception finale, le risque de déversement, le risque d’incendie, le risque géotechnique et la mitigation des risques.
- Elle a fourni la preuve de l’insuffisance des ressources disponibles en cas d’incendie.

- It demonstrated the risk to Simon Fraser University following an incident at the Burnaby Terminal because of the tunnel's proximity to the only evacuation route from the University.
- Elle a démontré le risque pour l'Université Simon Fraser en cas d'incident au terminal de Burnaby en raison de la proximité du tunnel par rapport à l'unique voie d'évacuation de l'institution.

[280] Burnaby argues that the Board declined to compel further information from Trans Mountain on these points, and instead imposed conditions that required Trans Mountain to do certain specified things in the future. For example, the Board imposed conditions requiring Trans Mountain to file with the Board for approval a report to revise the terminal risk assessments, including the Burnaby Terminal risk assessment, to include consideration of the risks not assessed (Board Conditions 22 and 129). Board Condition 22 had to be met at least six months before Trans Mountain commenced construction; Condition 129 had to be met at least three months before Trans Mountain applied to open each terminal. Burnaby also notes that many conditions imposed by the Board were not subject to subsequent Board approval.

[281] Burnaby argues that this process prevented meaningful testing of information filed after the Board issued its report recommending that the Project be approved. Further, the Governor in Council did not have access to the material to be filed in response to the Board's conditions when it made its determination of the public interest.

[282] Underpinning these arguments is Burnaby's assertion that the "Board's rulings deprived Burnaby of the ability to review and assess the validity of the alternatives assessment (or to confirm that one was made)" (memorandum of fact and law, paragraph 41).

[283] I can well understand Burnaby's concern—the consequence of a serious spill or explosion and fire in a densely populated metropolitan area might be catastrophic. However, in my respectful view, Burnaby's understandable desire to be able to independently review and assess the validity of the assessment of alternatives to the expansion of the Westridge Marine Terminal, or other matters that affect the City, is inconsistent with the

[280] Burnaby fait valoir que l'Office a refusé de contraindre Trans Mountain à produire un complément de renseignements sur ces questions, et lui a plutôt imposé des conditions l'obligeant à certaines choses pour l'avenir. Par exemple, l'Office l'a enjoint à déposer devant lui, pour approbation, un rapport contenant une révision des évaluations du risque des terminaux, y compris du terminal de Burnaby, dont un examen des risques non évalués (conditions 22 et 129 de l'Office). Trans Mountain était tenue de satisfaire à la condition 22 au moins six mois avant le début des travaux et, dans le cas de la condition 129, au moins trois mois avant que Trans Mountain présente sa demande d'autorisation de mise en service à l'égard de chaque terminal. Burnaby note aussi que de nombreuses conditions imposées par l'Office n'ont pas fait l'objet d'une approbation subséquente de la part de ce dernier.

[281] Burnaby fait valoir que ce processus empêchait une vérification efficace des renseignements déposés après la publication du rapport de l'Office recommandant l'approbation du projet. De plus, lorsqu'il a tiré sa conclusion au sujet de l'intérêt public, le gouverneur en conseil ne disposait pas des documents devant être déposés en réponse aux conditions imposées par l'Office.

[282] C'est l'affirmation de Burnaby selon laquelle [TRADUCTION] « les décisions de l'Office ont privé Burnaby de la faculté d'examiner et d'évaluer la validité de l'évaluation des solutions de rechange (ou de confirmer qu'il y en avait bel et bien eu une) » qui sous-tend ces prétentions (mémoire des faits et du droit, paragraphe 41).

[283] Je peux comprendre la préoccupation de Burnaby — la conséquence d'un déversement important ou d'une explosion suivie d'un incendie dans une région métropolitaine densément peuplée pourrait être catastrophique. Toutefois, à mon humble avis, le désir compréhensible de Burnaby d'être autorisée à examiner et à évaluer de façon indépendante la validité de l'évaluation des solutions de rechange à l'agrandissement du terminal

regulatory scheme enacted by Parliament. Parliament has vested in the Board the authority and responsibility to consider and then make recommendations to the Governor in Council on matters of public interest; the essence of the Board's responsibility is to balance the Project-related benefits against the Project-related burdens and residual burdens, and to then make recommendations to the Governor in Council. In this legislative scheme, the Board is not required to facilitate an interested party's independent review and assessment of a project. It is not for this Court to opine on the appropriateness of the policy expressed and implemented in the *National Energy Board Act*. Rather, the Court's role is to apply the legislation as Parliament has enacted.

[284] The Supreme Court has recognized the Board's "expertise in the supervision and approval of federally regulated pipeline projects" and described the Board to be "particularly well positioned to assess the risks posed by such projects". The Supreme Court went on to note the Board's "broad jurisdiction to impose conditions on proponents to mitigate those risks" and to acknowledge that it is the Board's "ongoing regulatory role in the enforcement of safety measures [which] permits it to oversee long-term compliance with such conditions" (*Chippewas of the Thames First Nation*, paragraph 48). While the Supreme Court was particularly focused on the Board's expertise in the context of its ability to assess risks posed to Indigenous groups, the Board's expertise extends to the full range of risks inherent in the operation of a pipeline, including the risks raised by Burnaby.

[285] Burnaby's submission must be assessed in the light of the Board's approval process. I will set out the Board's approval process at some length because of the importance of this issue to the City of Burnaby and other applicants.

[286] The Board described its approval process in Section 1.3 of its report:

maritime Westridge, ou d'autres questions touchant la municipalité, ne cadre pas avec le régime réglementaire adopté par le législateur. Ce dernier a conféré à l'Office le pouvoir et la responsabilité d'examiner les questions d'intérêt public et de faire ensuite des recommandations au gouverneur en conseil; la responsabilité de l'Office consiste essentiellement à mettre en balance d'une part les avantages du projet et d'autre part ses inconvénients, notamment résiduels, et de faire des recommandations au gouverneur en conseil. Ce cadre législatif n'oblige pas l'Office à faciliter la tenue d'un examen et d'une évaluation indépendants du projet par une partie intéressée. Il n'appartient pas à notre Cour de se prononcer sur le bien-fondé de la politique énoncée dans la *Loi sur l'Office national de l'énergie*. Le rôle de la Cour consiste plutôt à appliquer les mesures législatives telles qu'elles ont été adoptées.

[284] La Cour suprême reconnaît « l'expertise [que l'Office] possède en ce qui concerne la surveillance et l'approbation de projets de pipeline réglementés par le fédéral » et affirme que l'Office est « particulièrement bien placé pour évaluer les risques que posent des projets de cette nature ». Elle ajoute que l'Office dispose de « vastes pouvoirs l'habilitant à imposer aux promoteurs des conditions en vue d'atténuer de tels risques » et indique que « le rôle permanent qu'il joue en tant qu'organisme de réglementation en ce qui concerne l'application de mesures de sécurité lui permet de veiller au respect à long terme de ces conditions » (*Chippewas of the Thames First Nation*, paragraphe 48). Certes, la Cour suprême mentionne particulièrement l'expertise de l'Office pour ce qui est d'évaluer les risques pour les groupes autochtones, mais cette expertise s'étend à la panoplie complète de risques inhérents à l'exploitation d'un pipeline, y compris ceux soulevés par Burnaby.

[285] L'argument de Burnaby doit être évalué à la lumière du processus d'approbation de l'Office. J'expose de façon assez détaillée ce processus étant donné l'importance de cette question pour Burnaby et d'autres demandeurs.

[286] L'Office décrit son processus d'approbation à la section 1.3 de son rapport :

### 1.3 The Project application stage – codes, commitments and conditions

Trans Mountain's Application was filed while the Project was at an initial phase of the regulatory lifecycle, as is typical of applications under section 52 of the NEB Act. As set out in the Board's Filing Manual, the Board requires a broad range of information when a section 52 application is filed. At the end of the hearing, the level of information available to the Board must be sufficient to allow it to make a recommendation to the GIC that the Project is or is not in the public interest. There also must be sufficient information to allow the Board to draft conditions that would attach to any new and amended CPCNs, and other associated regulatory instruments (Instruments), should the Project be approved by the GIC.

The Board does not require final information about every technical detail during the application stage of the regulatory process. For example, much of the information filed with respect to the engineering design would be at the conceptual or preliminary level. Site-specific engineering information would not be filed with the Board until after the detailed routing is confirmed, which would be one of the next steps in the regulatory process should the Project be approved. Completion of the detailed design of the project, as well as subsequent construction and operations, would have to comply with:

- the NEB Act, regulations, including the *National Energy Board Onshore Pipeline Regulations* (OPR), referenced standards and applicable codes;
- the company's conceptual design presented, and commitments made in the Application and hearing proceedings; and
- conditions which the Board considers necessary.

The Board may impose conditions requiring a company to submit detailed information for review (and in some cases, for approval) by the Board before the company is permitted to begin construction. Further information, such as pressure testing results, could be required in future leave to open applications before a company would be permitted to begin pipeline operations. In compliance with the OPR, a company is also required to fully develop an emergency response plan prior to beginning operations. In some cases, the Board has imposed conditions with specific requirements for the development, content and filing of the emergency response plan (see Table 1). This would be filed and fully assessed at a condition compliance stage

### 1.3 Étape de la demande visant le projet : codes engagements et conditions

Trans Mountain a déposé sa demande au début du processus réglementaire, comme c'est habituellement le cas des demandes effectuées en vertu de l'article 52 de la *Loi*. Comme le précise le Guide de dépôt, l'Office exige une vaste quantité de renseignements dans le cas des demandes en vertu de l'article 52. À la fin d'une audience, les renseignements mis à la disposition de l'Office doivent être suffisants pour lui permettre de présenter une recommandation au gouverneur en conseil sur l'intérêt public du projet. Les renseignements doivent également être suffisants pour permettre à l'Office de rédiger des conditions relatives à un certificat d'intérêt public et à d'autres instruments réglementaires si le projet est approuvé par le gouverneur en conseil.

L'Office n'a pas besoin des renseignements définitifs sur les détails techniques à l'étape de la demande. Par exemple, la plupart des renseignements présentés en lien avec la conception technique sont d'ordre conceptuel ou [se rapportent à la phase de l'ingénierie préliminaire]. Les renseignements sur les aspects techniques propres au site n'ont pas à être déposés auprès de l'Office avant la présentation du tracé détaillé, qui constitue l'une des étapes suivantes du processus réglementaire lorsqu'un projet est approuvé. La conception détaillée du projet, la construction et l'exploitation doivent respecter les éléments suivants :

- la *Loi*, des règlements, dont le *Règlement de l'Office national de l'énergie sur les pipelines terrestres* (le *Règlement*), les normes et les codes applicables;
- le modèle de conception présenté par l'entreprise et les engagements effectués au cours de la demande et de l'audience;
- toute condition que l'Office juge nécessaire.

L'Office peut exiger d'une entreprise qu'elle soumette des renseignements détaillés à des fins d'examen (et parfois d'approbation) avant de pouvoir commencer la construction. D'autres renseignements, comme les résultats de tests de pression, peuvent être exigés pour une autorisation de mise en service avant qu'une entreprise ait le droit de commencer l'exploitation d'un pipeline. Conformément au *Règlement*, une entreprise est également tenue d'élaborer un plan d'intervention d'urgence avant de commencer l'exploitation d'un pipeline. Dans certains cas, l'Office impose des conditions qui comprennent des exigences précises quant à l'élaboration, au contenu et au dépôt du plan d'intervention d'urgence (voir

once detailed routing is known. Because the detailed routing information is necessary to perform this assessment, it would be premature to require a fully detailed emergency response plan to be filed at the time of the project application.

While the project application stage is important, as set out in Chapter 3, there are further detailed plans, studies and specifications that are required before the project can proceed. Some of these are subject to future Board approval, and others are filed with the Board for information, disclosure, and/or future compliance enforcement purposes. The Board's recommendation on the project application is not a final determination of all issues. While some hearing participants requested the final detailed engineering or emergency response plans, the Board does not require further detailed information and final plans at this stage of the regulatory lifecycle.

To set the context for its reasons for recommendation, the Board finds it helpful to identify the fundamental consideration used in reaching any section 52 determination. The overarching consideration for the Board's public interest determination at the application stage is: can this pipeline be constructed, operated and maintained in a safe manner. The Board found this to be the case. While this initial consideration is fundamental, a finding that a pipeline could be constructed, operated and maintained in a safe manner does not mean a pipeline is necessarily in the public interest as there are other considerations that the Board must weigh, as discussed below. However, the analysis would go no further if the answer to this fundamental question were answered in the negative, as an unsafe pipeline can never be in the public interest. [Underlining added; footnote omitted.]

[287] The Board went on to describe how projects are regulated through their lifecycle in Chapter 3, particularly in sections 3.1 to 3.5:

### **3.0 Regulating through the Project lifecycle**

The approval of a project, through issuance of one or more Certificate of Public Convenience and Necessity (CPCN) and/or orders incorporating applicable conditions, forms just one phase in the Board's lifecycle regulation. The Board's public interest determination relies upon the subsequent execution of detailed design,

le tableau 1). Ces conditions sont déposées et évaluées en profondeur à l'étape du respect des conditions, une fois le tracé détaillé connu. Étant donné que le tracé détaillé est nécessaire pour procéder à l'évaluation, demander le dépôt d'un plan d'intervention d'urgence détaillé au moment de la demande visant un projet serait prématuré.

L'étape de la demande visant un projet est importante. Toutefois, comme il est précisé au chapitre 3, d'autres plans détaillés, études et devis sont exigés avant qu'un projet puisse débiter. Certains de ces documents sont assujettis à l'approbation de l'Office, alors que d'autres lui sont remis à des fins de renseignements, de déclaration de l'information et d'application ultérieure de mesures de conformité. La recommandation de l'Office quant à la demande visant un projet ne constitue pas une décision définitive concernant tous les éléments en jeu. Certains participants à l'audience ont demandé des renseignements sur l'ingénierie de détail ou sur les plans d'intervention d'urgence, mais l'Office n'avait pas besoin de plus de renseignements détaillés à cette étape du processus réglementaire.

Afin de bien définir le contexte quant aux motifs de sa recommandation, l'Office considère qu'il est utile de cerner l'élément fondamental servant à déterminer quoi que ce soit en vertu de l'article 52. Cet élément pour la détermination de l'intérêt public à l'étape de la demande est le suivant : est-ce que ce pipeline peut-être [sic] construit, exploité et entretenu sans danger. L'Office a estimé que c'était le cas. Même s'il s'agit de l'élément fondamental, cela ne signifie pas pour autant que, même dans de telles circonstances, un pipeline est nécessairement dans l'intérêt public et pour en juger, l'Office doit soupeser d'autres facteurs, dont il sera question plus loin. Cependant, l'analyse s'arrêterait net si la réponse à la question fondamentale était négative, car un pipeline posant un danger ne sera jamais dans l'intérêt public. [Non souligné dans l'original; renvois omis.]

[287] L'Office décrit ensuite, au chapitre 3, et particulièrement aux sections 3.1 à 3.5, la façon dont sont réglementés les projets au cours de leur cycle de vie :

### **3.0 Réglementation tout au long du cycle de vie du projet**

L'approbation d'un projet, par l'émission d'un certificat ou de plusieurs certificats et/ou d'ordonnances comportant les conditions applicables, n'est que l'une des étapes de la réglementation axée sur le cycle de vie de l'Office. L'établissement de la conformité à l'intérêt public repose sur l'exécution subséquente de la conception, de la



construction, operation, maintenance and, ultimately, abandonment of a project in compliance with applicable codes, commitments and conditions, such as those discussed in Chapter 1. Throughout the lifecycle of an approved project, as illustrated in Figure 4, the Board holds the pipeline company accountable for meeting its regulatory requirements in order to keep its pipelines and facilities safe and secure, and protect people, property and the environment. To accomplish this, the Board reviews or assesses condition filings, tracks condition compliance, verifies compliance with regulatory requirements, and employs appropriate enforcement measures where necessary to quickly and effectively obtain compliance, prevent harm, and deter future non-compliance.

After a project application is assessed and the Board makes its section 52 recommendation (as described in Chapter 2, section 2.1), the project cannot proceed until and unless the Governor in Council approves the project and directs the Board to issue the necessary CPCN. If approved, the company would then prepare plans showing the proposed detailed route of the pipeline and notify landowners. A detailed route hearing may be required, subject to section 35 of the *National Energy Board Act* (NEB Act). The company would also proceed with the detailed design of the project and could be required to undertake additional studies, prepare plans or meet other requirements pursuant to NEB conditions on any CPCN or related NEB order. The company would be required to comply with all conditions to move forward with its project, prior to and during construction, and before commencing operations. While NEB specialists would review all condition filings, those requiring approval of the Board would require this approval before the project could proceed.

Once construction is complete, the company would need to apply for the Board's permission (or "leave") to open the project and begin operations. While some conditions may apply for the life of a pipeline, typically the majority must be satisfied prior to beginning operations or within the first few months or years of operation. However, the company must continue to comply with the *National Energy Board Onshore Pipeline Regulations* (OPR) and other regulatory requirements to operate the pipeline safely and protect the environment.

construction, de l'exploitation et, finalement, de la cessation d'exploitation d'un projet en conformité avec les codes, les engagements et les conditions applicables, dont des exemples ont été donnés précédemment. Comme le montre la figure 4, tout au long du cycle de vie d'un projet approuvé, l'Office tient la société pipelinière responsable de satisfaire aux exigences réglementaires de façon à tenir ses pipelines et ses installations sécuritaires et à protéger les personnes, les biens et l'environnement. À cette fin, l'Office passe en revue et évalue les dépôts liés aux conditions, fait le suivi des conditions pour veiller à leur respect, vérifie la conformité aux exigences réglementaires, instaure au besoin des mesures de mise en application appropriées afin d'assurer rapidement et efficacement la conformité, de prévenir les dommages et de dissuader les futurs comportements non conformes.

Une fois que la demande relative au projet est évaluée et que l'Office formule sa recommandation conformément à l'article 52 (de la façon décrite [au] chapitre 2, section 2.1), le projet ne peut pas être mis en œuvre avant et à moins que le gouverneur en conseil approuve le projet et ordonne à l'Office de délivrer le certificat d'utilité publique nécessaire. Si le projet est approuvé, la société doit préparer des plans indiquant le tracé détaillé projeté du pipeline et doit aviser les propriétaires fonciers. Une audience sur le tracé détaillé pourrait être nécessaire, sous réserve de l'article 35 de la *Loi sur l'office national de l'énergie* (la *Loi*). La société devra aussi procéder à la conception détaillée du projet, et pourrait être tenue de mener des études supplémentaires, d'élaborer des plans ou de satisfaire à d'autres exigences selon les conditions de l'Office à l'égard de tout certificat d'utilité publique ou de toute ordonnance connexe. La société devra se conformer à toutes les conditions afin d'aller de l'avant avec son projet, avant et pendant les travaux de construction et avant le début de l'exploitation. Même si les spécialistes de l'Office passent en revue tous les dépôts liés aux conditions, celles qui requièrent l'approbation de l'Office doivent être approuvées avant que le projet puisse être réalisé.

Une fois les travaux de construction achevés, la société devra solliciter la permission de l'Office (ou l'autorisation) pour mettre le projet en service et pour commencer les activités d'exploitation. Même si certaines conditions peuvent s'appliquer tout au long de la durée de vie d'un pipeline, la majorité d'entre elles doit habituellement être respectée avant le début des activités d'exploitation ou dans les premiers mois ou premières années de l'exploitation du pipeline. Toutefois, la société doit continuer de se conformer au *Règlement de l'Office national de l'énergie sur les pipelines terrestres* (le *Règlement*) et aux autres

exigences réglementaires afin d'exploiter de façon sécuritaire le pipeline et de protéger l'environnement.

[...]

If the Project is approved, the Board would employ its established lifecycle compliance verification and enforcement approach to hold Trans Mountain accountable for implementing the proposed conditions and other regulatory requirements during construction, and the subsequent operation and maintenance of the Project.

### 3.1 Condition compliance

If the Project is approved and Trans Mountain decides to proceed, it would be required to comply with all conditions that are included in the CPCNs and associated regulatory instruments (Instruments). The types of filings that would be required to fulfill the conditions imposed on the Project, if approved, are summarized in Table 4.

...

If the Project is approved, the Board would oversee condition compliance, make any necessary decisions respecting such conditions, and eventually determine, based on filed results of field testing, whether the Project could safely be granted leave to open.

Documents filed by Trans Mountain on condition compliance and related Board correspondence would be available to the public on the NEB website. All condition filings, whether or not they are for approval, would be reviewed and assessed to determine whether the company has complied with the condition, and whether the filed information is acceptable within the context of regulatory requirements and standards, best practices, professional judgement and the goals the condition sought to achieve. If a condition is "for approval", the company must receive formal approval, by way of a Board letter, for the condition to be fulfilled.

If a filing fails to fulfill the condition requirements or is determined to be inadequate, the Board would request further information or revisions from the company by a specified deadline, or may direct the company to undertake additional steps to meet the goals that the condition was set out to achieve.

Si le projet est approuvé, l'Office aura recours à sa démarche établie d'exécution et de vérification de la conformité afin que Trans Mountain soit tenue responsable de mettre en œuvre les conditions proposées et les autres exigences réglementaires pendant la construction, l'exploitation et l'entretien ultérieur du projet.

### 3.1 Conformité aux conditions

Si le projet est approuvé et si Trans Mountain décide de le réaliser, elle sera tenue de respecter toutes les conditions assorties aux certificats d'utilité publique et instruments. Le type de dépôts qui sera exigé pour remplir les conditions imposées au projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain, s'il est approuvé, est résumé dans le tableau 4.

[...]

Si le projet est approuvé, l'Office surveillera la conformité aux conditions, prendra les décisions nécessaires relatives à ces conditions et déterminera éventuellement, selon les résultats déposés des essais sur le terrain, s'il est sécuritaire d'autoriser la mise en service du projet.

Les documents déposés par Trans Mountain sur la conformité aux conditions ainsi que la correspondance connexe échangée avec l'Office seront rendus publics dans le registre du projet dans le dépôt central des documents de réglementation sur le site web de l'Office. Tous les dépôts liés aux conditions, qu'elles visent ou non l'obtention de l'approbation, seront examinés et évalués afin de déterminer si la société s'est conformée à la condition, et de déterminer si les renseignements déposés sont acceptables dans le contexte des exigences réglementaires, des normes, des pratiques exemplaires, du jugement professionnel et des objectifs que ladite condition cherche à atteindre. Si une condition vise « l'obtention de l'approbation », la société doit obtenir, par voie de lettre de l'Office, l'approbation officielle selon laquelle la condition est remplie.

Si un dépôt ne satisfait pas aux exigences liées à une condition, ou qu'il est jugé inapproprié, l'Office demandera à la société qu'elle fournisse des renseignements complémentaires ou qu'elle apporte des modifications dans un délai déterminé; l'Office pourra aussi ordonner à la société de prendre des mesures supplémentaires pour parvenir au résultat escompté par la condition.

### 3.2 Construction phase

During construction, the Board would require Trans Mountain to have qualified inspectors onsite to oversee construction activities. The Board would also conduct field inspections and other compliance verification activities (as described in section 3.5) to confirm that construction activities meet the conditions of the Project approval and other regulatory requirements, to observe whether the company is implementing its own commitments and to monitor the effectiveness of the measures taken to meet the condition goals, and ensure worker and public safety and protection of the environment.

### 3.3 Leave to open

If the Project is approved and constructed, the Board will require Trans Mountain to also apply, under section 47 of the NEB Act, for leave to open the pipelines and most related facilities. This is a further step that occurs after conditions applicable to date have been met and the company wishes to begin operating its pipeline and facilities. The Board reviews the company's submissions for leave to open, including the results of field pressure testing, and may seek additional information from the company. Before granting leave to open, the Board must be satisfied that the pipeline or facility has been constructed in compliance with requirements and that it can be operated safely. The Board can impose further terms and conditions on a leave to open order, if needed. [Underlining added; figures and tables omitted.]

[288] In Section 3.5 the Board set out its compliance and enforcement programs noting that:

### 3.5 Compliance verification and enforcement

...

While all companies are subject to regulatory oversight, some companies receive more than others. In other words, high consequence facilities, challenging projects and those companies who are not meeting the Board's regulatory expectations and goals can expect to see the Board more often than those companies and projects with routine operations.

### 3.2 Étape de la construction

Pendant la construction, l'Office exigerait de Trans Mountain qu'elle dispose sur place d'inspecteurs aux compétences reconnues pour la supervision des travaux. Il mènerait lui-même certaines inspections sur le terrain en plus d'effectuer d'autres activités de vérification (décrites à la section 3.5) afin de confirmer que les travaux en cours répondent aux conditions d'approbation du projet et aux autres exigences réglementaires, d'observer si la société met en œuvre ses propres engagements et de surveiller l'efficacité des mesures prises de manière à répondre aux objectifs visés par les conditions, ainsi que d'assurer la sécurité des travailleurs et du public de même que la protection de l'environnement.

### 3.3 Autorisation de mise en service

Si le projet est approuvé et construit, l'Office exigera de Trans Mountain qu'elle présente également, conformément à l'article 47 de la *Loi*, une demande d'autorisation de mise en service du pipeline et de la plupart des installations connexes. Il s'agit là d'une étape supplémentaire à franchir une fois que toutes les conditions applicables ont été respectées au moment où la société veut commencer à utiliser les installations ou le pipeline. L'Office passe en revue la demande d'autorisation de mise en service présentée par la société, y compris les résultats des essais de pression sur le terrain, et peut alors chercher à obtenir un complément d'information. Avant d'accorder l'autorisation de mise en service, l'Office doit avoir vérifié à sa satisfaction que la construction de l'installation ou du pipeline était conforme aux exigences en vue d'une exploitation sécuritaire. Au besoin, l'Office peut imposer de nouvelles conditions avant d'accorder une autorisation de mise en service. [Non souligné dans l'original; figures et tableaux omis.]

[288] À la section 3.5, l'Office décrit ses programmes de conformité et d'exécution, faisant observer que :

### 3.5 Vérification de la conformité et application

[...]

Toutes les sociétés sont soumises à un certain degré de surveillance réglementaire, mais certaines font l'objet d'une surveillance plus étroite au besoin. Autrement dit, des installations à haut risque, des projets présentant des défis et des sociétés qui ne satisfont pas aux objectifs et aux attentes réglementaires de l'Office doivent s'attendre à voir celui-ci plus fréquemment que les autres sociétés et les projets dont les activités sont routinières.

[289] No applicant challenged the accuracy of the Board's formulation of its approval process and subsequent compliance verification and enforcement approach. The City of Burnaby has not shown how the Board's multi-step approval process is either procedurally unfair or an improper delegation of authority. Implicit in the Board's imposition of a condition, such as a condition requiring a revised risk assessment, or a condition requiring information regarding tunnel location, construction methods, and the like, is the Board's expectation that the condition may realistically be complied with, and that compliance with the condition will allow the pipeline to be constructed, operated and maintained in a safe manner. Also implicit in the Board's imposition of a condition is its understanding of its ability to assess condition filings (whether or not the condition requires formal approval), and its ability to oversee compliance with its conditions.

[290] Transparency with respect to Trans Mountain's compliance with conditions is provided by the Board publishing on its website all documents filed by Trans Mountain relating to condition compliance and all related, responsive Board correspondence.

[291] As for the role of the Governor in Council in such a tiered-approval process, the recitals to the Order in Council show that the Board's conditions were placed before the Governor in Council. Therefore, the Governor in Council must be seen to have been aware of the extent of the matters left for future review by the Board, and to have accepted the Board's assessment and recommendation about the public interest on that basis.

(vi) Failing to provide adequate reasons

[292] The City of Burnaby next argues that the Board erred by failing to provide sufficient reasons on the following issues:

- a. alternative means of carrying out the Project;
- b. risks relating to fire and spills (including seismic risk);
- c. the suitability of the Burnaby Mountain Tunnel;

[289] Aucun demandeur n'a remis en question l'exactitude de la description par l'Office de son processus d'approbation et de vérification ultérieure de la conformité et de l'application des mesures. Burnaby n'a pas démontré en quoi le processus d'approbation à plusieurs étapes enfreint l'équité procédurale ou comporte une délégation de pouvoir irrégulière. En imposant une condition — par exemple la révision de l'évaluation du risque ou la communication de renseignements au sujet de l'emplacement du tunnel, des méthodes de construction, etc. — l'Office donne à entendre que la condition est réaliste et que le respect de cette dernière permettra de construire, d'exploiter et d'entretenir de façon sécuritaire le pipeline. Il donne aussi à entendre qu'il est en mesure d'évaluer les dépôts liés aux conditions imposées (que la condition exige ou non une approbation formelle) et de surveiller le respect de ses conditions.

[290] L'Office fait preuve de transparence quant au respect des conditions par Trans Mountain en affichant sur son site Web tous les documents déposés par cette dernière à ce sujet ainsi que les réponses qu'il lui a envoyées.

[291] En ce qui concerne le rôle du gouverneur en conseil dans un tel processus d'approbation à plusieurs niveaux, les attendus du décret démontrent que les conditions imposées par l'Office lui ont été présentées. Par conséquent, le gouverneur en conseil est réputé connaître la portée des questions que l'Office devra examiner ultérieurement et avoir accepté, sur ce fondement, l'évaluation et la recommandation de l'Office concernant l'intérêt public.

(vi) Omission de fournir des motifs suffisants

[292] Burnaby fait ensuite valoir que l'Office a commis une erreur en fournissant des motifs insuffisants à l'égard des questions suivantes :

- a. les solutions de rechange pour le projet;
- b. les risques en cas d'incendie, de déversement ou de séisme;
- c. le choix de percer un tunnel sous le mont Burnaby;

- |   |  |
|---|--|
| d. the protection of municipal water sources; and,                    | d. la protection des sources d'eau municipales;  |
| e. whether, and on what basis, the Project is in the public interest. | e. la question de savoir si le projet est dans l'intérêt public, et, dans l'affirmative, en quoi il l'est. |

[293] I begin my analysis by noting that the adequacy of reasons is not a “stand-alone basis for quashing a decision”. Rather, reasons are relevant to the overall assessment of reasonableness. Further, reasons “must be read together with the outcome and serve the purpose of showing whether the result falls within a range of possible outcomes”. (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at paragraph 14).

[293] Je commence mon analyse en notant que l’insuffisance des motifs ne permet pas « à elle seule de casser une décision ». Les motifs sont pertinents lorsqu’il s’agit de décider si une décision est raisonnable dans son ensemble. En outre, les motifs « doivent être examinés en corrélation avec le résultat et ils doivent permettre de savoir si ce dernier fait partie des issues possibles » (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, paragraphe 14).

[294] This is consistent with the Court’s reasoning in *Dunsmuir* where the Supreme Court explained the notion of reasonableness review and spoke of the role reasons play in reasonableness review [at paragraphs 47–48]:

[294] Ces règles sont conformes au raisonnement exposé dans l’arrêt *Dunsmuir*, où la Cour suprême explique la notion du contrôle au regard du caractère raisonnable et explique le rôle que jouent les motifs à cet égard [aux paragraphes 47 et 48] :

Reasonableness is a deferential standard animated by the principle that underlies the development of the two previous standards of reasonableness: certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result. Instead, they may give rise to a number of possible, reasonable conclusions. Tribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions. A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.

La norme déferente du caractère raisonnable procède du principe à l’origine des deux normes antérieures de raisonabilité : certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n’appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables. Il est loisible au tribunal administratif d’opter pour l’une ou l’autre des différentes solutions rationnelles acceptables. La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonabilité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu’à l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

The move towards a single reasonableness standard does not pave the way for a more intrusive review by courts and does not represent a return to pre-*Southam* formalism. In this respect, the concept of deference, so central to judicial review in administrative law, has perhaps been insufficiently explored in the case law. What does deference mean in this context? Deference is both an attitude of the court and a requirement of the law of judicial review. It does not mean that courts are subservient to the determinations of decision makers, or that courts

L’application d’une seule norme de raisonabilité n’ouvre pas la voie à une plus grande immixtion judiciaire ni ne constitue un retour au formalisme d’avant l’arrêt *Southam*. À cet égard, les décisions judiciaires n’ont peut-être pas exploré suffisamment la notion de déférence, si fondamentale au contrôle judiciaire en droit administratif. Que faut-il entendre par déférence dans ce contexte? C’est à la fois une attitude de la cour et une exigence du droit régissant le contrôle judiciaire. Il ne s’ensuit pas que les cours de justice doivent s’incliner devant

must show blind reverence to their interpretations, or that they may be content to pay lip service to the concept of reasonableness review while in fact imposing their own view. Rather, deference imports respect for the decision-making process of adjudicative bodies with regard to both the facts and the law. The notion of deference “is rooted in part in a respect for governmental decisions to create administrative bodies with delegated powers” (*Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 596, per L’Heureux-Dubé J., dissenting). We agree with David Dyzenhaus where he states that the concept of “deference as respect” requires of the courts “not submission but a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision”: “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286 (quoted with approval in *Baker*, at para. 65, per L’Heureux-Dubé J.; *Ryan*, at para. 49). [Underlining added.]

[295] Reasons need not include all of the relevant arguments, statutory provisions or jurisprudence. A decision-maker need not make an explicit finding on each constituent element leading to the final conclusion. Reasons are adequate if they allow the reviewing court to understand why the decision-maker made its decision and permit the reviewing court to determine whether the conclusion is within the range of acceptable outcomes.

[296] I now turn to consider Burnaby’s submissions in the context of the Board’s reasons.

#### Alternative means of carrying out the Project

[297] Burnaby’s concern about alternative means of carrying out the Project centers on the Board’s treatment of alternative locations for the marine terminal. In section 11.1.2 the Board dealt with the requirement imposed by paragraph 19(1)(g) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* that an environmental assessment of a designated project must take into account “alternative means of carrying out the designated project that are technically and economically feasible”. The views of the Board are expressed in this section on pages 244 through 245.

les conclusions des décideurs ni qu’elles doivent respecter aveuglément leurs interprétations. Elles ne peuvent pas non plus invoquer la notion de raisonabilité pour imposer dans les faits leurs propres vues. La déférence suppose plutôt le respect du processus décisionnel au regard des faits et du droit. Elle « repose en partie sur le respect des décisions du gouvernement de constituer des organismes administratifs assortis de pouvoirs délégués » : (*Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, p. 596, la juge L’Heureux-Dubé, dissidente). Nous convenons avec David Dyzenhaus que la notion de [TRADUCTION] « retenue au sens de respect » n’exige pas de la cour de révision [TRADUCTION] « la soumission, mais une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision » : « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286 (cité avec approbation par la juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Baker*, par. 65; *Ryan*, par. 49). [Non souligné dans l’original.]

[295] Les motifs n’ont pas besoin de mentionner la totalité des arguments pertinents, des dispositions législatives ou de la jurisprudence. Le décideur n’est pas tenu de tirer une conclusion explicite sur chaque élément constitutif du raisonnement qui a mené à sa conclusion finale. Les motifs sont suffisants s’ils permettent à la cour de révision de déterminer pourquoi le décideur a tranché comme il l’a fait et si la conclusion fait partie des issues possibles acceptables.

[296] Analysons les prétentions de Burnaby à la lumière des motifs de l’Office.

#### Solutions de rechange pour réaliser le projet

[297] La préoccupation de Burnaby quant aux autres moyens de réaliser le projet porte sur l’examen, effectué par l’Office, des emplacements de rechange pour le terminal maritime. À la section 11.1.2, l’Office traite de l’exigence, à l’alinéa 19(1)g) de la *Loi sur l’évaluation environnementale (2012)*, que l’évaluation environnementale d’un projet désigné prenne en compte « les solutions de rechange réalisables sur les plans technique et économique ». L’opinion de l’Office est exprimée dans cette section aux pages 252 à 253.



[298] Of particular relevance to Burnaby’s concern are the first two paragraphs of the Board’s reasons [at page 244 of the report]:

*The Board finds that Trans Mountain’s route selection process, route selection criteria, and level of detail for its alternative means assessment are appropriate. The Board further finds that aligning the majority of the proposed pipeline route alongside, and contiguous to, existing linear disturbances is reasonable, as this would minimize the environmental and socio-economic impacts of the Project.*

*The Board acknowledges the concern raised by the City of Burnaby that Trans Mountain did not provide an assessment of the risks, impacts and effects of the alternate marine terminal locations at Kitimat, B.C., or Roberts Bank in Delta, B.C. The Board finds that Trans Mountain has provided an adequate assessment, including consideration of technical, socio-economic and environmental effects, of technically and economically feasible alternative marine terminal locations.*

[299] In my view, these reasons allowed the Governor in Council and allow this Court to know why the Board found Trans Mountain’s assessment of alternative means to be adequate or appropriate—the Board accepted the facts conveyed by Trans Mountain and found that these facts provided an appropriately detailed consideration of the alternative means. In my further view, the reasons, when read with the record, also allow the Court to consider whether the Board’s treatment of alternatives to the Westridge Marine Terminal were so materially flawed that the Board’s report was not a “report” that the Governor in Council could rely upon. This is a substantive issue I deal with below commencing at paragraph 322.

#### Assessment of risks

[300] Burnaby’s concerns about the assessment of risks centre on the Burnaby Terminal risk assessment, the Westridge Marine Terminal risk assessment, the Emergency Fire Response plan and the evacuation of Simon Fraser University.

[298] Les deux premiers paragraphes sont particulièrement pertinents quant à la préoccupation de Burnaby [à la page 252 du rapport] :

*L’Office juge appropriés le mécanisme et les critères de sélection du tracé, ainsi que le niveau de détail, retenus pour son évaluation d’autres moyens. L’Office juge en outre raisonnable aussi l’alignement de la majeure partie du tracé pipelinier proposé dans l’axe des perturbations linéaires existantes et contiguës à celles-ci, car il réduit au minimum les incidences environnementales et socio-économiques éventuelles du projet.*

*L’Office prend acte de la préoccupation soulevée par la Ville de Burnaby, qui a affirmé que Trans Mountain n’a pas produit d’évaluation des risques, des répercussions et des effets des emplacements de rechange du terminal maritime à Kitimat (C.-B.) ou à Roberts Bank, à Delta (C.-B.). L’Office juge que Trans Mountain a fourni une évaluation suffisante, et notamment qu’elle a tenu compte des effets techniques, socioéconomiques et environnementaux d’autres emplacements réalisables sur les plans technique et économique pour le terminus maritime.*

[299] À mon avis, ces motifs permettaient au gouverneur en conseil — et permettent à notre Cour — de savoir pourquoi l’Office avait conclu que l’évaluation des solutions de rechange par Trans Mountain était adéquate. L’Office a accepté les faits présentés par cette dernière et a conclu qu’ils exposaient de façon suffisamment détaillée les solutions de rechange. Je suis également d’avis que les motifs, à la lumière de l’ensemble du dossier, permettent aussi à la Cour de décider si l’examen par l’Office des solutions de rechange au terminal maritime Westridge était vicié au point que le rapport de l’Office ne constituait pas un « rapport » en bonne et due forme sur lequel pouvait se fonder le gouverneur en conseil. Je traite ci-après de cette question de fond, à partir du paragraphe 322.

#### Évaluation des risques

[300] Les préoccupations de Burnaby au sujet de l’évaluation des risques ont trait à l’évaluation des risques du terminal de Burnaby et du terminal maritime Westridge, ainsi qu’au plan d’intervention d’urgence en cas d’incendie et à l’évacuation de l’Université Simon Fraser.

### Burnaby Terminal

[301] The Board's consideration of terminal expansions generally is found in Section 6.4 of its report. The Burnaby Terminal is discussed at pages 92 through 95 of the Board's report. After setting out the evidence, including Burnaby's evidence, at page 95 the Board expressed its reasons on the Burnaby Terminal as follows:

*The Burnaby Terminal is uphill of the neighborhood of Forest Grove. An issue of potential concern is the possibility, however remote, of a multiple-tank failure in a common impounding area exceeding the available secondary containment capacity under certain conditions. The Board would impose a condition requiring Trans Mountain to demonstrate that the secondary containment system would be capable of draining large spills away from Tank 96, 97 or 98 to the partial RI. Trans Mountain must also demonstrate that the secondary containment system has the capacity to contain a spill from a multiple-tank rupture scenario (Condition 24).*

*The City of Burnaby and the City of Burnaby Fire Department raised concerns about fire and safety risks at the Burnaby Terminal following, in particular, those associated with boil-overs. Trans Mountain claimed that boil-over events are unlikely, yet did not quantify the risks through rigorous analysis. The Board is of the view that a complete assessment of risk requires consideration of the cumulative risk from all tanks at a terminal. The Board would impose conditions requiring Trans Mountain to revise the terminal risk assessments, including the Burnaby Terminal, to demonstrate how the mitigation measures will reduce the risks to levels that are As Low As Reasonably Practicable (ALARP) while complying with the Major Industrial Accidents Council of Canada (MIACC) criteria considering all tanks in each respective terminal (Conditions 22 and 129).*

[302] With respect to the geotechnical design, the Board wrote at page 97:

*The Board acknowledges the concerns of participants regarding the preliminary nature of the geotechnical design evidence provided. However, the Board is of the view that the design information and the level of detail provided by Trans Mountain with respect to the geotechnical design for the Edmonton Terminal West Tank Area and the Burnaby Terminal are sufficient for the Board at the application stage. The Board notes that more extensive*

### Terminal de Burnaby

[301] L'analyse par l'Office portant sur l'agrandissement des terminaux en général se trouve à la section 6.4 de son rapport. Il traite du terminal de Burnaby aux pages 94 à 97. Il expose la preuve, notamment celle présentée par Burnaby, et énonce en ces termes ses motifs au sujet du terminal de Burnaby, à la page 97 :

*Le terminal de Burnaby est en amont du secteur de Forest Grove. Un sujet de préoccupation est la possibilité, quelque éloignée qu'elle soit, d'une rupture de réservoirs multiples dans une ZCR où la capacité disponible de confinement secondaire serait dépassée dans certaines conditions. L'Office imposerait une condition en exigeant de Trans Mountain qu'elle démontre que le système de confinement secondaire serait capable de drainer un déversement abondant du réservoir 96, 97 ou 98 en direction de la ZER partielle. La société doit aussi démontrer que ce système est capable de retenir le déversement dans un scénario de rupture de réservoirs multiples (condition 24).*

*La Ville de Burnaby et son service des incendies ont soulevé des préoccupations au sujet des risques d'incendie et des risques pour la sécurité au terminal de Burnaby, plus particulièrement à la suite d'un débordement thermique par bouillonnement. Trans Mountain a maintenu que de tels événements étaient improbables sans chiffrer les risques par une analyse rigoureuse. L'Office estime que, dans une évaluation complète des risques, on se doit de tenir compte du risque cumulatif pour tous les réservoirs d'un terminal. Il imposerait des conditions en exigeant de Trans Mountain qu'elle révise les évaluations de risques des terminaux, dont celui de Burnaby, en vue de démontrer en quoi les mesures d'atténuation ramèneraient les risques au NBRF, tout en se conformant aux critères du CCAIM et en s'attachant à l'ensemble des réservoirs de chaque terminal (conditions 22 et 129).*

[302] En ce qui concerne la conception géotechnique, l'Office écrit ce qui suit à la page 99 :

*L'Office prend acte des préoccupations exprimées par les participants au sujet du caractère préliminaire des données de conception géotechnique présentées. Il est toutefois d'avis que les données de conception et la finesse descriptive de l'information livrée par Trans Mountain sur la conception géotechnique de la ZSO du terminal d'Edmonton et du terminal de Burnaby sont suffisantes pour qu'il puisse prendre une décision quant à la*

*geotechnical work will be completed for the detailed engineering and design phase of the Project.*

...

*With regard to the selection of Seismic Use Group (SUG) for the design of the tanks, the Board notes that Trans Mountain has not made a final determination. Nevertheless, should the Project be approved, the Board will verify that Trans Mountain's tanks have secondary controls to prevent public exposure, in accordance with SUG I design criteria, by way of Conditions 22, 24 and 129.*

[303] In my view, these reasons adequately allow the Court to understand why the Board rejected Burnaby's evidence and why it imposed the conditions it did.

#### Westridge Marine Terminal

[304] The Board dealt with the Westridge Marine Terminal expansion in section 6.5 of its report.

[305] The Board expressed its views at pages 100 through 102. With respect to the design approach the Board wrote:

*Trans Mountain has committed to design, construct, and operate the Westridge Marine Terminal (WMT) in accordance with applicable regulations, standards, codes and industry best practices. The Board accepts Trans Mountain's design approach, including Trans Mountain's effort to eliminate two vapour recovery tanks in the expanded WMT by modifying the vapour recovery technology. The Board considers this to be a good approach for eliminating potential spills and fire hazards. The Board would impose Condition 21 requiring Trans Mountain to provide its decision as well as its rationale to either retain or eliminate the proposed relief tank.*

[306] With respect to the geotechnical design, the Board wrote:

*The Board acknowledges the City of Burnaby's concern regarding the level of detail of the geotechnical information provided in the hearing for the Westridge Marine Terminal (WMT) offshore facilities. However, the Board*

*recommandation qu'il destine au gouverneur en conseil. Il prend acte aussi qu'on poussera les travaux géotechniques à l'étape des études et de la conception détaillées.*

[...]

*En ce qui a trait au choix d'un code SUG pour la conception des réservoirs, il se rend compte par ailleurs que la société n'a pas encore pris de décision définitive en la matière. Il reste que, si le projet devait être approuvé, l'Office vérifierait si, pour les réservoirs de la société, il existe un système de maîtrise secondaire empêchant que le public ne soit exposé, et ce, conformément aux critères de conception SUG I et conformément aux conditions 22, 24 et 129.*

[303] À mon avis, ces motifs permettent à la Cour de comprendre pourquoi l'Office a rejeté la preuve présentée par Burnaby et imposé telles conditions.

#### Terminal maritime Westridge

[304] L'Office traite de l'agrandissement du terminal maritime Westridge à la section 6.5 de son rapport.

[305] L'opinion de l'Office figure aux pages 102 à 104. Quant au mode de conception, il écrit :

*Trans Mountain s'est engagée à concevoir, à construire et à exploiter le TMW [terminal maritime Westbridge] conformément aux règlements, normes et codes applicables et aux meilleures pratiques de l'industrie. Il accepte le mode de conception de la société et les efforts consentis par celle-ci en vue de retrancher deux réservoirs à récupération de vapeur dans le TMW agrandi grâce à une modification de la technologie de récupération en question. Il y voit une bonne approche en matière d'élimination des risques de déversement et des dangers d'incendie. Il imposerait la condition 21 en exigeant de Trans Mountain qu'elle lui présente avec justification sa décision de conserver ou d'écarter le réservoir de détente proposé.*

[306] L'Office ajoute au sujet de la conception géotechnique :

*L'Office prend acte des préoccupations exprimées par la Ville de Burnaby au sujet de la finesse descriptive de l'information géotechnique présentée à l'audience dans le cas des installations hors rivage du terminal maritime*

*is of the view that Trans Mountain has demonstrated its awareness of the requirements for the geotechnical design of the offshore facilities and accepts Trans Mountain's geotechnical design approach.*

*To confirm that soil conditions have been adequately assessed for input to the final design of the WMT offshore facilities, the Board would impose conditions requiring Trans Mountain to file a final preliminary geotechnical report for the design of the offshore facilities, and the final design basis for the offshore pile foundation layout once Trans Mountain has selected the pile design (Conditions 34 and 83).*

*To verify the geotechnical design approach for the WMT onshore facilities the Board would impose Condition 33 requiring Trans Mountain to file a preliminary geotechnical report for the onshore facilities prior to the commencement of construction.*

*The Board would examine the geotechnical reports upon receipt and advise Trans Mountain of any further requirements for the fulfilment of the above conditions prior to the commencement of construction.*

[307] I have previously dealt with Burnaby's concern with the Board's failure to compel further and better information from Trans Mountain at the hearing stage, and to instead impose conditions requiring Trans Mountain to do certain things in future. Burnaby's concerns relating to the assessment of risks centre on this approach taken by the Board. Burnaby has not demonstrated how the Board's reasons with respect to the Westridge Marine Terminal risk assessment are inadequate.

#### Emergency fire response

[308] The Board responded to Burnaby's concerns about adequate resources to respond to a fire as follows at page 156:

*The Board shares concerns raised by the City of Burnaby Fire Department and others about the need for adequate resources to respond in the case of a fire. The Board finds the 6-12 hour response time proposed by Trans Mountain for industrial firefighting contractors to arrive on site as inadequate, should they be needed immediately for a*

*Westridge. Il estime cependant que Trans Mountain a démontré connaître les exigences de conception géotechnique de ces installations du TMW et il accepte la conception retenue par la société.*

*Pour bien vérifier que les conditions du sol ont convenablement été évaluées aux fins de la conception finale des installations hors rivage du TMW, il imposerait des conditions en exigeant de Trans Mountain qu'elle dépose un rapport final d'évaluation géotechnique préliminaire pour la conception de ces installations, ainsi qu'un plan définitif de disposition des fondations sur pieux des installations hors rivage après avoir adopté une conception pour ces pieux (conditions 34 et 83).*

*Pour une vérification du mode de conception géotechnique des installations à terre du TMW, l'Office imposerait la condition 33 en exigeant de Trans Mountain qu'elle dépose un rapport d'évaluation géotechnique préliminaire pour ces installations avant que ne débutent les travaux de construction.*

*Il examinerait les rapports géotechniques à leur réception et aviserait Trans Mountain de toute autre exigence quant à l'application des conditions qui précèdent avant que ne débutent les travaux de construction.*

[307] J'ai déjà traité de la préoccupation de la municipalité de Burnaby au sujet du refus de l'Office d'enjoindre à Trans Mountain de fournir une preuve plus complète à l'étape de l'instruction et de la décision de l'Office et d'imposer plutôt des conditions pour obliger Trans Mountain à prendre certaines mesures à l'avenir. Les préoccupations de la municipalité de Burnaby quant à l'évaluation des risques concernent cette approche adoptée par l'Office. Burnaby n'a pas démontré en quoi sont insuffisants les motifs de l'Office relatifs à l'évaluation des risques associés au terminal maritime Westridge.

#### Intervention d'urgence en cas d'incendie

[308] L'Office répond ainsi aux préoccupations de Burnaby concernant les ressources disponibles en cas d'incendie, à la page 159 :

*L'Office partage les préoccupations exprimées par les services d'incendie de la Ville de Burnaby et d'autres parties au sujet du besoin de ressources adéquates pour intervenir en cas d'incendie. L'Office estime que le temps d'arrivée sur les lieux de 6 à 12 heures proposé par Trans Mountain pour les entrepreneurs industriels*

*response to a fire at the Burnaby Terminal. The Board would impose conditions requiring Trans Mountain to complete a needs assessment with respect to the development of appropriate firefighting capacity for a safe, timely, and effective response to a fire at the Westridge Marine Terminal (WMT) and at the Edmonton, Sumas, and Burnaby Terminals. The conditions would require Trans Mountain to assess and evaluate resources and equipment to address fires, and a summary of consultation with appropriate municipal authorities and first responders that will help inform a Firefighting Capacity Framework (Conditions 118 and 138).*

[309] Again, Burnaby’s concern is not so much with respect to the adequacy of the Board’s reasons, but rather with the Board’s approach to dealing with Burnaby’s concerns through the imposition of conditions—in this case conditions that do not require formal Board approval. On this last point, the Board’s explanation of its process for the review of conditions supports the conclusion that an inadequate response to a condition, even a condition not requiring formal Board approval, would be detected by the Board’s specialists. Further, the Board oversees compliance with the conditions it imposes.

[310] In any event, I see no inadequacy in the Board’s reasons.

#### Suitability of the Burnaby Mountain Tunnel

[311] The Board deals with the Burnaby Mountain Tunnel in sections 6.2.2 and 6.2.3. The Board’s views, in part, are expressed as follows at pages 81 and 82:

*Regarding the City of Burnaby’s concern with Trans Mountain’s geotechnical investigation, the Board is of the view that the level of detail of the geotechnical investigation for the tunnel option is sufficient for the purpose of assessing the feasibility of constructing the tunnel. The Board notes that a second phase of drilling is planned for the development of construction plans at the tunnel portals, and that additional surface boreholes or probe holes could be drilled from the tunnel face during construction. The Board is of the view that both the tunnel and street options are technically feasible, and accepts Trans*

*de lutte contre l’incendie est inadéquat, si leurs services sont immédiatement requis en cas d’incendie au terminal de Burnaby. L’Office imposerait des conditions exigeant que Trans Mountain effectue une évaluation des besoins à l’égard de la création d’une capacité de lutte contre l’incendie appropriée pour une intervention sécuritaire, rapide et efficace en cas d’incendie au terminal maritime Westridge et aux terminaux d’Edmonton, de Sumas et de Burnaby. Les conditions exigeraient que Trans Mountain évalue les ressources et l’équipement pour lutter contre les incendies et un résumé des consultations avec les autorités municipales et les premiers intervenants pertinents qui aidera à éclairer le cadre relatif à la capacité de lutte contre les incendies (conditions 118 et 138).*

[309] Répétons-le, les préoccupations de Burnaby ne tiennent pas tant à l’insuffisance des motifs de l’Office qu’à la façon dont ce dernier a répondu à ses préoccupations en imposant des conditions — en l’occurrence des conditions qui n’exigent pas l’approbation officielle de l’Office. Sur ce dernier point, la Cour estime que l’explication de l’Office concernant son processus d’examen des conditions permet de dire que le non-respect d’une condition, même une condition qui ne requiert pas l’approbation officielle de l’Office, serait décelé par les spécialistes de l’Office. De plus, l’Office assure le suivi des conditions qu’il impose.

[310] Quoi qu’il en soit, je ne vois rien d’insuffisant dans les motifs de l’Office.

#### Le bien-fondé du choix de percer un tunnel sous le mont Burnaby

[311] L’Office traite du tunnel sous le mont Burnaby aux sections 6.2.2 et 6.2.3. Son opinion est exposée aux pages 83 et 84 :

*Pour ce qui est des préoccupations exprimées par la Ville de Burnaby au sujet des études géotechniques de Trans Mountain, l’Office estime que les détails de l’étude géotechnique de l’option du tunnel sont suffisants pour une évaluation de la faisabilité de l’aménagement d’un tel tunnel. Il prend acte qu’une autre étape de forage est prévue pour l’élaboration des plans de construction aux extrémités du tunnel et que d’autres trous de fonçage ou de sondage en surface seraient pratiqués en front de tunnel pendant les travaux de construction. Il pense que les deux options sont techniquement faisables et il accepte la*



*Mountain's proposal that the streets option be considered as an alternative to the tunnel option.*

*The Board is not aware of the use of the concrete or grout-filled tunnel installation method for other hydrocarbon pipelines in Canada. The Board is concerned that damage to the pipe or coating may occur during installation of the pipelines or grouting, and that there will be limited accessibility for future maintenance and repairs. The Board is also concerned that there may be voids or that cracks could form in the grout. The Board would require Trans Mountain to address these and other matters, including excavation, pipe handling, backfilling, pressure testing, cathodic protection, and leak detection, through the fulfillment of Conditions 26, 27 and 28 on tunnel design, construction, and operation.*

*The Board would impose Condition 29 regarding the quality and quantity of waste rock from the tunnel and Trans Mountain's plans for its disposal.*

*The Board would also impose Condition 143 requiring Trans Mountain to conduct baseline inspections, including in-line inspection surveys, of the new delivery pipelines in accordance with the timelines and descriptions set out in the condition. The Board is of the view that these inspections would aid in mitigating any manufacturing and construction related defects, and in establishing re-inspection intervals.*

[312] Burnaby has not demonstrated how these reasons are inadequate.

#### Protection of municipal water sources

[313] While Burnaby enumerated this as an issue on which the Board gave inadequate reasons, Burnaby made no submissions on this point and did not point to any particular section of the Board's reasons said to be deficient. In the absence of submissions on the point, Burnaby has not demonstrated the reasons to be inadequate.

#### Public interest

[314] Again, while Burnaby enumerated this issue as an issue on which the Board gave inadequate reasons, Burnaby made no submissions on the point.

*proposition de Trans Mountain avançant l'option des rues comme solution de rechange à l'option du tunnel.*

*L'Office n'est conscient d'aucune utilisation de la méthode proposée de remblayage au mortier ou au béton imperméable pour des pipelines d'hydrocarbures au Canada. Il craint que le pipeline ou l'enrobage ne subisse des dégâts pendant l'installation des conduites ou leur remblayage au mortier et que les lieux soient peu accessibles à des fins d'entretien et de réparation. Il craint aussi que des cavités ou des fissures ne se forment dans le mortier. Il exigerait de Trans Mountain qu'elle étudie ces questions et d'autres : excavation, manutention du tubage, remblayage, essais de pression, protection cathodique, détection des fuites, etc. Cette exigence prendrait la forme des conditions 26, 27 et 28 pour la conception, la construction et l'exploitation du tunnel.*

*Il imposerait en outre la condition 29 au sujet de la qualité des déblais rocheux du tunnel et des plans d'évacuation de Trans Mountain.*

*Il énoncerait enfin la condition 143 en exigeant de la société qu'elle fasse subir aux nouvelles canalisations de livraison des inspections comparatives, dont des inspections internes, respectant les délais et les descriptions figurant dans la formulation de cette condition. Il estime que de telles inspections aideraient à atténuer tout défaut de fabrication et de construction et à établir des intervalles de reprise d'inspection.*

[312] Burnaby n'a pas démontré en quoi ces motifs sont insuffisants.

#### Protection des sources d'eau municipales

[313] Burnaby a affirmé que les motifs de l'Office sur cette question étaient insuffisants, mais elle n'a présenté aucune observation à cet égard et n'a renvoyé à aucune section en particulier qu'elle jugeait lacunaire. Vu l'absence d'observations sur cette question, Burnaby n'a pas démontré l'insuffisance des motifs.

#### Intérêt public

[314] À nouveau, Burnaby soutient que les motifs de l'Office sur cette question sont insuffisants, mais elle n'a pas présenté d'observations à cet égard.



[315] The Board’s finding with respect to public interest is contained in Chapter 2 of the Board’s report where, among other things, the Board described the respective benefits and burdens of the Project and then balanced the benefits and burdens in order to conclude that the Project “is in the present and future public convenience and necessity, and in the Canadian public interest” [at page 18]. In the absence of submissions on the point, Burnaby has not demonstrated the reasons to be inadequate.

(vii) Trans Mountain’s reply evidence

[316] At paragraph 71 of its memorandum of fact and law, Tsleil-Waututh makes the bare assertion that the Board “permitted [Trans Mountain] to file improper reply evidence”. While Tsleil-Waututh referenced in a footnote its motion record filed in response to Trans Mountain’s reply evidence, it did not make any submissions on how the Board erred or how the reply evidence was improper. Nor did Tsleil-Waututh reference the Board’s reasons issued in response to its motion.

[317] Tsleil-Waututh argued before the Board that, rather than testing Tsleil-Waututh’s evidence through Information Requests, Trans Mountain filed extensive new or supplementary evidence in reply. Tsleil-Waututh alleged that the reply evidence was substantially improper in nature. Tsleil-Waututh sought an order striking portions of Trans Mountain’s reply evidence. In the alternative Tsleil-Waututh sought, among other relief, an order allowing it to issue Information Requests to Trans Mountain about its reply evidence and allowing it to file sur-reply evidence.

[318] The Board, in Ruling No. 96 [*Notices of motion regarding Trans Mountain’s reply evidence*, 8 October 2015], found that Trans Mountain’s reply evidence was not improper. In response to the objections raised before it, the Board found that:

- Trans Mountain’s reply evidence was not evidence that Trans Mountain ought to have brought

[315] La conclusion de l’Office au sujet de l’intérêt public se trouve au chapitre 2 de son rapport, où il décrit notamment les avantages et inconvénients du projet, qu’il a ensuite mis en balance pour conclure que le projet « est d’utilité publique, tant pour le présent que pour le futur et dans l’intérêt public canadien » [à la page 18]. Comme elle n’a pas présenté d’observations sur cette question, Burnaby n’a pas démontré que les motifs sont insuffisants.

(vii) Contre-preuve de Trans Mountain

[316] Au paragraphe 71 de leur mémoire des faits et du droit, les Tsleil-Waututh se contentent d’affirmer que l’Office [TRADUCTION] « a permis à [Trans Mountain] de déposer une contre-preuve non appropriée ». Dans une note de bas de page, les Tsleil-Waututh renvoient au dossier de requête déposé en réponse à la contre-preuve de Trans Mountain, mais ils ne présentent aucune observation sur l’erreur qu’aurait commise l’Office ni ne précisent en quoi la contre-preuve n’était pas appropriée. Ils ne renvoient pas non plus aux motifs que l’Office a rendus en réponse à leur requête.

[317] Les Tsleil-Waututh ont soutenu devant l’Office qu’au lieu de vérifier la preuve des Tsleil-Waututh au moyen de demandes de renseignements, Trans Mountain a produit en réponse de nombreux nouveaux éléments de preuve. Ils affirment que la contre-preuve était essentiellement inappropriée. Les Tsleil-Waututh sollicitent une ordonnance radiant des parties de la contre-preuve de Trans Mountain. Subsidiairement, ils sollicitent, entre autres mesures, une ordonnance les autorisant à présenter des demandes de renseignements à Trans Mountain au sujet de sa contre-preuve et à déposer à leur tour une contre-preuve.

[318] Dans la décision n° 96 [*Avis de requête au sujet de la contre-preuve de Trans Mountain*, 8 octobre 2015], l’Office conclut que la contre-preuve de Trans Mountain n’était pas inappropriée. En réponse aux objections soulevées, l’Office est d’avis que :

- La contre-preuve en cause ne constituait pas une preuve que Trans Mountain aurait dû présenter

forward as evidence-in-chief in order to meet its onus.

- Trans Mountain's reply evidence was filed in response to new evidence adduced by the interveners.
- Given the large volume of evidence filed by the interveners, the length of Trans Mountain's reply evidence was not a sufficient basis on which to find it to be improper.
- To the extent that portions of the reply evidence repeated evidence already presented, this caused no prejudice to the interveners who had already had an opportunity to test the evidence and respond to it.

[319] The Board allowed Tsleil-Waututh to test the reply evidence through one round of Information Requests. The Board noted that the final argument stage was the appropriate stage for interveners and Trans Mountain to make submissions to the Board about the weight to be given to the evidence.

[320] Tsleil-Waututh has not demonstrated any procedural unfairness arising from the Board's dismissal of its motion to strike portions of Trans Mountain's reply evidence.

(viii) Conclusion on procedural fairness

[321] For all the above reasons the applicants have not demonstrated that the Board breached any duty of procedural fairness.

- (b) Did the Board fail to decide certain issues before recommending approval of the Project?

[322] Both Burnaby and Coldwater make submissions on this issue. Additionally, Coldwater, Squamish and Upper Nicola make submissions about the Board's failure to decide certain issues in the context of the Crown's

dans le cadre de sa preuve principale pour s'acquitter du fardeau qui lui incombait.

- La contre-preuve de Trans Mountain a été déposée en réponse à de nouveaux éléments de preuve produits par les intervenants.
- Comme la preuve déposée par les intervenants était volumineuse, la longueur de la contre-preuve de Trans Mountain ne constituait pas un fondement suffisant pour emporter la conclusion selon laquelle elle était inappropriée.
- Dans la mesure où la contre-preuve répétait certains éléments qui avaient déjà été présentés, aucun préjudice n'en découlait pour les intervenants, qui avaient déjà eu l'occasion de vérifier la preuve et d'y répondre.

[319] L'Office a permis aux Tsleil-Waututh de vérifier la contre-preuve au moyen d'une série de demandes de renseignements. Il a indiqué que l'étape de la plaidoirie finale convenait pour la présentation des observations des intervenants et de Trans Mountain au sujet du poids qu'il convenait de donner à la preuve.

[320] Les Tsleil-Waututh n'ont démontré aucun manquement à l'équité procédurale découlant du rejet par l'Office de leur requête en radiation de certaines parties de la contre-preuve de Trans Mountain.

(viii) Conclusion sur l'équité procédurale

[321] Pour tous les motifs susmentionnés, les demandeurs n'ont pas démontré que l'Office a manqué de quelque façon que ce soit à son obligation d'équité procédurale.

- b) L'Office a-t-il omis de trancher certaines questions avant de recommander l'approbation du projet?

[322] Tant Burnaby que les Coldwater ont présenté des observations sur cette question. Les Coldwater, les Squamish et les Upper Nicola ont aussi formulé des observations au sujet de l'omission par l'Office de trancher

duty to consult. The latter submissions will be considered in the analysis of the adequacy of the Crown's consultation process.

[323] Burnaby's and Coldwater's submissions may be summarized as follows.

[324] Burnaby raises two principal arguments: first, the Board failed to consider and assess the risks and impacts of the Project to Burnaby, instead deferring the collection of information relevant to the risks and impacts and consideration of that information until after the decision of the Governor in Council when Trans Mountain was required to comply with the Board's conditions; and, second, the Board failed to consider alternative means of carrying out the Project and their environmental effects. Instead, contrary to paragraph 19(1)(g) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the Board failed to require Trans Mountain to include with its application an assessment of the Project's alternatives and failed to require Trans Mountain to provide adequate answers in response to Burnaby's multiple Information Requests about alternatives to the Project.

[325] With respect to the first error, Burnaby asserts that it is a "basic principle of law that a tribunal or a court must weigh and decide conflicting evidence. It cannot defer determinations post-judgment" (Burnaby's memorandum of fact and law, paragraph 142). In breach of this principle, the Board did not require Trans Mountain to provide further evidence, nor did the Board weigh or decide conflicting evidence. Instead, the Board deferred assessment of critical issues by imposing a series of conditions on Trans Mountain.

[326] With respect to the second error, Burnaby states that Trans Mountain failed to provide evidence about alternative routes and locations for portions of the Project, including the Burnaby Terminal and the Westridge Marine Terminal. Thus, Burnaby says the Board "had no demonstrated basis on the record to decide" about preferred options or to decide that Trans Mountain used "criteria that justify and demonstrate how the proposed option was

certaines questions eu égard à l'obligation de consulter de la Couronne. Ces dernières observations seront examinées dans l'analyse du processus de consultation de la Couronne.

[323] Les observations de Burnaby et des Coldwater peuvent être ainsi résumées.

[324] Burnaby soulève deux arguments principaux : premièrement, l'Office n'a pas examiné et évalué les risques et les incidences du projet pour elle, et a plutôt décidé qu'il recueillerait et examinerait les renseignements pertinents quant aux risques et incidences du projet après la décision du gouverneur en conseil, quand Trans Mountain devrait satisfaire aux conditions de l'Office; deuxièmement, l'Office n'a pas examiné les solutions de rechange pour la réalisation du projet et leurs effets environnementaux. Il a plutôt, contrairement à l'alinéa 19(1)g) de la *Loi sur l'évaluation environnementale (2012)*, omis d'exiger que Trans Mountain joigne à sa demande une évaluation d'autres moyens de réaliser le projet et qu'elle fournisse des réponses adéquates aux multiples demandes de renseignements de Burnaby au sujet des solutions de rechange au projet.

[325] En ce qui concerne la première erreur, Burnaby affirme qu'il existe [TRADUCTION] « un principe de droit fondamental selon lequel le tribunal doit apprécier et trancher la preuve contradictoire. Il ne peut pas décider que certaines conclusions soient tirées après que le jugement sera rendu » (mémoire des faits et du droit de Burnaby, paragraphe 142). En contravention de ce principe, l'Office n'a pas exigé que Trans Mountain fournisse des éléments de preuve supplémentaires et n'a pas apprécié et tranché la preuve contradictoire. Il a plutôt reporté l'évaluation de questions cruciales en imposant à Trans Mountain une série de conditions.

[326] En ce qui concerne la deuxième erreur, Burnaby déclare que Trans Mountain n'a présenté ni tracés ni emplacements de rechange pour certaines parties du projet, notamment pour le terminal de Burnaby et le terminal maritime Westridge. Ainsi, Burnaby soutient que [TRADUCTION] « le dossier n'offrait à l'Office aucun fondement lui permettant de prendre une décision » sur les options à privilégier ou de décider que Trans Mountain s'est servie

selected and why it is the preferred option”. (Burnaby’s memorandum of fact and law, paragraph 133).

[327] Coldwater asserts that contrary to paragraph 19(1)(g) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the Board failed to look at the West Alternative as an alternative means of carrying out the Project. Briefly stated, the West Alternative is an alternative route for a segment of the new pipeline. The approved route for this segment of the new pipeline passes through the recharge zone of the aquifer that supplies the sole source of drinking water for 90 percent of the residents of the Coldwater Reserve and crosses two creeks which are the only known, consistent sources of water that feed the aquifer. The West Alternative is said by Coldwater to pose the least apparent danger to the aquifer.

[328] Trans Mountain responds that the Board considered the risks and impacts of the Project to Burnaby and determined that there was sufficient evidence to conclude that the Project can be constructed, operated and maintained in a safe manner. Further, it was reasonable for the Board to implement conditions requiring Trans Mountain to submit additional information for Board review or approval throughout the life of the Project. This Court’s role is not to reweigh evidence considered by the Board.

[329] Trans Mountain notes that the proponent’s application and the subsequent Board hearing represent the process by which the Board collects enough information to ensure that a project can be developed safely and that its impacts are mitigated. At the end of the hearing, the Board requires sufficient information to assess the Project’s impacts, and whether the Project can be constructed, operated and maintained safely, and to draft terms and conditions to attach to a certificate of public convenience and necessity, should the Governor in Council approve the Project. It follows that the Board did not improperly defer its consideration of Project impacts to the conditions.

de « critères pour retenir l’option proposée et expliquer comment et pourquoi elle est arrivée à ce choix » (mémoire des faits et du droit de Burnaby, paragraphe 133).

[327] Les Coldwater affirment que, contrairement à l’alinéa 19(1)g de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*, l’Office n’a pas considéré l’option ouest comme solution de rechange pour réaliser le projet. En bref, l’option ouest est un tracé de rechange pour un segment du nouveau pipeline. Le tracé approuvé pour ce segment du nouveau pipeline passe à travers une zone d’alimentation de l’aquifère qui approvisionne la seule source d’eau potable de 90 p. 100 de la population de la réserve de Coldwater et traverse deux ruisseaux qui sont les seules sources d’eau constantes et connues qui alimentent l’aquifère. L’option ouest semble, selon les Coldwater, la moins dangereuse pour l’aquifère.

[328] Trans Mountain répond que l’Office a examiné les risques et les conséquences du projet pour Burnaby et était d’avis que la preuve était suffisante pour conclure que le pipeline projeté pouvait être construit, exploité et entretenu de façon sécuritaire. De plus, il était raisonnable de la part de l’Office d’imposer des conditions en vue de forcer Trans Mountain à présenter des renseignements additionnels à l’Office, pour examen et approbation pendant toute la durée du projet. Il n’appartient pas à la Cour d’apprécier à nouveau la preuve examinée par l’Office.

[329] Trans Mountain fait remarquer que la demande du promoteur et le processus d’audience subséquent par l’Office permet à ce dernier de recueillir suffisamment d’information pour veiller à ce qu’un projet puisse être réalisé de façon sécuritaire et à ce que ses incidences soient atténuées. À la fin de l’audience, l’Office exige suffisamment de renseignements pour évaluer les incidences du projet et décider si le pipeline peut être construit, exploité et entretenu de façon sécuritaire, et pour rédiger les conditions devant être jointes au certificat d’utilité publique, advenant l’approbation du projet par le gouverneur en conseil. Par conséquent, l’Office n’a pas irrégulièrement reporté son examen des conséquences du projet à l’étape des conditions.

[330] To the extent that some applicants suggest that the Board acted contrary to the “precautionary principle” Trans Mountain responds that the precautionary principle must be applied with the corollary principle of “adaptive management”. Adaptive management responds to the difficulty, or impossibility, of predicting all of the environmental consequences of a project on the basis of existing knowledge. Adaptive management permits a project with uncertain, yet potentially adverse, environmental impacts to proceed based on mitigation measures and adaptive management techniques designed to identify and deal with unforeseen effects (*Canadian Parks and Wilderness Society v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2003 FCA 197, [2003] 4 F.C. 672, at paragraph 24).

[331] With respect to the assessment of alternative means, Trans Mountain notes that it presented evidence that it had conducted a feasibility analysis of alternative locations to the Westridge Marine Terminal and the Burnaby Terminal. Based on technical, economic and environmental considerations Trans Mountain had eliminated these options because of the significantly increased costs and larger environmental impacts associated with these alternatives.

[332] Trans Mountain also argues that it presented evidence to confirm that its routing criteria followed the existing pipeline alignment and other linear facilities wherever possible. Additionally, it presented various routing alternatives to the Board. Trans Mountain’s preferred corridor through Burnaby Mountain was developed in response to requests that it consider a trenchless option through Burnaby Mountain (as opposed to routing the new pipeline through residential streets). Further, while it had initially considered the West Alternative route around the Coldwater Reserve, Trans Mountain rejected this alternative because it necessitated two crossings of the Coldwater River and involved geo-technical challenges and greater environmental disturbances.

[333] Based on the evidence before it, the Board found that:

[330] Aux demandeurs qui soutiennent que l’Office a agi de façon contraire au « principe de précaution », Trans Mountain répond que ce principe doit être appliqué en tandem avec celui, corollaire, de la « gestion adaptative ». Ce dernier veut qu’il soit difficile, voire impossible, de prédire toutes les conséquences environnementales d’un projet sur le fondement des données connues. Moyennant la prise de mesures d’atténuation et l’adoption de techniques de gestion visant à déterminer et à gérer les effets imprévus, la gestion adaptative permet de donner suite à des projets dont les effets négatifs sur l’environnement sont incertains, et potentiellement négatifs (*Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2003 CAF 197, [2003] 4 C.F. 672, paragraphe 24).

[331] En ce qui concerne l’évaluation des solutions de rechange, Trans Mountain souligne qu’elle a présenté la preuve à l’effet qu’elle avait effectué une analyse de faisabilité des emplacements de rechange au terminal maritime Westridge et au terminal de Burnaby. Sur le fondement de considérations techniques, économiques et environnementales, Trans Mountain a éliminé ces options en raison des coûts beaucoup plus élevés et des conséquences environnementales plus graves de ces solutions de rechange.

[332] Trans Mountain fait aussi valoir qu’elle a présenté une preuve confirmant que ses critères régissant les tracés suivaient, dans la mesure du possible, l’alignement du pipeline existant et d’autres éléments linéaires. De plus, elle a présenté divers autres tracés à l’Office. Le corridor qu’elle privilégie à travers le mont Burnaby a été conçu en réponse à des demandes l’invitant à examiner la possibilité d’une solution sans tranchée traversant le mont Burnaby (plutôt qu’un couloir pour le nouveau pipeline qui suivrait des rues résidentielles). En outre, bien qu’elle ait initialement envisagé l’option ouest autour de la réserve de Coldwater, Trans Mountain a rejeté cette solution parce qu’elle nécessiterait deux franchissements de la rivière Coldwater, comporterait des défis d’ordre géotechnique et causerait des perturbations environnementales plus importantes.

[333] Se fondant sur la preuve, l’Office tire les conclusions suivantes :

- Trans Mountain provided an adequate assessment of technically and economically feasible alternatives, including alternative locations;
  - the Burnaby Mountain corridor minimized Project impacts and risks;
  - Trans Mountain’s route selection process and criteria, and the level of detail it provided for its alternative means assessment, were appropriate; and
  - the Board imposed Condition 39 to deal with Coldwater’s concerns regarding the aquifer. This condition required Trans Mountain to file with the Board, at least six months prior to commencing construction between two specified points, a hydrogeological report relating to Coldwater’s aquifer. This report must describe, delineate and characterize a number of things. For example, based on the report’s quantification of the risks posed to the groundwater supplies for the Coldwater Reserve, the report [at page 433] must “describe proposed measures to address identified risks, including but not limited to considerations related to routing, project design, operational measures, or monitoring”.
- Trans Mountain a fourni une évaluation adéquate des solutions de recharge réalisables sur les plans technique et économique, y compris des propositions d’autres emplacements;
  - le corridor du mont Burnaby permet d’atténuer les incidences et les risques du projet;
  - les critères et le processus de sélection du tracé employés par Trans Mountain ainsi que les détails fournis par elle dans son évaluation des solutions de recharge étaient adéquats;
  - l’Office a imposé la condition 39 pour répondre aux préoccupations des Coldwater concernant l’aquifère. Aux termes de cette condition, Trans Mountain doit déposer auprès de l’Office, au moins six mois avant le début de la construction entre deux points donnés, un rapport hydrogéologique sur l’aquifère des Coldwater. Ce rapport doit décrire et délimiter de nombreux éléments. Par exemple, sur le fondement de la quantification des risques pour les réserves d’eau souterraine dans la réserve de Coldwater, le rapport [à la page 449] doit « décrire, en fonction de l’évaluation des risques, les mesures proposées, le cas échéant, pour combler les lacunes, y compris notamment les facteurs liés au tracé, à la conception du projet, aux mesures d’exploitation ou à la surveillance ».

[334] Trans Mountain submits that while the applicants disagree with the Board’s finding about the range of alternatives, the Board has discretion to determine the range of alternatives it must consider and it is not this Court’s role to reweigh the Board’s assessment of the facts.

- (i) Did the Board fail to assess the risks and impacts posed by the Project to Burnaby?

[335] At paragraphs 278 to 291, I dealt with Burnaby’s argument that the Board breached the duty of procedural fairness by deferring and delegating the assessment of important information. This argument covers much of

[334] Trans Mountain affirme que, s’il est vrai que les demandeurs ne souscrivent pas à la conclusion de l’Office sur l’étendue des solutions de recharge, l’Office peut, à sa discrétion, décider quelles solutions de recharge il doit examiner et il n’appartient pas à la Cour de procéder à nouveau à l’appréciation des faits effectuée par l’Office.

- (i) L’Office a-t-il omis d’évaluer les risques et les incidences du projet pour Burnaby?

[335] Aux paragraphes 278 à 291, je traite de l’argument de Burnaby selon lequel l’Office a manqué à son obligation d’équité procédurale en reportant et en déléguant l’évaluation de renseignements importants. La



the same ground, except it is not couched in terms of procedural fairness.

[336] The gist of Burnaby’s concern is reflected in its argument that “[i]t is a basic principle of law that a tribunal or court must weigh and decide conflicting evidence. It cannot defer determinations post-judgment”.

[337] This submission is best considered in concrete terms. The risks the Board is said not to have assessed are the risks posed by the Burnaby Terminal, the tunnel route through Burnaby Mountain, the Westridge Marine Terminal, the lack of available emergency fire response resources to respond to a fire at the Westridge Marine and Burnaby terminals and, finally, the risk in relation to the evacuation of Simon Fraser University following an incident at the Burnaby Terminal. Illustrative of Burnaby’s concerns is its specific and detailed argument with respect to the assessment of the risk associated with the Burnaby Terminal.

[338] With respect to the assessment of the risks associated with the Burnaby Terminal, Burnaby points to the report of its expert, Dr. Ivan Vince, which identified deficiencies or information gaps in Trans Mountain’s risk assessment for the Burnaby Terminal. A second report prepared by Burnaby’s Deputy Fire Chief identified gaps in Trans Mountain’s analysis of fire risks and fire response capability.

[339] Burnaby acknowledges that the Board recognized these gaps and deficiencies. Thus, it found that while Trans Mountain claimed that boil-over events are unlikely, Trans Mountain “did not quantify the risks through a rigorous analysis” and that “a complete assessment of risk requires consideration of the cumulative risk from all tanks at a terminal”. Burnaby argues, however, that despite recognizing this deficiency, the Board then failed to require Trans Mountain to provide further information and assessment prior to the issuance of the Board’s report. Instead, the Board imposed conditions requiring Trans Mountain to file for the Board’s approval a report revising the terminal risk assessments, including the Burnaby Terminal risk assessment, and including consideration of

présente thèse reprend en gros les mêmes questions, sans invoquer l’équité procédurale.

[336] L’essentiel de la préoccupation de Burnaby ressort de sa prétention selon laquelle il existe [TRADUCTION] « un principe de droit fondamental selon lequel le tribunal doit apprécier et trancher la preuve contradictoire. Il ne peut pas décider que certaines conclusions soient tirées après le jugement ».

[337] L’examen de cette prétention se fait plus facilement si on la traduit en termes concrets. Les risques que l’on reproche à l’Office d’avoir négligés sont ceux que présente le terminal de Burnaby, le tunnel à travers le mont Burnaby, le terminal maritime Westridge, le manque de ressources pour une intervention d’urgence en cas d’incendie au terminal maritime Westridge et au terminal de Burnaby et, enfin, le risque relatif à l’évacuation de l’Université Simon Fraser à la suite d’un incident au terminal de Burnaby. L’argument précis et détaillé concernant l’évaluation des risques associés au terminal de Burnaby illustre bien les préoccupations de cette ville.

[338] Pour ce qui est de l’évaluation des risques associés au terminal de Burnaby effectuée par Trans Mountain, Burnaby renvoie au rapport de son expert, M. Ivan Vince, Ph. D., qui a relevé des lacunes dans les renseignements fournis. Un deuxième rapport, préparé par le chef adjoint du service d’incendie de Burnaby, relève des lacunes dans l’analyse effectuée par Trans Mountain des risques d’incendie et de la capacité d’intervention.

[339] Burnaby reconnaît que l’Office a admis l’existence de ces lacunes. Il a en effet conclu que, bien que Trans Mountain ait soutenu que des débordements par bouillonnement étaient improbables, elle [TRADUCTION] « n’a pas quantifié les risques au moyen d’une analyse rigoureuse » et qu’une [TRADUCTION] « évaluation complète des risques exige un examen des risques cumulatifs présentés par l’ensemble des réservoirs d’un terminal ». Burnaby fait toutefois valoir que, même s’il a reconnu ces lacunes, l’Office a omis d’exiger que Trans Mountain fournisse des renseignements additionnels et une nouvelle évaluation avant la publication de son rapport. L’Office a plutôt imposé à Trans Mountain de lui soumettre, pour approbation, un rapport à jour comportant

the risks not assessed (Conditions 22 and 129 [Board’s report, at page 95]).

des évaluations des risques pour les terminaux, y compris pour celui de Burnaby, ainsi qu’un examen des risques non évalués (conditions 22 et 129).

[340] Condition 22 specifically required the revised risk assessment to quantify and/or include the following [Board’s report, at page 424]:

[340] La condition 22 exige expressément que l’évaluation des risques à jour quantifie ou comprenne ce qui suit [rapport de l’Office, à la page 440] :

- |   |   |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>a) the effect of any revised spill burn rates;</li> <li>b) the potential consequences of a boil-over;</li> <li>c) the potential consequences of flash fires and vapour cloud explosions;</li> <li>d) the cumulative risk based on the total number of tanks in the terminal, considering all potential events (pool fire, boil-over, flash fire, vapour cloud explosion);</li> <li>e) the domino (knock-on) effect caused by a release of the contents of one tank on other tanks within the terminals and impoundment area(s), or other tanks in adjacent impoundment areas; and,</li> <li>f) risk mitigation measures, including ignition source control methods.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>a) l’effet de la révision de la vitesse de combustion pour les déversements;</li> <li>b) les conséquences potentielles d’un débordement par bouillonnement;</li> <li>c) les conséquences potentielles d’un feu à inflammation instantanée ou d’une explosion du panache de vapeurs;</li> <li>d) le risque cumulatif selon le nombre total de réservoirs dans le terminal, en tenant compte de tous les événements possibles (feu en nappe, débordement par bouillonnement, du panache de vapeurs);</li> <li>e) l’effet domino (réaction en chaîne) causé par le déversement du contenu d’un réservoir sur d’autres réservoirs faisant partie des bassins de retenue communs pour le terminal, ou d’autres réservoirs dans des bassins de retenue adjacents;</li> <li>f) les mesures d’atténuation des risques, notamment les méthodes de contrôle des sources d’inflammation.</li> </ul> |
|---|---|

[341] The Board [at page 424] required that for those risks that could not be eliminated “Trans Mountain must demonstrate in each risk assessment that mitigation measures will reduce the risks to levels that are As Low As Reasonably Practicable (ALARP) while complying with the Major Industrial Accidents Council of Canada (MIACC) criteria for risk acceptability.”

[341] L’Office [à la page 440] a exigé, en ce qui concerne les risques qui ne peuvent pas être éliminés, que « Trans Mountain [...] démontre dans chacune des évaluations des risques que les mesures d’atténuation permettent de réduire les risques au niveau le plus bas raisonnablement possible (NBRP) tout en répondant aux critères du Conseil canadien des accidents industriels majeurs (CCAIM) pour l’acceptabilité des risques ».

[342] Burnaby concludes its argument on this point by stating that this demonstrates that when the Board completed its report and made its recommendation to the Governor in Council the Board did not have information on the risks enumerated in Condition 22, or information on whether these risks could be mitigated. It follows, Burnaby submits, that the Board failed in its duty to weigh and decide conflicting evidence.

[342] Burnaby conclut son argument sur ce point en déclarant qu’il découle de ce qui précède que, lorsqu’il a terminé son rapport et a fait sa recommandation au gouverneur en conseil, l’Office ne disposait d’aucun renseignement sur les risques énumérés à la condition 22 ni de renseignements sur la possibilité de les atténuer. Il s’ensuit, selon Burnaby, que l’Office a manqué à son obligation d’apprécier et de trancher la preuve contradictoire.

[343] Burnaby advances similar arguments in respect of the other risks described above.

[344] In my view, Burnaby's argument illustrates that the Board did look critically at the competing expert evidence about risk assessment. After weighing the competing expert reports, the Board determined that Burnaby's evidence did reveal gaps and deficiencies in Trans Mountain's risk assessments. Burnaby's real complaint is not that the Board did not consider and weigh conflicting evidence. Rather, its complaint is that the Board did not then require Trans Mountain to in effect re-do its risk assessment.

[345] However this, in my respectful view, overlooks the Board's project approval process, a process described in detail at paragraphs 285 to 287 above.

[346] This process does not require a proponent to file in its application information about every technical engineering detail. What is required is that by the end of the Board's hearing the Board have sufficient information before it to allow it to form its recommendation to the Governor in Council about whether the project is in the public interest and, if approved, what conditions should attach to the project. Included in the consideration of the public interest is whether the project can be constructed, operated and maintained safely.

[347] This process reflects the technical complexity of projects put before the Board for approval. What was before the Board for consideration was Trans Mountain's study and application for approval of a 150 metre-wide pipeline corridor for the proposed pipeline route. At the hearing stage much of the information filed with the Board about the engineering design was at a conceptual or preliminary level.

[348] Once a project is approved, one of the next steps in the regulatory process is a further hearing for the purpose of confirming the detailed routing of a project. Only after the detailed route is approved by the Board can site-specific engineering information be prepared and filed with the Board. Similarly, detailed routing

[343] Burnaby fait valoir des arguments similaires à l'égard des autres risques mentionnés.

[344] À mon avis, l'argument de Burnaby démontre que l'Office a, au contraire, examiné de façon critique la preuve d'expert contradictoire sur l'évaluation des risques. Après avoir apprécié les rapports d'expert contradictoires, l'Office a conclu que la preuve de Burnaby révélait effectivement des lacunes dans les évaluations des risques effectuées par Trans Mountain. Le véritable reproche de Burnaby n'est pas tant que l'Office n'a pas examiné et apprécié la preuve contradictoire, mais plutôt que l'Office n'a pas enjoint à Trans Mountain de reprendre son évaluation des risques.

[345] Or, à mon avis, ce reproche méconnaît le processus d'approbation de l'Office décrit précédemment, aux paragraphes 285 à 287.

[346] Ce processus n'exige pas que le promoteur inclue dans sa demande tous les détails techniques. Ce qu'il exige, c'est qu'à la fin du processus d'audience, l'Office dispose de suffisamment de renseignements pour lui permettre de formuler sa recommandation au gouverneur en conseil quant à savoir si le projet est dans l'intérêt public et, s'il est approuvé, de quelles conditions il faudrait l'assortir. Pour déterminer ce qui est dans l'intérêt public, il faut notamment décider si le projet peut être construit, exploité et entretenu de façon sécuritaire.

[347] Ce processus tient compte de la complexité technique des projets présentés à l'Office aux fins d'approbation. Ce dont était saisi l'Office était l'étude faite par Trans Mountain et la demande d'approbation présentée par cette dernière visant un couloir de 150 mètres de largeur pour le tracé du pipeline proposé. À l'étape de l'audience, la plupart des renseignements présentés en lien avec la conception technique étaient d'ordre conceptuel ou étaient préliminaires.

[348] Après l'approbation du projet, la prochaine étape du processus réglementaire consiste en la tenue d'une audience supplémentaire pour confirmer le tracé détaillé du projet. Ce n'est qu'après l'approbation par l'Office du tracé détaillé que les renseignements sur les aspects techniques propres au site peuvent être préparés et déposés

information is necessary before things such as a fully detailed emergency response plan acceptable to the Board may be prepared and filed (report, page 7).

[349] The Board describes the approval of a project to be “just one phase” in the Board’s lifecycle regulation. Thereafter the Board’s public interest determination “relies upon the subsequent execution of detailed design, construction, operation, maintenance and, ultimately, abandonment of a project in compliance with applicable codes, commitments and conditions” (report, page 19).

[350] As stated above, implicit in the Board’s imposition of a condition is the Board’s expert view that the condition can realistically be complied with, and that compliance with the condition will allow the pipeline to be constructed, operated and maintained in a safe manner. After the Board imposes conditions, mechanisms exist for the Board to assess information filed in response to its conditions and to oversee compliance with its conditions.

[351] Burnaby obviously disagrees with the Board’s assessment of risk. However, Burnaby has not shown that the Board’s approval process is in any way contrary to the legislative scheme. Nor has it demonstrated that the approval process impermissibly defers determinations post-judgment. Courts cannot determine issues after a final judgment is rendered because of the principle of *functus officio*. While this principle has some application to administrative decision makers it has less application to the Board whose mandate is ongoing to regulate through a project’s entire lifecycle.

- (ii) Did the Board fail to consider alternative means of carrying out the Project?

[352] As explained above, Burnaby’s concern is that Trans Mountain did not provide sufficient information to allow the Board to conclude that Trans Mountain’s

auprès de l’Office. De même, l’information sur le tracé détaillé doit précéder les autres étapes, comme la présentation et le dépôt d’un plan d’intervention d’urgence détaillé et acceptable aux yeux de l’Office (rapport, page 7).

[349] Selon l’Office, l’approbation du projet ne constitue qu’« une des étapes » du cycle de vie du projet prévu par la réglementation de l’Office. Par conséquent, la détermination de l’intérêt public par l’Office « repose sur l’exécution subséquente de la conception, de la construction, de l’exploitation et, finalement, de la cessation d’exploitation d’un projet en conformité avec les codes, les engagements et les conditions applicables » (rapport, page 19).

[350] Comme nous l’avons vu, en imposant une condition, l’Office estime, sur le fondement de son expertise, qu’elle est réaliste et que son respect permettra de construire, d’exploiter et d’entretenir le pipeline de façon sécuritaire. Des mécanismes permettent ensuite à l’Office d’évaluer les renseignements déposés en réponse aux conditions et d’en surveiller le respect.

[351] Manifestement, Burnaby rejette l’évaluation des risques effectuée par l’Office. Elle n’a toutefois pas démontré que le processus d’approbation de ce dernier est de quelque façon contraire au régime législatif ni qu’il reporte de façon inacceptable certaines conclusions à une date ultérieure au jugement. Les cours de justice ne peuvent pas trancher des questions après le prononcé d’un jugement définitif en raison du principe du dessaisissement. Ce principe s’applique dans une certaine mesure aux décideurs administratifs, mais il s’applique dans une moindre mesure à l’Office, dont le mandat permanent est de régler les projets tout au long de leur cycle de vie.

- (ii) L’Office a-t-il omis d’examiner des solutions de rechange pour la réalisation du projet?

[352] Comme nous l’avons expliqué plus haut, Burnaby estime que Trans Mountain n’a pas fourni des renseignements suffisants pour permettre à l’Office de conclure que

assessment of alternatives was adequate. Burnaby says that the Board simply accepted Trans Mountain's unsupported assertion that the alternatives would result in "significantly greater cost, larger footprint and additional environmental effects, as compared to expanding existing facilities" [Board's report, at page 242] without testing Trans Mountain's assertion. Burnaby argues that evidence is required to support that assertion "so that the evidence may be tested by intervenors and weighed by the Board in determining whether the preferred location is the best environmental alternative and in the public interest" (Burnaby's memorandum of fact and law, paragraph 136).

[353] I begin consideration of Burnaby's submission with the observation that Burnaby's challenge is a challenge to the Board's assessment of the sufficiency of the evidence before it. The Board, as an expert Tribunal, is entitled to significant deference when making such a fact-based assessment.

[354] Moreover, in my respectful view, Burnaby's submission fails to take into account that paragraph 19(1)(g) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* does not require the Board to have regard to any and all alternative means of carrying out a designated project. The Board is required to consider only those alternative means that are "technically and economically feasible".

[355] While Burnaby relies upon guidance from the Canadian Environmental Assessment Agency as to the steps to be followed in the assessment of alternative means, and also relies upon the guidance set out in the Board's Filing Manual about the filing requirements for the consideration of alternatives, these criteria apply only to the treatment of true alternatives, that is alternatives that are technically and economically feasible.

[356] I now turn to Burnaby's specific concern that the Board simply accepted Trans Mountain's assertion that Project alternatives would result in "significantly greater cost, larger footprint and additional environmental effects, as compared to expanding existing facilities" [report, at page 242] without testing this assertion. Burnaby argues that the Board was obliged to require that Trans

son évaluation des solutions de rechange était adéquate. Selon Burnaby, l'Office a simplement accepté, sans la vérifier, l'affirmation non étayée de Trans Mountain selon laquelle les solutions de rechange « augmenter[aient] considérablement les coûts, élargir[aient] l'empreinte et alourdir[aient] les effets sur l'environnement comparativement à l'agrandissement des installations existantes » [rapport, à la page 250]. Burnaby soutient que cette affirmation doit être appuyée par une preuve [TRADUCTION] « pour que les intervenants puissent vérifier cette preuve et que l'Office décide si l'emplacement privilégié représente la meilleure solution de rechange quant à l'environnement et à l'intérêt public » (mémoire des faits et du droit de Burnaby, paragraphe 136).

[353] J'aborde la prétention de Burnaby en faisant observer que cette dernière n'est pas d'accord avec l'Office pour dire que la preuve qui lui a été présentée était suffisante. En tant que tribunal administratif spécialisé, l'Office a droit à une grande déférence à l'égard de ses conclusions factuelles.

[354] De plus, à mon avis, la prétention de Burnaby fait fi de l'alinéa 19(1)g) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, qui n'exige pas que l'Office examine toute solution de rechange pour la réalisation du projet désigné. Il n'est tenu que d'examiner les solutions de rechange « réalisables sur les plans technique et économique ».

[355] Burnaby invoque les orientations données par l'Agence canadienne d'évaluation environnementale quant aux étapes à suivre pour l'évaluation des solutions de rechange ainsi que celles figurant dans le Guide de dépôt au sujet des exigences de dépôt à cet égard, mais ces critères s'appliquent uniquement au traitement des véritables solutions de rechange, soit celles réalisables sur les plans technique et économique.

[356] Je me penche ensuite sur la préoccupation précise de Burnaby selon laquelle l'Office s'est contenté d'accepter, sans la vérifier, l'affirmation de Trans Mountain que des solutions de rechange au projet « augmenteraient[ent] considérablement les coûts, élargiraient[ent] l'empreinte et alourdiraient[ent] les effets sur l'environnement comparativement à l'agrandissement des installations existantes »

Mountain provide evidence about alternative routes and locations for the Burnaby Terminal and the Westridge Marine Terminal so that the evidence could be tested by it and other interveners.

[357] The impugned quotation comes from Trans Mountain's response to Burnaby's first Information Request (Exhibit H to the affidavit of Derek Corrigan). As previously referred to above at paragraph 269, in addition to Burnaby's Information Requests, the Board also served two Information Requests on Trans Mountain questioning it about alternative marine terminals.

[358] The preamble to the Board's second Information Request referenced Trans Mountain's first response to the Board in which it stated that it had considered potential alternative marine terminal locations based on the feasibility of coincident marine and pipeline access, and screened them based on technical, economic, and environmental considerations. The preamble also referenced Trans Mountain's response that it had ultimately concluded that constructing and operating a new marine terminal and supporting infrastructure would result in significantly greater cost, a larger footprint and significantly greater environmental effects as compared to the existing facilities. Based on this conclusion Trans Mountain did not continue with a further assessment of alternative termini for the Project.

[359] One of the specific inquiries directed to Trans Mountain by the Board in its second Information Request was:

Please elaborate on Trans Mountain's rationale for the Westridge Marine Terminal as the preferred alternative, including details to justify Trans Mountain's statement in [Trans Mountain's response to the Board's first Information Request] that constructing and operating a new marine terminal and supporting infrastructure would result in significantly greater cost, a larger footprint, and additional

[rapport, à la page 250]. Burnaby soutient que l'Office avait l'obligation d'exiger que Trans Mountain fournisse une preuve concernant des tracés et emplacements de rechange au terminal de Burnaby et au terminal maritime Westridge pour permettre aux intervenants, dont elle, de la vérifier.

[357] La citation contestée provient de la réponse fournie par Trans Mountain à la première demande de renseignements présentée par Burnaby (pièce H jointe à l'affidavit de Derek Corrigan). Comme nous l'avons vu au paragraphe 269, en plus des demandes de renseignements de Burnaby, l'Office a aussi signifié deux demandes de renseignements à Trans Mountain dans lesquelles il l'interrogeait sur l'existence de terminaux maritimes de rechange.

[358] Le préambule de la deuxième demande de renseignements de l'Office renvoyait à la première réponse que Trans Mountain avait donnée à l'Office. Elle y déclarait avoir étudié d'autres emplacements possibles pour le terminal maritime en se basant sur la faisabilité d'un accès maritime et d'un accès pipelinier qui coïncident, et les avoir évalués en se basant sur des facteurs techniques, économiques et environnementaux. Le préambule renvoyait aussi à la réponse de Trans Mountain selon laquelle elle était parvenue à la conclusion que la construction et l'exploitation d'un nouveau terminal maritime et de l'infrastructure connexe augmenteraient considérablement les coûts, élargiraient l'empreinte et alourdiraient les effets sur l'environnement comparativement à l'agrandissement des installations existantes. Vu cette conclusion, Trans Mountain n'a pas poursuivi son évaluation de terminaux de rechange pour le projet.

[359] L'une des questions précises que l'Office a posées à Trans Mountain dans sa deuxième demande de renseignements était la suivante :

[TRADUCTION] Veuillez expliquer plus en détail la raison pour laquelle Trans Mountain privilégie la solution du terminal maritime Westridge, notamment en fournissant des renseignements à l'appui de la déclaration de Trans Mountain [dans sa réponse à la première demande de renseignements] selon laquelle la construction et l'exploitation d'un nouveau terminal maritime et des infrastructures



environmental effects, as compared to expanding existing facilities.

[360] In its response to the Board, Trans Mountain began by explaining the consideration it had given the option of a northern terminal. Trans Mountain's assessment ultimately "favoured expansion of the existing system south over a new northern lateral [pipeline] and terminal." This assessment was based on the following considerations. The northern option involved:

- A 250 kilometre longer pipeline with a concomitant 10 percent to 20 percent higher project capital cost.
- Greater technical challenges, including routing through high alpine areas of the Coast Mountains, or extensive tunneling to avoid these areas. These technical challenges, while not determined to be insurmountable, resulted in greater uncertainty for both cost and construction schedule.
- Fewer opportunities to benefit from existing operations, infrastructure and relationships. These benefits involved both using the existing Trans Mountain right-of-way, facilities, programs and personnel, and the synergies flowing from other existing infrastructure such as road access, power, and marine infrastructure. The inability to benefit from existing operations would increase the footprint and the potential impact of the northern option.

[361] Based on these considerations, Trans Mountain concluded that expansion along the existing Trans Mountain pipeline route was the more favourable option because of the higher costs and the greater uncertainty of both cost and schedule that accompanied the northern option.

[362] Trans Mountain then turned to explain its consideration of the alternative southern terminals. Five

connexes augmenteraient considérablement les coûts, élargiraient l'empreinte et alourdiraient les effets sur l'environnement comparativement à l'agrandissement des installations existantes.

[360] En réponse à l'Office, Trans Mountain a commencé par expliquer comment elle s'y était prise pour évaluer l'option d'un terminal situé plus au nord. Au terme de son évaluation, Trans Mountain [TRADUCTION] « a privilégié l'agrandissement du réseau actuel au sud plutôt qu'un nouveau [pipeline] latéral et un nouveau terminal au nord ». L'évaluation reposait sur les considérations suivantes. L'option nord :

- allongerait le pipeline de 250 kilomètres, ce qui entraînerait des dépenses d'immobilisations supplémentaires de 10 à 20 p. 100;
- aggraverait les défis techniques, notamment pour faire passer le tracé dans des zones de hautes montagnes de la chaîne côtière, ou obligerait à creuser des tunnels importants pour éviter ces zones. Ces défis techniques, bien qu'ils n'aient pas été jugés insurmontables, exacerberaient l'incertitude quant aux coûts et au calendrier des travaux.
- réduirait les possibilités de tirer parti des activités, de l'infrastructure et des relations existantes. Pour bénéficier de ces avantages, il faut utiliser l'emprise, les installations, les programmes et le personnel actuels de Trans Mountain et les synergies découlant d'autres infrastructures existantes comme l'accès routier, l'électricité et l'infrastructure maritime. L'impossibilité de profiter des activités actuelles élargirait l'empreinte et les possibles incidences de l'option nord.

[361] Eu égard à ces considérations, Trans Mountain a conclu que l'agrandissement le long du tracé actuel du pipeline de Trans Mountain était préférable en raison des coûts plus élevés et de l'incertitude accrue quant aux coûts et au calendrier associés à l'option nord.

[362] Trans Mountain a ensuite expliqué son évaluation des terminaux de rechange situés au sud. Cinq

southern alternative locations were considered: (i) Howe Sound, which was eliminated because there was no feasible pipeline access west of Hope, it would require a new lateral pipeline from the Kamloops area, it involved extreme terrain and there was limited land available in close proximity for storage facilities; (ii) Vancouver Harbour, which was eliminated because there were no locations with coincident feasible pipeline access and no land for storage facilities; (iii) Sturgeon Bank, which was eliminated because there was no feasible land available in close proximity for storage facilities; (iv) Washington State, which was eliminated because it involved a longer pipeline and complex regulatory issues (including additional permits required by both Washington State and federal authorities); and, (v) Boundary Bay, which was eliminated because of insufficient water depth.

[363] This left for consideration Roberts Bank. Trans Mountain conducted a screening level assessment based on “desktop studies” of technical, economic and environmental considerations for marine access, storage facilities and pipeline routing for a terminal at that location.

[364] After setting out the assumed technical configuration for the Roberts Bank dock, storage and pipeline, Trans Mountain reviewed the engineering and geotechnical considerations. While no unsurmountable engineering or geotechnical issues were identified, Trans Mountain’s assessment showed that relative to the Westridge Marine Terminal, the Roberts Bank alternative “required a significantly larger dock structure, a large new footprint for the storage terminal, a longer right of way, and a greater diversion from the existing corridor. The extent and cost of ground improvement necessary for the dock and storage terminal also presented a significant source of uncertainty”.

[365] Trans Mountain then reviewed the relevant environmental considerations. Trans Mountain’s assessment showed that while both Westridge and Roberts Bank:

... have unique and important environmental values, based on the setting the environmental conditions at

emplacements possibles ont été examinés : i) la baie Howe, éliminée parce qu’elle n’offrait pas un accès pipelinier faisable viable à l’ouest de Hope; qu’il faudrait construire un nouveau pipeline latéral depuis la région de Kamloops et composer avec un relief extrême et des terres limitées à proximité des installations de stockage; ii) le port de Vancouver, éliminé en raison de l’absence d’emplacements permettant un accès pipelinier faisable et de terrains pour les installations de stockage; iii) Sturgeon Bank, éliminé pour cause d’absence de terrains pour les installations de stockage; iv) l’État de Washington, éliminé parce qu’il faudrait un pipeline plus long et que cette solution causerait des tracés administratifs complexes (dont l’obtention de permis additionnels, exigés tant par l’État de Washington que par les autorités fédérales); v) la baie Boundary, éliminée parce qu’elle n’était pas assez profonde.

[363] Il restait donc Roberts Bank. Trans Mountain a réalisé une évaluation préalable fondée sur une étude documentaire concernant les facteurs techniques, économiques et environnementaux relatifs à l’accès maritime, aux installations de stockage et au tracé du pipeline vers un terminal situé à cet endroit.

[364] Après avoir exposé la configuration technique du quai, des installations de stockage et du pipeline pour l’option Roberts Bank, Trans Mountain a examiné les facteurs techniques et géotechniques. Il n’y avait aucun problème technique ou géotechnique insurmountable, mais l’évaluation de Trans Mountain démontrait que, par rapport au terminal maritime Westridge, cette option [TRADUCTION] « nécessitait des structures de quai beaucoup plus importantes, élargirait l’empreinte pour le terminal de stockage, nécessiterait une emprise plus longue et une déviation plus grande du corridor actuel. L’étendue et le coût des améliorations du terrain nécessaires pour le quai et le terminal de stockage étaient aussi source de grande incertitude ».

[365] Trans Mountain a ensuite examiné les facteurs environnementaux pertinents. Son évaluation montrait que tant Westridge que Roberts Bank :

[TRADUCTION] [...] ont des valeurs environnementales uniques et importantes, mais, compte tenu de la situation,

Roberts Bank appeared to be more substantial and uncertain than at Westridge Terminal, particularly given the larger footprint required for the dock and storage terminal. Without effective mitigation accidents or malfunctions at Roberts Bank could result in greater and more immediate consequences for the natural [environment].

[366] Trans Mountain then detailed the salient First Nations' considerations. For the purpose of the screening assessment, Trans Mountain assumed First Nation concerns and interests to be similar to those for the Westridge Terminal and likely to include concerns for impacts on traditional rights, environmental protection, and potential interest in economic opportunities.

[367] Trans Mountain then reviewed the land use considerations, concluding that relative to the Westridge Terminal "the Roberts Bank alternative would result in a greater change in land use both for the storage terminal and the dock structure. As surrounding development is less than that for Westridge accidents or malfunctions at this location would be expected to affect fewer people".

[368] Trans Mountain's assessment next looked to the estimated cost differences. While operating costs were not quantified for comparison purposes, "given the additional dock and storage terminal required these costs would be higher for the Roberts Bank alternative".

[369] The assessment then looked at marine access considerations. While Roberts Bank offered a shorter and relatively less complex marine transit:

[T]here is an existing well established marine safety system for vessels calling at Westridge. Although Roberts Bank would allow service to larger vessels which would result in potentially lower transport costs for shippers and lower probability of oil spill accidents larger cargos result in potentially larger spill volumes. While the overall effect on marine spill risk was not determined it is expected

les conditions environnementales à Roberts Bank semblaient plus difficiles et incertaines qu'au terminal Westridge, notamment en raison de l'empreinte accrue requise pour le quai et le terminal de stockage. L'absence de mesures d'atténuation efficaces en cas d'accident ou de mauvais fonctionnement à Roberts Bank pourrait entraîner des conséquences plus graves et plus rapides pour [le milieu] naturel.

[366] Trans Mountain a ensuite exposé en détail les principales considérations présentées par les Premières Nations. Pour les besoins de l'évaluation préalable, Trans Mountain a supposé que les préoccupations et intérêts des Premières Nations à l'égard de l'option Roberts Bank étaient semblables à celles qu'elles avaient l'égard du terminal Westridge : incidences sur les droits ancestraux, protection de l'environnement et intérêt économique.

[367] Après avoir examiné les considérations liées à l'utilisation des terres, Trans Mountain a conclu que, en comparaison au terminal Westridge, [TRADUCTION] « l'option Roberts Bank changerait davantage l'utilisation des terres tant pour le terminal de stockage que pour la structure du quai. Comme il y a moins d'aménagements dans les environs de Roberts Bank que de Westridge, on s'attend à ce que, dans l'éventualité d'un accident ou d'une défaillance, moins de personnes soient touchées ».

[368] Trans Mountain a poursuivi son évaluation par un examen de la différence de coûts estimée. Bien que les coûts d'exploitation n'aient pas été quantifiés aux fins de comparaison, [TRADUCTION] « étant donné le quai et le terminal de stockage additionnels requis, ces coûts seraient plus élevés dans le cas de l'option Roberts Bank ».

[369] L'évaluation a ensuite porté sur les considérations liées à l'accès maritime. Certes, l'option Roberts Bank offrait un parcours maritime plus court et un peu moins complexe, mais :

[TRADUCTION] [I]l y a actuellement un système de sécurité maritime bien établi pour les navires qui font escale à Westridge. Roberts Bank permettrait de desservir des navires plus grands, ce qui réduirait peut-être les coûts de transport et les risques d'accident avec déversement de pétrole, mais de grandes cargaisons emportent le risque de déversements abondants. Bien qu'on n'ait pas déterminé

that larger cargos would require a greater investment in spill response.

[370] Trans Mountain then set out the conclusions it drew from its assessment. While the Westridge and Roberts Bank terminal alternatives each had positive and negative attributes, especially when viewed from any one perspective, overall Trans Mountain's rationale for the Westridge Marine Terminal as a preferred alternative was based on the expectation that Roberts Bank would result in:

- Significantly greater cost—Trans Mountain estimated a \$1.2 billion higher capital cost and assumed higher operating costs for the Roberts Bank alternative.
- A larger footprint and additional environmental effects—Roberts Bank would result in an additional storage terminal with an estimated 100 acres of land required, a larger dock structure with a 7 kilometre trestle, and a 14 kilometre longer pipeline that diverges further from the existing pipeline corridor.

[371] I have set out Trans Mountain's response to the Board at some length because of the importance of this issue to Burnaby. In my view, two points arise from Trans Mountain's response to the Board.

[372] First, its response was not as conclusory as Burnaby's submission might suggest. Second, Trans Mountain's explanation for eliminating a northern alternative and the six, southern alternatives on the ground they were not technically or economically feasible was based on factual and technical considerations well within the expertise of the Board. To illustrate, the Board would have an understanding of the technical challenges posed when routing through high alpine areas. It would also be familiar with considerations such as the expense and environmental impact that accompany the construction of a longer pipeline, away from an existing pipeline corridor, or a new storage facility. The Board would have an

l'effet global sur le risque de déversement en milieu marin, on s'attend à ce que de grandes cargaisons nécessitent un investissement accru destiné aux interventions en cas de déversement.

[370] Trans Mountain a ensuite énoncé les conclusions qu'elle a tirées à la suite de son évaluation. Les options Westridge et Roberts Bank comportaient chacune des points positifs et négatifs, qui ressortaient tout particulièrement à la lumière de tel ou tel critère, mais, de façon générale, Trans Mountain privilégie l'option du terminal maritime Westridge, car l'option Roberts Bank donnerait lieu selon elle à :

- des coûts beaucoup plus élevés — Trans Mountain a estimé à 1,2 milliard de dollars la différence de coût, les coûts d'exploitation étant, selon elle, plus élevés pour l'option Roberts Bank;
- une empreinte et des effets accrus sur l'environnement — à Roberts Bank, il y aurait un terminal de stockage additionnel qui exigerait un terrain d'environ 100 acres, des structures de quai plus importantes comportant un pont sur chevalets de 7 kilomètres et un pipeline de 14 kilomètres de plus qui s'écarte davantage du couloir pipelinier existant.

[371] Je reprends en détail la réponse donnée par Trans Mountain à l'Office compte tenu de l'importance de cette question pour Burnaby. À mon avis, deux points découlent de cette réponse.

[372] Premièrement, la réponse n'était pas aussi déterminante que ce que Burnaby semble avancer. Deuxièmement, l'explication donnée par Trans Mountain pour avoir écarté la solution de rechange au nord et les six autres au sud au motif qu'elles n'étaient pas réalisables sur les plans technique et économique reposait sur des considérations factuelles et techniques qui relevaient tout à fait de l'expertise de l'Office. À titre d'exemple, l'Office est réputé comprendre les défis techniques posés par un tracé dans des zones de hautes montagnes. Il est aussi réputé connaître les considérations telles que les coûts et les conséquences environnementales inhérentes à la construction d'un pipeline plus long, qui s'écarte du

appreciation of the need for coincident pipeline access and land for storage facilities and of the efficiencies that flow from things such as the use of existing infrastructure and relationships.

[373] In relevant part, the Board's conclusion on alternative means was [at page 244]:

*The Board finds that Trans Mountain's route selection process, route selection criteria, and level of detail for its alternative means assessment are appropriate. The Board further finds that aligning the majority of the proposed pipeline route alongside, and contiguous to, existing linear disturbances is reasonable, as this would minimize the environmental and socio-economic impacts of the Project.*

*The Board acknowledges the concern raised by the City of Burnaby that Trans Mountain did not provide an assessment of the risks, impacts and effects of the alternate marine terminal locations at Kitimat, B.C., or Roberts Bank in Delta, B.C. The Board finds that Trans Mountain has provided an adequate assessment, including consideration of technical, socio-economic and environmental effects, of technically and economically feasible alternative marine terminal locations. [Underlining added.]*

[374] Burnaby has not demonstrated that the Board's finding that Trans Mountain provided an appropriate level of detail in its alternative means assessment was flawed. This was a fact-based assessment well within the Board's area of expertise.

- (iii) Did the Board fail to look at the West Alternative as an alternative route for the new pipeline?

[375] In its project application, Trans Mountain initially proposed four alternative routes for the new pipeline through the Coldwater River Valley. These were referred to as the Modified Reserve Route, the East Alternative, the Modified East Alternative and the West Alternative. While initially its preferred route was identified to be the East Alternative, Trans Mountain later changed its preferred route to be the Modified East Alternative. Coldwater alleges that at some point early in the process Trans

corridor pipelinier existant, ou d'une nouvelle installation de stockage. L'Office est réputé comprendre la nécessité d'un accès pipelinier et des installations de stockage qui coïncident et l'efficacité qui découle, par exemple, du recours aux infrastructures et aux relations existantes.

[373] Voici la partie pertinente de la conclusion de l'Office [à la page 252] sur les solutions de rechange :

*L'Office juge appropriés le mécanisme et les critères de sélection du tracé, ainsi que le niveau de détail, retenus pour son évaluation d'autres moyens. L'Office juge en outre raisonnable [...] l'alignement de la majeure partie du tracé pipelinier proposé dans l'axe des perturbations linéaires existantes et contiguës à celles-ci, car il réduit au minimum les incidences environnementales et socio-économiques éventuelles du projet.*

*L'Office prend acte de la préoccupation soulevée par la Ville de Burnaby, qui a affirmé que Trans Mountain n'a pas produit d'évaluation des risques, des répercussions et des effets des emplacements de rechange du terminal maritime à Kitimat (C.-B.) ou à Roberts Bank, à Delta (C.-B.). L'Office juge que Trans Mountain a fourni une évaluation suffisante, et notamment qu'elle a tenu compte des effets techniques, socioéconomiques et environnementaux d'autres emplacements réalisables sur les plans technique et économique pour le terminus maritime. [Non souligné dans l'original.]*

[374] Burnaby n'a pas démontré que l'Office avait conclu à tort que Trans Mountain avait adéquatement justifié son évaluation des solutions de rechange. Cette évaluation reposait sur des faits et relevait entièrement du champ d'expertise de l'Office.

- (iii) L'Office a-t-il omis d'envisager l'option ouest comme tracé de rechange pour le nouveau pipeline?

[375] Trans Mountain a initialement proposé, dans sa demande de projet, quatre tracés de rechange dans la vallée de la rivière Coldwater pour le nouveau pipeline : le tracé modifié dans la réserve, la solution de rechange est, la solution de rechange est modifiée ainsi que l'option ouest. Trans Mountain privilégiait d'abord la solution de rechange est, mais elle a ensuite opté pour la solution de rechange est modifiée. Les Coldwater soutiennent qu'au début du processus, Trans Mountain a unilatéralement

Mountain unilaterally withdrew the West Alternative from consideration without notice to Coldwater. Coldwater also alleges that the East and Modified East Alternatives pose the greatest risk of contaminating the aquifer that supplies drinking water to the Coldwater Reserve, and that the West Alternative is the only route to pose no apparent threat to the aquifer.

[376] Before the Board, Coldwater argued that Trans Mountain did not adequately assess alternative locations for the new pipeline through the Coldwater River Valley. Coldwater requested that the Board require a re-examination of routing options for the Coldwater River Valley before any recommendation on the Project was made.

[377] The Board, in its report, acknowledged Coldwater's concerns at pages 241, 285 and 289.

[378] The Board noted, at page 245, that "the detailed route for the Project has not been finalized, and that this hearing assessed the general route for the Project, the potential environmental and socio-economic effects of the Project, as well as all evidence and commitments made by Trans Mountain regarding the design, construction and safe operation of the pipeline and associated facilities."

[379] At page 290 the Board found that Trans Mountain had not sufficiently shown that there was no potential interaction between the aquifer underlying the Coldwater Reserve and the proposed Project route. Therefore, the Board imposed Condition 39 requiring Trans Mountain to file a hydrogeological study to more precisely determine the potential for interactions and impacts on the aquifer and to assess the need for any additional measures to protect the aquifer, including monitoring measures (Condition 39 was described in greater detail above, at paragraph 333).

[380] Coldwater argues that the Board breached its statutory obligation to consider alternative means of carrying out the designated project. Further, this breach cannot be cured at the detailed route hearing because at a detailed route hearing the Board can only consider limited routing options within the approved pipeline corridor.

écarté l'option ouest, sans les aviser. Ils affirment aussi que les solutions de recharge est et est modifiée comportent le plus grand risque de contamination pour l'aquifère fournissant l'eau potable à la réserve de Coldwater et que l'option ouest est la seule qui ne semble présenter aucun risque pour l'aquifère.

[376] Devant l'Office, les Coldwater ont soutenu que Trans Mountain n'avait pas bien évalué les emplacements de recharge pour le nouveau pipeline dans la vallée de la rivière Coldwater. Ils ont demandé à l'Office d'exiger un nouvel examen des options de tracé dans cette vallée avant de faire toute recommandation concernant le projet.

[377] L'Office prend acte, dans son rapport, des préoccupations des Coldwater aux pages 249, 296 et 300.

[378] À la page 253, l'Office signale que « le trajet détaillé du projet n'est pas arrêté et que l'audience en a évalué le trajet général, les effets environnementaux et socioéconomiques possibles, ainsi que tous les éléments de preuve déposés et les engagements pris par Trans Mountain au sujet de la conception, de la construction et de l'exploitation sécuritaire du pipeline et des installations connexes ».

[379] À la page 300, l'Office conclut que Trans Mountain n'a pas bien démontré l'absence d'interaction possible entre l'aquifère qui se trouve dans la réserve de Coldwater et le tracé proposé pour le projet. Par conséquent, l'Office a imposé la condition 39 pour obliger Trans Mountain à déposer une étude hydrogéologique afin de pousser l'étude de l'interaction et des incidences possibles sur l'aquifère et voir si la prise de mesures supplémentaires de protection de l'aquifère s'impose, y compris des mesures de surveillance (la condition 39 est décrite au paragraphe 333 des présents motifs).

[380] Les Coldwater affirment que l'Office a manqué à son obligation légale d'examiner des solutions de recharge pour la réalisation du projet désigné. Ils ajoutent qu'on ne peut remédier à ce manquement à l'audience sur le tracé détaillé parce que l'Office pourra alors uniquement examiner les options de tracé dans le corridor



The West Alternative is well outside the approved corridor. Coldwater submits that the Board's only option at the detailed route hearing is to decline to approve the detailed routing and to reject Trans Mountain's Plan, Profile and Book of Reference (PPBoR); Coldwater says this is an option the Board would be unwilling to pursue given the Project's post-approval momentum.

[381] I agree that at a detailed route hearing the Board may only approve, or refuse to approve, a proponent's PPBoR. However, this does not mean that at a detailed route hearing the Board is precluded from considering routes outside of the approved pipeline corridor.

[382] Subsection 36(1) of the *National Energy Board Act* requires the Board "to determine the best possible detailed route of the pipeline and the most appropriate methods and timing of constructing the pipeline". This provision does not limit the Board to considering the best possible detailed route within the approved pipeline corridor. This was recognized by the Board in *Emera Brunswick Pipeline Company Ltd. (Re)*, 2008 LNCNEB 10 (QL), at page 30.

[383] Additionally, section 21 of the *National Energy Board Act* permits the Board to review, vary or rescind any decision or order, and in *Emera* the Board recognized, at page 31, that where a proposed route is denied on the basis of evidence of a better route outside of the approved pipeline corridor an application may be made under section 21 to vary the corridor in that location.

[384] It follows that the Board would be able to vary the route of the new pipeline should the hydrogeological study to be filed pursuant to Condition 39 require an alternative route, such as the West Alternative route, in order to avoid risk to the Coldwater aquifer.

[385] As the pipeline route through the Coldwater River Valley remains a live issue, depending on the findings of the hydrogeological report, it follows that Coldwater has not demonstrated that the Board breached its statutory obligation to consider alternative means.

de pipeline approuvé. L'option ouest se trouve bien en dehors du corridor approuvé. Selon les Coldwater, à l'audience sur le tracé détaillé, la seule option que devrait retenir l'Office serait de refuser d'approuver le tracé détaillé et de rejeter les plans, profils et livres de renvoi (PPLR) de Trans Mountain; or, selon les Coldwater, il s'agit d'une option que l'Office ne voudra pas envisager étant donné que la réalisation du projet s'accélérera après l'approbation.

[381] Certes, à l'audience sur le tracé détaillé, l'Office peut uniquement approuver ou refuser d'approuver les PPLR d'un promoteur. Toutefois, il ne s'ensuit pas que l'Office est inhabile, lors de cette audience, à examiner des tracés hors du corridor de pipeline approuvé.

[382] Le paragraphe 36(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* exige que l'Office « détermin[e] [le] meilleur tracé possible et [l]es méthodes et moments les plus appropriés à la construction du pipeline ». Cette disposition ne contraint pas l'Office à examiner uniquement le meilleur tracé possible dans le corridor de pipeline approuvé. C'est la conclusion à laquelle l'Office est arrivé dans la décision *Emera Brunswick Pipeline Company Ltd. (Re)*, 2008 LNCONE 10 (QL), à la page 34.

[383] De plus, l'article 21 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* permet à l'Office de réviser, d'annuler ou de modifier ses ordonnances ou décisions, et l'Office a reconnu dans la décision *Emera*, à la page 35, que lorsque le tracé proposé est refusé parce que la preuve indique un meilleur tracé hors du corridor de pipeline approuvé, une demande peut être présentée en vertu de l'article 21 pour modifier le corridor à cet endroit.

[384] Il s'ensuit que l'Office serait habilité à modifier le tracé du nouveau pipeline si l'étude hydrogéologique devant être déposée conformément à la condition 39 requerrait un autre tracé, comme celui de l'option ouest, pour éviter de mettre en danger l'aquifère de Coldwater.

[385] Comme le tracé du pipeline devant traverser la vallée de la rivière Coldwater n'est pas arrêté et dépendra des conclusions du rapport hydrogéologique, les Coldwater n'ont pas démontré que l'Office a manqué à son obligation légale d'examiner des solutions de rechange.

[386] The next error said to vitiate the Board’s report is its alleged failure to consider alternatives to the Westridge Marine Terminal.

- (c) Did the Board fail to consider alternatives to the Westridge Marine Terminal?

[387] In my view, this issue was fully canvassed in the course of considering Burnaby’s argument that the Board impermissibly failed to decide certain issues for recommended approval of the Project.

- (d) Did the Board err by failing to assess Project-related marine shipping under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*?

[388] Tsleil-Waututh argues that the Board breached the requirements of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* by excluding Project-related marine shipping from the definition of the “designated project” which was to be assessed under that Act. In turn, the Governor in Council is said to have unreasonably exercised its discretion when it relied upon the Board’s materially flawed report—in effect the Governor in Council did not have a “report” before it and, thus, could not proceed to its decision. Tsleil-Waututh adds that the Board failed to comply with the requirements of subsection 31(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* by:

- i. failing to determine whether the environmental effects of Project-related marine shipping are likely, adverse and significant;
- ii. concluding that the Project is not likely to cause significant adverse environmental effects; and,
- iii. failing to determine whether the significant adverse environmental effects likely to be caused by Project-related marine shipping can be justified under the circumstances.

[386] On reproche également au rapport de l’Office de n’avoir pas analysé de solutions de rechange au terminal maritime Westridge.

- c) L’Office a-t-il omis d’examiner des solutions de rechange au terminal maritime Westridge?

[387] À mon avis, nous avons amplement étudié la question en analysant la prétention de Burnaby selon laquelle l’Office avait, de façon inacceptable, omis de trancher certaines questions avant de recommander l’approbation du projet.

- d) L’Office a-t-il erré en n’évaluant pas le transport maritime en lien avec le projet sous le régime de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*?

[388] Les Tsleil-Waututh soutiennent que l’Office a manqué aux exigences de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)* en excluant le transport maritime associé au projet de la définition du « projet désigné » devant être évalué sous le régime de cette loi. Quant au gouverneur en conseil, il aurait selon eux exercé de manière déraisonnable son pouvoir discrétionnaire en s’en remettant au rapport de l’Office, lequel était entaché de vices importants —en fait, le gouverneur en conseil ne disposait pas d’un « rapport » et, par conséquent, il ne pouvait pas prendre sa décision. Les Tsleil-Waututh ajoutent que l’Office n’a pas satisfait aux exigences du paragraphe 31(1) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)* :

- i. en ne décidant pas si les effets environnementaux du transport maritime associé au projet étaient susceptibles d’être négatifs et importants;
- ii. en concluant que le projet n’était pas susceptible d’entraîner des effets environnementaux négatifs et importants;
- iii. en ne décidant pas si les effets négatifs et importants susceptibles d’être causés par le transport maritime associé au projet sont justifiables dans les circonstances.

[389] The significant adverse effect of particular concern to Tsleil-Waututh are the Project's significant adverse effects upon the endangered Southern resident killer whales and their use by Indigenous peoples.

[390] Tsleil-Waututh's submissions are adopted by Raincoast and Living Oceans. To these submissions they add that the Board's decision to exclude Project-related shipping from the definition of the "designated project" was not a discretionary scoping decision as Trans Mountain argues. Rather, the Board erroneously interpreted the statutory definition of "designated project".

[391] The definition of "designated project" is found in section 2 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*: see paragraph 57 above. The parties agree that the issue of whether Project-related marine shipping ought to have been included as part of the defined designated project turns on whether Project-related marine shipping is a "physical activity that is incidental" to the pipeline component of the Project. This is not a pure issue of statutory interpretation. Rather, it is a mixed question of fact and law heavily suffused by evidence.

[392] In response to the submissions of Tsleil-Waututh, Raincoast and Living Oceans, Canada and Trans Mountain make two submissions. First, they submit that the Board reasonably concluded that the increase in marine shipping was not part of the designated project. Second, and in any event, they argue that the Board conducted an extensive review of marine shipping. Therefore, the question for the Court becomes whether the Board's assessment was substantively adequate, such that the Governor in Council still had a "report" before it such that the Board's assessment could be relied upon. Canada and Trans Mountain answer that question in the affirmative.

[393] Before commencing my analysis, it is important to situate the Board's scoping decision and the exclusion of Project-related shipping from the definition of the Project. The definition of the designated project

[389] Les effets négatifs importants du projet qui préoccupent particulièrement les Tsleil-Waututh concernent les épaulards résidents du sud en voie de disparition et l'utilisation de cette ressource par les peuples autochtones.

[390] Raincoast et Living Oceans souscrivent aux prétentions des Tsleil-Waututh. Elles ajoutent que la décision de l'Office d'exclure de la définition du « projet désigné » le transport lié au projet ne constituait pas une décision discrétionnaire sur la portée du projet, contrairement à ce que prétend Trans Mountain. Selon elles, l'Office aurait mal interprété la définition légale de « projet désigné ».

[391] La définition de « projet désigné » se trouve à l'article 2 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* (voir le paragraphe 57 des présents motifs). Les parties conviennent que la question de savoir si le transport maritime associé au projet doit être inclus dans la définition du projet désigné dépend de celle de savoir si le transport maritime en lien avec le projet est une « activité concrète [...] accessoir[e] » à la composante pipeline du projet. Il s'agit non pas d'une question de pure interprétation législative, mais d'une question mixte de fait et de droit largement tributaire de la preuve.

[392] En réponse aux observations des Tsleil-Waututh, de Raincoast et de Living Oceans, le Canada et Trans Mountain font valoir deux points. Premièrement, ils soutiennent que l'Office a raisonnablement conclu que l'augmentation du transport maritime ne tombait pas sous le coup du projet désigné. Deuxièmement, ils affirment que, quoi qu'il en soit, l'Office a effectué un examen exhaustif du transport maritime. Par conséquent, la question à laquelle doit répondre la Cour est la suivante : l'évaluation par l'Office était-elle adéquate sur le fond, de sorte que le gouverneur en conseil disposait quand même d'un « rapport » et qu'il pouvait fonder sa décision sur cette évaluation? Le Canada et Trans Mountain y répondent par l'affirmative.

[393] Avant l'analyse, il importe de remettre en contexte la décision prise par l'Office sur la portée du projet et l'exclusion du transport maritime associé au projet de la définition du projet. Cette définition circonscrit

truly frames the scope of the Board's analysis. Activities included as part of the designated project are assessed under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* with its prescribed list of factors to be considered. Further, as the Board acknowledged in Chapter 10 of its report, the *Species at Risk Act* imposes additional obligations on the Board when a designated project is likely to affect a listed wildlife species. These obligations are discussed below, commencing at paragraph 442.

[394] This assessment is to be contrasted with the assessment of activities not included in the definition of the designated project. These excluded activities are assessed under the *National Energy Board Act* if the Board is of the opinion that any public interest may be affected by the issuance of a certificate of public convenience and necessity, or by the dismissal of the proponent's application. On this assessment the Board is to have regard to all considerations that "appear to it to be directly related to the pipeline and to be relevant" [subsection 52(2) of *National Energy Board Act*]. Parenthetically, to the extent that there is potential for the effects of excluded activities to interact with the environmental effects of a project, these effects are generally assessed under the cumulative effects portion of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* environmental assessment.

[395] I begin my analysis with Trans Mountain's application to the Board for a certificate of public convenience and necessity for the Project. In Volume 1 of the application, at pages 1–4, Trans Mountain describes the primary purpose of the Project to be "to provide additional transportation capacity for crude oil from Alberta to markets in the Pacific Rim including BC, Washington State, California and Asia". In Volume 2 of the application, at pages 2–27, Trans Mountain describes the marine shipping activities associated with the Project. Trans Mountain notes that of the 890 000 barrels per day capacity of the expanded system, up to 630 000 barrels per day, or 71 percent, could be delivered to the Westridge Marine Terminal for shipment by tanker. To place this in perspective, currently in a typical month five tankers are loaded with diluted bitumen at the Westridge Marine Terminal, some of which are the smaller, Panamax tankers. The expanded system would be capable of serving

véritablement l'analyse de l'Office. Les activités incluses dans le projet désigné sont évaluées sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* en fonction de la liste prescrite de facteurs à examiner. De plus, comme le reconnaît l'Office au chapitre 10 de son rapport, la *Loi sur les espèces en péril* impose des obligations additionnelles à l'Office lorsqu'un projet désigné est susceptible de toucher une espèce sauvage inscrite. Ces obligations sont examinées plus loin, à partir du paragraphe 442.

[394] Comparons cette évaluation à celle des activités non incluses dans la définition du projet désigné, qui sont évaluées sous le régime de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* si l'Office est d'avis que la délivrance d'un certificat d'utilité publique ou le rejet de la demande du promoteur est susceptible d'affecter l'intérêt public. Pour cette évaluation, l'Office tient compte de tous les facteurs qu'il « estime directement liés au pipeline et pertinents » [paragraphe 52(2) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*]. Incidemment, si les effets des activités exclues risquent d'interagir avec les effets environnementaux du projet, ils sont généralement évalués au cours de l'évaluation environnementale des effets cumulatifs effectuée sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*.

[395] Commençons par analyser la demande que Trans Mountain a présentée à l'Office en vue d'obtenir un certificat d'utilité publique pour le projet. Au volume 1 de la demande, aux pages 1 à 4, Trans Mountain décrit l'objectif principal du projet ainsi [TRADUCTION] : « augmenter la capacité de transport du pétrole brut de l'Alberta aux marchés du littoral du Pacifique, dont la Colombie-Britannique, l'État de Washington, la Californie et l'Asie ». Au volume 2 de la demande, aux pages 2 à 27, Trans Mountain décrit les activités de transport maritime associées au projet. Elle fait remarquer que, sur la capacité de 890 000 barils par jour après l'agrandissement du réseau, 630 000 barils par jour, ou 71 p. 100 de la capacité, pourraient transiter par le terminal maritime Westridge pour être expédiés par navire-citerne. Pour donner un ordre de grandeur, actuellement, cinq navires-citernes — dont des Panamax, d'un tonnage inférieur — sont chargés de bitume dilué

up to 34 of the larger, Aframax tankers per month (with actual demand influenced by market conditions).

[396] This evidence demonstrates that marine shipping is, at the least, an element that accompanies the Project. Canada argues that an element that accompanies a physical activity while not being a major part of the activity is not “incidental” to the physical activity. Canada says that this was what the Board implicitly found.

[397] The difficulty with this submission is that it is difficult to infer that this was indeed the Board’s finding, albeit an implicit finding. I say this because in its scoping decision the Board gave no reasons for its conclusion. In the second paragraph of the decision, under the introductory heading [at page 519], the Board simply set out its conclusion:

For the purposes of the environmental assessment under the CEAA 2012, the designated project includes the various components and physical activities as described by Trans Mountain in its 16 December 2013 application submitted to the NEB. The Board has determined that the potential environmental and socio-economic effects of increased marine shipping activities to and from the Westridge Marine Terminal that would result from the designated project, including the potential effects of accidents or malfunctions that may occur, will be considered under the NEB Act (see the NEB’s Letter of 10 September 2013 for filing requirements specific to these marine shipping activities). To the extent that there is potential for environmental effects of the designated project to interact with the effects of the marine shipping, the Board will consider those effects under the cumulative effects portion of the CEAA 2012 environmental assessment. [Underlining added.]

[398] Having defined the designated project not to include the increase in marine shipping, the Board dealt with the Project-related increase in marine shipping activities in Chapter 14 of its report. Consistent with the scoping decision, at the beginning of Chapter 14 the Board stated, at page 323:

au terminal maritime Westridge au cours d’un mois donné. L’agrandissement du réseau permettrait de remplir mensuellement jusqu’à 34 Aframax, d’un tonnage supérieur (la demande réelle dépendrait des conditions du marché).

[396] Cette preuve démontre que le transport maritime est à tout le moins un élément qui accompagne le projet. Selon le Canada, un élément qui accompagne une activité concrète tout en ne constituant pas une partie importante de celle-ci n’est pas « accessoire » à l’activité concrète. Le Canada affirme que c’est la conclusion implicite à laquelle est arrivé l’Office.

[397] Le problème, c’est qu’il est difficile d’inférer qu’il s’agit effectivement de la conclusion — même implicite — tirée par l’Office. En effet, dans sa décision sur la portée du projet, l’Office n’a pas motivé sa conclusion. Au deuxième paragraphe de la décision, sous le titre « Introduction » [à la page 535], l’Office énonce simplement sa conclusion :

Aux fins de l’évaluation environnementale réalisée aux termes de la LCEE 2012, le projet désigné comprend les diverses composantes et activités concrètes du projet décrites par Trans Mountain dans sa demande déposée auprès de l’Office en date du 16 décembre 2013. L’Office a déterminé que les effets environnementaux et socioéconomiques potentiels liés à l’intensification des activités de navigation maritime vers et depuis le terminal Westridge en raison du projet, y compris les effets que pourraient avoir un accident ou une défaillance éventuels, seraient examinés aux termes de la Loi [sur l’Office national de l’énergie] (voir la lettre de l’Office datée du 10 septembre 2013 pour prendre connaissance des exigences de dépôt visant les activités de navigation maritime). Dans la mesure où les effets environnementaux potentiels du projet désigné sont susceptibles d’interagir avec les effets de la navigation maritime, l’Office examinera ces derniers au titre des effets cumulatifs de l’évaluation environnementale en vertu de la LCEE 2012. [Non souligné dans l’original.]

[398] Ayant défini le projet désigné de manière à en exclure l’augmentation du transport maritime, l’Office traite de l’augmentation des activités maritimes liées au projet au chapitre 14 de son rapport. Conformément à la décision sur la portée du projet, l’Office déclare à la page 333, au début du chapitre 14 :



As described in Section 14.2, marine vessel traffic is regulated by government agencies, such as Transport Canada, Port Metro Vancouver, Pacific Pilotage Authority and the Canadian Coast Guard, under a broad and detailed regulatory framework. The Board does not have regulatory oversight of marine vessel traffic, whether or not the vessel traffic relates to the Project. There is an existing regime that oversees marine vessel traffic. The Board's regulatory oversight of the Project, as well as the scope of its assessment of the Project under the *Canadian Environmental Assessment Act* (CEAA 2012), reaches from Edmonton to Burnaby, up to and including the Westridge Marine Terminal (WMT). However, the Board determined that potential environmental and socio-economic effects of Project-related tanker traffic, including the potential effects of accidents or malfunctions that may occur, are relevant to the Board's consideration of the public interest under the NEB Act. Having made this determination, the Board developed a set of Filing Requirements specific to the issue of the potential effects of Project-related marine shipping activities to complement the Filing Manual. [Underlining added; footnotes omitted.]

[399] Two points emerge from this passage. The first point is the closest the Board came to explaining its scoping decision was that the Board did not have regulatory oversight over marine vessel traffic. There is no indication that the Board grappled with this important issue.

[400] The issue is important because the Project is intended to bring product to tidewater; 71 percent of this product could be delivered to the Westridge Marine Terminal for shipment by tanker. Further, as explained below, if Project-related shipping forms part of the designated project additional requirements apply under the *Species at Risk Act*. Finally, Project-related tankers carry the risk of significant, if not catastrophic, adverse environmental and socio-economic effects should a spill occur.

[401] Neither Canada nor Trans Mountain point to any authority to the effect that a responsible authority conducting an environmental assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* must itself have

Comme il est dit à la section 14.2, la circulation maritime, réglementée par des organismes gouvernementaux, notamment Transports Canada, Port Metro Vancouver, l'Administration de pilotage du Pacifique et la Garde côtière canadienne est assujettie à un vaste cadre de réglementation à la fois étendu et détaillé. La réglementation ne confie pas à l'Office la surveillance de la circulation maritime, qu'elle soit ou non connexe au projet, car un régime existant s'en charge déjà. La surveillance réglementaire du projet qu'exerce l'Office, ainsi que la portée de l'évaluation du projet qu'il effectue en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (LCEE 2012), s'étendent d'Edmonton à Burnaby, jusqu'au terminal maritime Westridge (TMW) inclusivement. Cependant, l'Office a décidé que les éventuels effets environnementaux et socioéconomiques de la circulation de navires-citernes connexe au projet, y compris les conséquences que pourraient avoir d'éventuels accidents ou défaillances, sont des éléments dont il doit tenir compte pour s'acquitter de l'obligation de veiller à l'intérêt public que lui impose la *Loi*. Après avoir pris cette décision, l'Office a énoncé, en complément du *Guide de dépôt*, un ensemble d'exigences de dépôt qui visent précisément l'enjeu que constituent les effets que peut exercer le transport maritime dans le contexte du projet. [Non souligné dans l'original; renvois omis.]

[399] Il ressort de ce passage deux points. En premier lieu, dans ce qui se rapproche le plus d'une explication concernant sa décision sur la portée du projet, l'Office fait remarquer que la surveillance de la circulation maritime ne lui ressortit pas. Rien n'indique que l'Office se soit arrêté sur cette importante question.

[400] Il s'agit d'une question importante parce que le projet vise à amener le produit à la côte, et 71 p. 100 de ce produit pourrait aboutir au terminal maritime Westridge en vue de son transport par navire-citerne. De plus, et nous y reviendrons, si le transport maritime lié au projet fait partie du projet désigné, des exigences additionnelles s'appliquent en vertu de la *Loi sur les espèces en péril*. Enfin, les navires-citernes en lien avec le projet présentent un risque important, voire catastrophique, d'effets environnementaux et socioéconomiques négatifs en cas de déversement.

[401] Ni le Canada ni Trans Mountain n'invoque de précédent pour appuyer leur prétention selon laquelle une autorité responsable procédant à une évaluation environnementale sous le régime de la *Loi canadienne sur*



regulatory oversight over a particular subject matter in order for the responsible authority to be able to define a designated project to include physical activities that are properly incidental to the Project. The effect of the respondents' submission is to impermissibly write the following italicized words into the definition of "designated project": "It includes any physical activity that is incidental to those physical activities *and that is regulated by the responsible authority*"

[402] In addition to being impermissibly restrictive, the Board's view that it was required to have regulatory authority over shipping in order to include shipping as part of the Project is inconsistent with the purposes of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* enumerated in subsection 4(1). These purposes include protecting the components of the environment that are within the legislative authority of Parliament and ensuring that designated projects are considered in a careful and precautionary manner to avoid significant adverse environmental effects.

[403] The second point that arises is that the phrase "incidental to" is not defined in the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. It is not clear that the Board expressly directed its mind to whether Project-related marine shipping was in fact an activity "incidental" to the Project. Had it done so, the Canadian Environmental Assessment Agency's, *Guide to Preparing a Description of a Designated Project under the Canadian Environmental Assessment Act, 2012* provides a set of criteria relevant to the question of whether certain activities should be considered "incidental" to a project. These criteria are:

- i. the nature of the proposed activities and whether they are subordinate or complementary to the designated project;
- ii. whether the activity is within the care and control of the proponent;
- iii. if the activity is to be undertaken by a third party, the nature of the relationship between the proponent and the third party and whether the proponent has the ability to "direct or influence" the carrying out of the activity;

*l'évaluation environnementale (2012)* doit elle-même exercer un pouvoir de surveillance réglementaire sur une matière particulière pour pouvoir inclure, dans sa définition du projet désigné, des activités concrètes qui sont véritablement accessoires au projet. La prétention des défendeurs aurait pour effet inacceptable d'introduire les mots en italique suivants dans la définition de « projet désigné » : « Sont comprises les activités concrètes qui leur sont accessoires *et qui sont réglementées par l'autorité responsable* ».

[402] En plus d'être indûment restrictive, l'interprétation de l'Office — selon laquelle il devait avoir un pouvoir réglementaire à l'égard du transport pour inclure le transport dans le projet — est incompatible avec les objectifs de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* énumérés au paragraphe 4(1), notamment de protéger les composantes de l'environnement qui relèvent de la compétence législative du Parlement et de veiller à ce que les projets soient étudiés avec soin et prudence afin qu'ils n'entraînent pas d'effets environnementaux négatifs importants.

[403] En deuxième lieu, le terme « accessoire » n'est pas défini dans la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*. Il n'est pas certain que l'Office a cherché à savoir si le transport maritime associé au projet était en fait une activité « accessoire » au projet. À cet égard, le *Guide de préparation d'une description de projet désigné en vertu de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* de l'Agence canadienne d'évaluation environnementale énonce une série de critères permettant de savoir si certaines activités sont « accessoires » à un projet :

- i. la nature des activités proposées et si ces activités sont subordonnées ou complémentaires au projet désigné;
- ii. est-ce une activité qui incombe au promoteur;
- iii. si l'activité doit être réalisée par un tiers, la nature de la relation entre le promoteur et le tiers; le promoteur peut-il diriger la réalisation de l'activité ou exercer une influence sur celle-ci;

- |   |   |
|---|---|
| <p>iv. whether the activity is solely for the benefit of the proponent or is available for other proponents as well; and,</p> <p>v. the federal and/or provincial regulatory requirements for the activity.</p> | <p>iv. l'activité est-elle pour le bénéfice exclusif du promoteur ou bien d'autres promoteurs peuvent-ils également en bénéficier;</p> <p>v. les exigences fédérales et/ou provinciales en matière de réglementation en ce qui concerne l'activité.</p> |
|---|---|

[404] The Board does not advert to, or grapple with, these criteria in its report. Had the Board grappled with these criteria it would have particularly considered whether marine shipping is subordinate or complementary to the Project and whether Trans Mountain is able to “direct or influence” aspects of tanker operations.

[404] L'Office ne mentionne ni n'analyse ces critères dans son rapport. S'il l'avait fait, il aurait examiné en particulier les questions de savoir si le transport maritime est accessoire ou complémentaire au projet et si Trans Mountain peut « diriger » certains aspects des activités des navires-citernes ou « exercer une influence » sur elles.

[405] In this regard, Trans Mountain stated in its application, on pages 8A-33 to 8A-34, that while it did not own or operate the vessels calling at the Westridge Marine Terminal, “it is an active member in the maritime community and works with BC maritime agencies to promote best practices and facilitate improvements to ensure the safety and efficiency of tanker traffic in the Salish Sea”. Trans Mountain also referenced its Tanker Acceptance Standard whereby it can prevent any tanker not approved by it from loading at the Westridge Marine Terminal.

[405] À cet égard, Trans Mountain a déclaré dans sa demande, aux pages 8A-33 à 8A-34, que bien qu'elle ne possède ni n'exploite les navires qui accostent au terminal maritime Westridge, [TRADUCTION] « elle est un membre actif de la communauté maritime et travaille avec les agences maritimes de la Colombie-Britannique à promouvoir des pratiques exemplaires et à faciliter des améliorations pour assurer la sécurité et l'efficacité du trafic des navires dans la mer des Salish ». Trans Mountain a aussi renvoyé à sa norme d'acceptation de pétroliers qui lui permet d'interdire à tout navire-citerne qu'elle n'a pas approuvé de prendre un chargement au terminal maritime Westridge.

[406] The Board recognized Trans Mountain's ability to give directions to tanker operators in Conditions 133, 134 and 144 where, among other things, the Board required Trans Mountain to:

[406] L'Office reconnaît que Trans Mountain avait la capacité de donner des directives aux exploitants des navires-citernes dans les conditions 133, 134 et 144, dans lesquelles il a notamment exigé que Trans Mountain :

- |  |  |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• confirm that it had implemented its commitments to enhanced tug escort by prescribing minimum tug capabilities required to escort outbound, laden tankers and by including these minimum capabilities as part of its Tanker Acceptance Standard;</li> <li>• file an updated Tanker Acceptance Standard and a summary of any revisions made to the Standard; and,</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• confirme qu'elle a exécuté ses engagements en matière d'escorte renforcée par remorqueur en prescrivant les capacités minimales de remorquage nécessaires à l'escorte des pétroliers chargés au départ et en incluant ces capacités minimales dans sa norme d'acceptation de pétroliers;</li> <li>• dépose une norme actualisée d'acceptation de pétroliers et un résumé de toute révision de cette norme;</li> </ul> |
|--|--|

- file annually a report documenting the continued implementation of Trans Mountain's marine shipping-related commitments noted in Condition 133, any instances of non-compliance with Trans Mountain's requirements and the steps taken to correct instances of non-compliance.
- dépose chaque année un rapport attestant qu'elle continue de tenir les engagements liés à la marine marchande mentionnés à la condition 133 et documentant les cas de non-conformité aux exigences de ces engagements ainsi que les mesures prises pour redresser la situation.

[407] To similar effect, as discussed below in more detail, Trans Mountain committed in the TERMPOL review process to require, through its tanker acceptance process, that tankers steer a certain course upon exiting the Juan de Fuca Strait.

[407] Dans la même veine, comme nous le verrons plus loin en détail, Trans Mountain s'est engagée dans le cadre du processus d'examen TERMPOL à exiger, au moyen de son processus d'acceptation des navires-citernes, que ces navires suivent un certain couloir à la sortie du détroit de Juan de Fuca.

[408] Trans Mountain's ability to "direct or influence" tanker operations was a relevant factor for the Board to consider.

[408] La capacité de Trans Mountain de « diriger » les activités des navires-citernes ou « d'exercer une influence » sur elles était un facteur pertinent pour l'examen de l'Office.

[409] The Board's reasons do not well-explain its scoping decision, do not grapple with the relevant criteria and appear to be based on a rationale that is not supported by the statutory scheme. As explained in more detail below, it follows that the Board failed to comply with its statutory obligation to scope and assess the Project so as to provide the Governor in Council with a "report" that permitted the Governor in Council to make its decision.

[409] Les motifs de l'Office n'expliquent pas bien sa décision sur la portée du projet, n'examinent pas les critères pertinents et semblent reposer sur un raisonnement qui n'est pas étayé par le régime législatif. Comme nous l'expliquerons en détail plus loin, il s'ensuit que l'Office a manqué à son obligation légale de déterminer la portée du projet et d'évaluer ce dernier de manière à fournir au gouverneur en conseil un « rapport » permettant à ce dernier de prendre sa décision.

[410] It follows that it is necessary to consider the respondents' alternate submission that the assessment the Board conducted was, nevertheless, substantially adequate such that the Governor in Council could rely upon it for the purpose of assessing the public interest and the environmental effects of the Project. To do this I will first consider the deficiencies said to arise from the assessment of Project-related shipping under the *National Energy Board Act*, as opposed to its assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. I will then turn to the Board's findings, as set out in its report, in order to determine whether the Board's report was materially deficient or substantially adequate.

[410] Par conséquent, il est nécessaire d'examiner la prétention subsidiaire des défendeurs selon laquelle l'évaluation par l'Office était néanmoins essentiellement adéquate, de sorte que le gouverneur en conseil pouvait évaluer l'intérêt public et les effets environnementaux du projet sur le fondement de l'évaluation. Pour ce faire, j'examine pour commencer les lacunes dont serait entachée l'évaluation du transport lié au projet, qui a été effectuée sous le régime de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, et non de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*. J'examine ensuite les conclusions que l'Office a énoncées dans son rapport pour décider s'il était entaché de vices importants ou s'il était essentiellement adéquat.

- (i) The deficiencies said to arise from the Board's assessment of Project-related marine shipping under the *National Energy Board Act*

[411] Had the Project been defined to include Project-related marine shipping, subsection 19(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* would have required the Board to consider, and make findings, concerning the factors enumerated in section 19. In the present case, these include:

- the environmental effects of marine shipping, including the environmental effects of malfunctions or accidents that may occur in connection with the designated project, and any cumulative effects likely to result from the designated project in combination with other physical activities that have or will be carried out;
- the significance of these effects;
- mitigation measures that are technically and economically feasible that would mitigate any significant adverse effects of marine shipping; and,
- alternative means of carrying out the designated project that are technically and economically feasible. This would include alternate shipping routes.

[412] I now turn to address the Board's consideration of Project-related shipping.

- (ii) The Board's consideration of Project-related marine shipping and its findings

[413] I begin by going back to the Board's statement, quoted above, at paragraph 398, that "potential environmental and socio-economic effects of Project-related tanker traffic, including the potential effects of accidents or malfunctions that may occur" were relevant to the Board's consideration of the public interest under the *National Energy Board Act*. In this context, in order to ensure that the Board had sufficient information about

- (i) Les lacunes dont serait entachée l'évaluation faite par l'Office du transport maritime associé au projet sous le régime de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*

[411] Si la définition du projet avait inclus le transport maritime en lien avec le projet, l'Office serait tenu, par le paragraphe 19(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, de tirer des conclusions à l'égard des facteurs qui y sont énumérés, à savoir :

- les effets environnementaux du transport maritime, y compris ceux causés par les accidents ou défaillances pouvant résulter du projet désigné, et les effets cumulatifs que la réalisation du projet désigné, combinée à celle d'autres activités concrètes, passées ou futures, est susceptible de causer à l'environnement;
- l'importance de ces effets;
- les mesures d'atténuation réalisables, sur les plans technique et économique, des effets environnementaux négatifs importants du transport maritime;
- les solutions de rechange réalisables sur les plans technique et économique, notamment à l'égard des couloirs de navigation.

[412] Passons à l'examen par l'Office du transport lié au projet.

- (ii) Examen du transport maritime en lien avec le projet et conclusions de l'Office à cet égard

[413] Pour commencer, je reviens à la déclaration de l'Office, reproduite au paragraphe 398, selon laquelle les « éventuels effets environnementaux et socioéconomiques de la circulation de navires-citernes connexe au projet, y compris les conséquences que pourraient avoir d'éventuels accidents ou défaillances » étaient pertinents pour l'examen par l'Office de l'intérêt public sous le régime de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*. Ainsi,

those effects, the Board developed the specific filing requirements referred to by the Board in the passage quoted above.

[414] These filing requirements required Trans Mountain to provide a detailed description of the increase in marine shipping activities including: the frequency of passages, passage routing, speed, and passage transit time; and, the alternatives considered, such as passage routing, frequency of passages and tanker type utilized.

[415] Trans Mountain's assessment of accidents and malfunctions related to the increase in marine shipping was required to include descriptions of matters such as:

- measures to reduce the potential for accidents and malfunctions to occur, including an overview of relevant regulatory regimes;
- credible worst case spill scenarios and smaller spill scenarios;
- the fate and behaviour of any hydrocarbons that may be spilled;
- the potential environmental and socio-economic effects of credible worst case spill scenarios and smaller spill scenarios, taking into account the season-specific behaviour, trajectory, and fate of the hydrocarbon(s) spilled, as well as the range of weather and marine conditions that could prevail during the spill event; and,
- Trans Mountain's preparedness and response planning, including an overview of the relevant regulatory regimes.

[416] Trans Mountain was required to provide information on navigation and safety including:

pour s'assurer de disposer de suffisamment de renseignements sur ces effets, l'Office a élaboré les exigences précises en matière de dépôt auxquelles il renvoie dans l'extrait cité.

[414] Aux termes de ces exigences en matière de dépôt, Trans Mountain devait fournir une description détaillée de l'augmentation des activités de transport maritime, indiquant notamment la fréquence des passages, les couloirs de navigation, la vitesse des navires et le temps de transit, ainsi que les solutions de rechange examinées relativement aux couloirs de navigation, à la fréquence des passages et au type de navire-citerne utilisé.

[415] L'évaluation faite par Trans Mountain des accidents et des défaillances liés à l'augmentation du transport maritime devait inclure des descriptions de questions telles que :

- les mesures pour réduire le risque d'accidents et de défaillances, y compris un aperçu des régimes de réglementation applicables;
- les pires scénarios crédibles de déversement et les scénarios de déversement de moindre envergure;
- l'évolution et le comportement des hydrocarbures susceptibles d'être déversés;
- les éventuels effets environnementaux et socioéconomiques liés aux pires scénarios de déversement et aux scénarios de déversement de moindre envergure, eu égard au comportement selon la saison, à la trajectoire et à l'évolution des hydrocarbures déversés, ainsi qu'à l'ensemble des conditions climatiques et maritimes qui pourraient exister au moment de l'incident;
- la planification et la préparation de l'intervention faite par Trans Mountain, y compris un aperçu des régimes de réglementation applicables.

[416] Trans Mountain était tenue de fournir des renseignements sur la navigation et les mesures de sécurité, notamment :

- an overview of the relevant regulatory regimes and the role of the different organizations involved;
  - any additional mitigation measures in compliance with, or exceeding regulatory requirements, proposed by Trans Mountain to further facilitate marine shipping safety; and,
  - an explanation of how the regulatory regimes and any additional measures promote the safety of the increase in marine shipping activities.
- un aperçu des régimes de réglementation applicables et du rôle des différentes organisations concernées;
  - toute autre mesure d'atténuation additionnelle en vue de respecter ou de dépasser les exigences réglementaires proposée par Trans Mountain pour augmenter la sécurité du transport maritime;
  - une explication de la façon dont les régimes de réglementation et toute autre mesure additionnelle favorisent la sécurité des activités accrues de transport maritime.

[417] The filing requirements also required specific information relating to all mitigation measures related to the increase in marine shipping activities.

[417] Aux termes des exigences de dépôt, Trans Mountain devait aussi fournir des renseignements précis concernant toutes les mesures d'atténuation liées à l'augmentation du transport maritime.

[418] I now turn to specifically consider Chapter 14 of the Board's report and its consideration of the Project-related increase in marine shipping activities. Because the applicants' primary concern centers on the Project's impact on the Southern resident killer whales and their use, I will focus on the Board's consideration of this endangered species, including spill prevention and the effects of spills. The Board did also consider and make findings about the impact of increased Project-related shipping on air emissions, greenhouse gases, marine and fish habitat, marine birds, socio-economic effects, heritage resources and human health effects.

[418] Reportons-nous tout particulièrement au chapitre 14 du rapport de l'Office pour voir comment ce dernier a traité l'augmentation des activités de transport maritime liées au projet. Comme la principale préoccupation des demandeurs a trait à l'incidence du projet sur les épaulards résidents du sud et leur utilisation de cette ressource, nous examinons surtout la manière dont l'Office a abordé la question relative à cette espèce en voie de disparition, y compris la prévention et les effets des déversements. L'Office a aussi tiré des conclusions sur les répercussions de l'augmentation du transport lié au projet sur les émissions atmosphériques, les gaz à effet de serre, les habitats marins et l'habitat du poisson, les oiseaux marins, les ressources patrimoniales et la santé humaine, y compris ses effets socioéconomiques.

[419] The Board began by describing the extent of existing, future, and Project-related shipping activities. It then moved to a review of the regulatory framework and some federal improvement initiatives. The Board's report describes how marine shipping is regulated under the *Canada Shipping Act, 2001*, S.C. 2001, c. 26 and administered by Transport Canada, the Canadian Coast Guard and other government departments.

[419] L'Office commence par décrire l'étendue des activités de transport actuelles et futures connexes au projet. Il examine ensuite le cadre réglementaire et certaines initiatives d'amélioration fédérales. Il explique dans son rapport que le transport maritime est réglementé par la *Loi de 2001 sur la marine marchande*, L.C. 2001, ch. 26, et administré par Transports Canada, la Garde côtière canadienne et d'autres ministères.

[420] The Board then moved, in section 14.3, to the assessment of the effects of increased marine shipping,

[420] Ensuite, à la section 14.3, l'Office se penche sur les effets de l'intensification du transport maritime, tout



focusing on changes to the environmental and socio-economic setting caused by the routine operation of Project-related marine vessels. It noted that while it assessed the potential environmental and socio-economic factors of increased marine shipping as part of its public interest determination under the *National Energy Board Act*, the Board [at page 332] “followed an approach similar to the environmental assessment conducted under [the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*] ... to the extent it was appropriate, to inform the Board’s public interest determination.”

[421] The Board went on to explain that in order to consider whether the effects of marine shipping were likely to cause significant environmental effects, it considered the existing regulatory scheme in the absence of any specific mitigation measures. This reflected the Board’s view that since marine shipping was beyond its regulatory authority, it did not have the ability to impose specific mitigation conditions to address environmental effects of Project-related marine shipping. The Board also explained that it considered any cumulative effects that were likely to arise from Project-related shipping, in combination with environmental effects arising from other current or reasonably foreseeable marine vessel traffic in the area.

[422] Finally, before turning to its assessment of the Project’s effects, the Board stated that its assessment had considered:

- adverse impacts of Project-related marine shipping on *Species at Risk Act* (SARA)-listed wild-life species and their critical habitat;
- all reasonable alternatives to Project-related marine shipping that would reduce impact on SARA-listed species’ critical habitat; and,

particulièrement les changements au contexte environnemental et socioéconomique découlant de l’exploitation courante de bâtiments de mer en lien avec le projet. Il indique avoir évalué les éventuels effets environnementaux et socioéconomiques découlant de l’intensification du transport maritime en se penchant sur l’intérêt public conformément à la *Loi sur l’Office national de l’énergie*, mais avoir « adopté une approche semblable à celle qui a été utilisée pour l’évaluation environnementale menée en vertu de [la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*] [...] dans la mesure où elle convenait, afin d’éclairer la détermination de l’intérêt public » [à la page 342].

[421] L’Office explique ensuite que, pour décider si le transport maritime entraînera probablement des effets environnementaux importants, il a tenu compte du régime de réglementation actuel, sans quelque mesure d’atténuation particulière. Cette démarche cadre avec son point de vue selon lequel, comme le transport maritime dépasse les pouvoirs de réglementation qui lui sont dévolus, il n’est pas habilité à imposer des conditions d’atténuation particulières pour parer aux conséquences environnementales du transport maritime en lien avec le projet. L’Office explique aussi qu’il a tenu compte de tout effet cumulatif susceptible de résulter du transport maritime associé au projet, ainsi que des effets environnementaux découlant de la circulation maritime actuelle ou raisonnablement prévisible dans le secteur.

[422] Enfin, avant de présenter son évaluation des effets du projet, l’Office indique avoir tenu compte :

- des incidences négatives du transport maritime lié au projet sur les espèces sauvages répertoriées dans la *Loi sur les espèces en péril* et l’habitat essentiel de ces espèces;
- de toutes les solutions de rechange raisonnables au transport maritime qui réduiraient les effets que ce transport a sur l’habitat essentiel des espèces répertoriées dans la *Loi sur les espèces en péril*;

- measures to avoid or lessen any adverse impacts, consistent with applicable recovery strategies or action plans.

[423] The Board then went on to make the following findings and statements with respect to marine mammals generally:

- Underwater noise from Project-related marine vessels would result in sensory disturbances to marine mammals. The disturbance is expected to be long-term as it is likely to occur for the duration of operations of Project-related vessel traffic.
- When assessing the impact of Project-related shipping on specific species, the Board's approach was to consider the temporal and spatial impact, and its reversibility.
- Project-related marine vessels have the potential to strike a marine mammal, which could result in lethal or non-lethal effects. Further, the increase in Project-related marine traffic would contribute to the cumulative risk of marine mammal vessel strikes. The Board acknowledged Trans Mountain's commitment to provide explicit guidance for reporting both marine mammal vessel strikes and mammals in distress to appropriate authorities.
- The Board accepted the evidence of the Department of Fisheries and Oceans and Trans Mountain to the effect that there were no direct mitigation measures that Trans Mountain could apply to reduce or eliminate potential adverse effects from Project-related tankers. It recognized that altering vessel operations, for example by shifting shipping lanes away from marine mammal aggregation areas or reducing marine vessel speed, could be an effective mitigation measure. However, these specific measures were outside of the Board's regulatory authority, and out of Trans

- des mesures pour éviter ou réduire toute conséquence négative conformes aux programmes ou plans d'action de rétablissement applicables.

[423] L'Office présente ensuite les conclusions et observations suivantes au sujet des mammifères marins en général :

- Le bruit sous-marin causé par les bâtiments de mer en lien avec le projet provoquerait des perturbations sensorielles chez les mammifères marins. On s'attend à des perturbations à long terme puisqu'elles se feraient probablement sentir pendant toute la durée de la circulation maritime liée au projet.
- Pour évaluer l'incidence du transport lié au projet sur certaines espèces, l'Office a examiné les conséquences sur les plans temporel et spatial ainsi que la réversibilité de ces conséquences.
- Les bâtiments de mer en lien avec le projet sont susceptibles d'entrer en collision avec un mammifère marin, ce qui pourrait avoir des conséquences létales ou non létales. De plus, l'augmentation de la circulation maritime imputable au projet contribuerait aux risques cumulatifs de collision entre un navire et un mammifère marin. L'Office prend acte de l'engagement, pris par Trans Mountain, de fournir une directive explicite pour que soient remises aux autorités compétentes des déclarations concernant les mammifères en détresse et les collisions avec des mammifères marins.
- L'Office accepte les observations du ministère des Pêches et des Océans et de Trans Mountain selon lesquelles il n'existait pas de mesures d'atténuation directes que cette dernière pourrait prendre pour réduire ou éliminer les éventuels effets négatifs des navires-citernes associés au projet. Il reconnaît que la modification des opérations des navires, par exemple déplacer les corridors de navigation pour les éloigner des aires de rassemblement de mammifères marins ou réduire la vitesse des navires, pourrait constituer une mesure d'atténuation efficace. Cependant, ces mesures précises ne relèvent

Mountain's control. The Board encouraged other regulatory authorities, such as Transport Canada or Fisheries and Oceans Canada to explore initiatives that would aim to reduce the potential effects of marine vessels on marine mammals.

- The Board recognized initiatives currently underway, or proposed, and noted Trans Mountain's commitment to participate in some of these initiatives. The Board imposed Condition 132 requiring Trans Mountain to develop a Marine Mammal Protection Program, and to undertake or support initiatives that focus on understanding and mitigating Project-related effects. Such Protection Program is to be filed prior to the commencement of Project operations.
- The Board explained that Condition 132 was meant to ensure that Trans Mountain fulfilled its commitments to participate in the development of industry-wide shipping practices in conjunction with the appropriate authorities. At the same time, the Board recognized that the Marine Mammal Protection Program offered no assurance that effective mitigation would be developed and implemented to address Project-related effects on marine mammals.
- The Board acknowledged the recommendation of the Department of Fisheries and Oceans that Trans Mountain explore the use of marine mammal on-board observers on Project-related marine vessels. The Board expressed its agreement and set out its expectation that it would see an initiative of this type incorporated as part of Trans Mountain's Marine Mammal Protection Program.

[424] The Board also acknowledged Trans Mountain's commitment to require Project-related marine vessels to meet any future guidelines or standards for reducing underwater noise from commercial vessels as they come into force.

pas des pouvoirs de réglementation de l'Office et échappent au contrôle de Trans Mountain. L'Office encourage d'autres autorités de réglementation, comme Transports Canada et Océans Canada, à envisager des initiatives qui auraient pour objectif de réduire les effets possibles des bâtiments de mer sur les mammifères marins.

- L'Office reconnaît que des initiatives ont été engagées ou proposées et note que Trans Mountain s'était engagée à participer à quelques-unes d'entre elles. Il a imposé la condition 132 aux termes de laquelle Trans Mountain doit élaborer un programme de protection des mammifères marins et entreprendre ou soutenir des initiatives dont l'objet principal est de comprendre et d'atténuer les conséquences découlant du projet. L'entreprise devra déposer un tel programme avant le début des activités liées au projet.
- L'Office explique que la condition 132 vise à faire en sorte que Trans Mountain tienne ses engagements de participer à l'élaboration de pratiques de transport maritime à l'échelle du secteur, de concert avec les autorités compétentes. Il a en même temps reconnu que le programme de protection des mammifères marins ne donnait aucune garantie que des mesures d'atténuation seront effectivement élaborées et mises en œuvre pour contrer les effets du projet sur les mammifères marins.
- L'Office prend acte de la recommandation du ministère des Pêches et des Océans que Trans Mountain envisage le recours à des observateurs marins sur les navires en lien avec le projet. Il convient qu'il pourrait s'agir de programmes valables et dit s'attendre à voir des initiatives de ce type dans le cadre du programme de protection des mammifères marins de Trans Mountain.

[424] L'Office prend également acte de l'engagement par Trans Mountain d'exiger des navires associés au projet qu'ils respectent les directives ou normes futures concernant la réduction du bruit sous-marin causé par les navires commerciaux dès leur entrée en vigueur.

[425] The Board went on to make the following findings with specific reference to the Southern resident killer whale [report, at page 350]:

- The Southern resident killer whale population has crossed a threshold where any additional adverse environmental effects would be considered significant. The current level of vessel traffic in the regional study area and the predicted future increase of vessel traffic in that area, even excluding Project-related marine vessels, “have and would increase the pressure on the Southern resident killer whale population”
- The Board expressed its expectation that Project-related marine vessels would represent a maximum of 13.9 percent of all vessel traffic in the regional study area, excluding the Burrard Inlet, and would decrease over time as the volume of marine vessel movements in the area is anticipated to grow. Therefore, while the effects from Project-related marine vessels would be a small fraction of the total cumulative effects, the Board acknowledged that this increase in marine vessels associated with the Project “would further contribute to cumulative effects that are already jeopardizing the recovery of the Southern resident killer whale. The effects associated with Project-related marine vessels will impact numerous individuals of the Southern resident killer whale population in a habitat identified as critical to the recovery”. The Board classified these effects as “high magnitude”. Consequently, the Board found that “the operation of Project-related marine vessels is likely to result in significant adverse effects to the Southern resident killer whale.”
- The Board recognized that the “Recovery Strategy for the Northern and Southern Resident Killer Whale” prepared by the Department of Fisheries and Oceans identified vessel noise as “a threat to the acoustic integrity of Southern resident killer whale critical habitat, and that physical and acoustic disturbance from human activities may be key

[425] L’Office tire ensuite les conclusions suivantes au sujet de l’épaulard résident du sud [rapport, aux pages 361 et 362] :

- La population de l’épaulard résident du sud a franchi un seuil au-delà duquel tout effet indésirable supplémentaire sur l’environnement est considérable. Le niveau actuel, et l’augmentation prévue, de la circulation maritime dans la zone d’étude régionale, même si l’on exclut les navires en lien avec le projet, « [a] intensifié et intensifier[a] la pression qui s’exerce sur la population de l’épaulard résident du sud ».
- L’Office dit s’attendre à ce que les bâtiments de mer liés au projet représentent 13,9 p. 100 de toute la circulation maritime dans la zone d’étude régionale, à l’exclusion de la baie Burrard, et que ce pourcentage baisse au fil du temps, car la circulation maritime dans cette zone devrait augmenter. Par conséquent, bien que les effets exercés par les bâtiments de mer en lien avec le projet soient une faible fraction des effets cumulatifs totaux, l’Office reconnaît que cette augmentation du nombre de bâtiments de mer en lien avec le projet « contribuera davantage encore aux effets cumulatifs qui mettent déjà en péril le rétablissement de l’épaulard résident du sud. Les effets occasionnés par les bâtiments de mer participant au projet auront des répercussions sur de nombreux individus de la population de l’épaulard résident du sud dans un habitat désigné comme essentiel pour le rétablissement ». L’Office qualifie ces effets comme étant d’une « grande ampleur ». Par conséquent, il conclut que « l’exploitation de bâtiments de mer participant au projet aura probablement des conséquences pernicieuses importantes pour l’épaulard résident du sud ».
- L’Office reconnaît que le « Programme de rétablissement des épaulards résidents [...] du nord et du sud du Canada », préparé par le ministère des Pêches et des Océans, considère le bruit des navires comme une menace pour « l’intégrité acoustique de l’habitat essentiel de l’épaulard résident du sud, et que la perturbation physique et

factors causing depletion or preventing recovery of resident killer whale populations.”

- The Board noted that the death of a Southern resident killer whale from a Project-related marine vessel collision, despite the low likelihood of such an event, would have population level consequences. The Board acknowledged that Project-related marine vessels would encounter a killer whale relatively often, however, “given the limited number of recorded killer whale marine vessel strikes and the potential avoidance behaviors of killer whales” the Board accepted the evidence of Trans Mountain and the Department of Fisheries and Oceans that the probability of a Project-related marine mammal vessel strike on a Southern resident killer whale was low.
  - The Board expressed the view that the recovery of the Southern resident killer whale requires complex, multi-party initiatives, and that the Department of Fisheries and Oceans and other organizations are currently undertaking numerous initiatives to support the recovery of the species, including finalizing an action plan. The Board acknowledged Trans Mountain’s commitment to support the objectives and recovery measures identified in the action plan. The draft action plan included a detailed prioritized list of initiatives. The Board expressed its expectation that Trans Mountain would support these initiatives within the Marine Mammal Protection Program. The Board encouraged initiatives, including initiatives of the federal government, to prioritize and implement specific measures to promote recovery of the species.
  - Finally, the Board concluded that “the operation of Project-related marine vessels is likely to result in significant adverse effects to the Southern resident killer whale.”
- acoustique imputable à l’activité anthropique peut être un facteur déterminant qui contribue au décroissement des populations d’épaulards résidents ou empêche leur rétablissement ».
- Selon l’Office, bien qu’elle soit faible, la probabilité de mort d’un épaulard résident du sud par suite d’une collision avec un bâtiment de mer en lien avec le projet aurait des conséquences à l’échelle de la population. Il reconnaît que ces navires rencontreraient un épaulard relativement souvent. Toutefois, « comme le nombre de collisions entre des épaulards et des bâtiments de mer qui ont été enregistré[es] est limité et que les épaulards adoptent éventuellement un comportement qui permet de les éviter », l’Office accepte la prétention de Trans Mountain et du ministère des Pêches et des Océans selon laquelle il est peu probable qu’un navire en lien avec le projet entre en collision avec un épaulard résident du sud.
  - L’Office exprime l’opinion que le rétablissement de l’épaulard résident du sud exigera la mise sur pied d’initiatives complexes mettant à contribution plusieurs parties. Il souligne que le ministère des Pêches et des Océans et d’autres organismes lancent actuellement de nombreuses initiatives pour favoriser le rétablissement de l’espèce, et met notamment la dernière touche à un plan d’action. L’Office reconnaît que Trans Mountain s’est engagée à appuyer les objectifs et les mesures de rétablissement énoncés dans le plan d’action. Le projet de plan d’action comprend une liste détaillée des initiatives par ordre de priorité. L’Office dit s’attendre à ce que Trans Mountain appuie une partie de ces initiatives dans le cadre du programme de protection des mammifères marins. Il encourage l’adoption d’initiatives, notamment par le fédéral, visant en priorité la prise de mesures particulières pour favoriser le rétablissement de l’espèce et leur mise en œuvre.
  - Enfin, l’Office conclut que « l’exploitation de bâtiments de mer participant au projet aura probablement des conséquences pernicieuses pour l’épaulard résident du sud ».

[426] The Board then considered the impact of marine shipping on the traditional use of marine resources by Indigenous communities, finding that:

- There would be disruptions to Indigenous marine vessels and harvesters, and this may disrupt activities or access to specific sites. However, in the Board's view these disruptions would be temporary, occurring only during the period of time when Project-related tanker vessels are in transit. Thus, it was of the view that Indigenous marine vessel users would maintain the ability to continue to harvest marine resources and to access subsistence and cultural sites in the presence of these periodic and short-term disruptions.
- Therefore, the Board found that, with the exception of the effects on the Southern resident killer whale, the magnitude of effects of Project-related marine vessel traffic on traditional marine resource uses, activities and sites would be low.
- Given the low frequency, duration and magnitude of effects associated with potential disruptions, and Trans Mountain's commitments to provide regular updated information on Project-related marine vessel traffic to Indigenous communities, the Board found that adverse effects on traditional marine resource uses, activities and sites were not likely and that, overall, Project-related marine traffic's contribution to overall effects related to changes in traditional marine use patterns was not likely to be significant.
- Project-related marine traffic's contribution to cumulative effects was found to be of low to medium magnitude, and reversible in the long term. The Board therefore found significant adverse cumulative effects associated with Project-related marine vessel traffic on traditional marine resource use was not likely to be significant, with the exception of effects associated with the

[426] L'Office examine ensuite l'incidence du transport maritime sur l'utilisation par les communautés autochtones des ressources marines à des fins traditionnelles et en tire les conclusions suivantes :

- Les navires et les pêcheurs autochtones subiront des perturbations, ce qui risque de perturber les activités ou l'accès aux sites. Toutefois, selon l'Office, ces perturbations seront temporaires, ne se produiront que pendant le transit des navires-citernes du projet. Ainsi, il s'est dit d'avis que les Autochtones qui utilisent des bâtiments de mer conserveraient leur capacité de poursuivre leurs récoltes et d'accéder aux sites culturels et de subsistance malgré ces perturbations périodiques de courte durée.
- Par conséquent, l'Office conclut qu'exception faite des effets sur l'épaulard résident du sud, les conséquences sur l'utilisation des ressources marines, les activités et les lieux traditionnels seraient de faible ampleur.
- Étant donné la fréquence, la durée et la faible ampleur des effets connexes aux perturbations éventuelles, et les engagements pris par Trans Mountain de fournir régulièrement aux collectivités autochtones des renseignements actualisés sur la circulation des navires en lien avec le projet, l'Office a jugé qu'il est peu probable qu'il y ait des effets négatifs sur les utilisations des ressources marines, les activités et les lieux traditionnels, et que, dans l'ensemble, l'incidence de la circulation maritime en lien avec le projet sur les changements globaux des habitudes d'utilisation des ressources marines à des fins traditionnelles ne sera probablement pas importante.
- L'Office juge que l'incidence du trafic maritime en lien avec le projet sur les effets cumulatifs est faible ou moyenne et réversible à long terme. Il estime par conséquent peu probable que le trafic maritime connexe au projet ait des conséquences défavorables importantes et cumulatives sur l'utilisation des ressources marines à des fins traditionnelles, exception faite des effets sur



traditional use of the Southern resident killer whale, which were considered significant.

- Recognizing the cultural importance of the killer whale to certain Indigenous groups, the Board found [at page 363] that “the increase in marine vessel traffic associated with the Project is likely to result in significant adverse effects on the traditional Aboriginal use associated with the Southern resident killer whale.”

[427] Finally, in sections 14.4 to 14.6 the Board considered spill prevention. It made the following findings:

- The Board accepted the evidence filed by Trans Mountain regarding marine shipping navigation and safety, including the reports filed as part of the TERMPOL Review Process.
- Although a large spill from a tanker associated with the Project would result in significant adverse environmental and socio-economic effects, such an event is not likely.
- Even with response efforts, any large spill would result in significant adverse environmental and socio-economic effects.
- Trans Mountain, in conjunction with the Western Canada Marine Response Corporation, proposed appropriate measures to respond to potential oil spills from Project-related tankers. These proposed measures exceed regulatory requirements and would result in a response capacity that is double, and a delivery time that is half, that required by the existing planning standards. The Board gave substantial weight to the fact that the TERMPOL Review Committee and the Canadian Coast Guard did not identify any particular concerns with marine spill response planning associated with the Project.

l’utilisation à des fins traditionnelles de l’épaulard résident du sud, qui sont considérés comme importants.

- Reconnaissant l’importance culturelle de l’épaulard pour certains groupes autochtones, l’Office conclut [à la page 375] que « l’accroissement de la circulation maritime occasionné par le projet entraînera probablement des conséquences pernicieuses considérables pour l’épaulard résident du sud ».

[427] Finalement, l’Office traite de la prévention des déversements aux sections 14.4 à 14.6. Il tire les conclusions suivantes :

- L’Office retient la preuve déposée par Trans Mountain au sujet de la navigation et de la sécurité du transport maritime, y compris les rapports déposés dans le cadre du processus d’examen TERMPOL.
- Un déversement important causé par un navire-citerne aurait des conséquences environnementales et socioéconomiques importantes, mais un tel accident est peu probable.
- Même s’il y a intervention, tout déversement important se soldera par des effets environnementaux et socioéconomiques négatifs importants.
- Trans Mountain, de concert avec la Western Canada Marine Response Corporation, a proposé des mesures appropriées pour intervenir en cas de déversement d’hydrocarbures par des navires-citernes du projet. Ces mesures dépassent les exigences réglementaires et donneraient lieu à une capacité d’intervention deux fois plus importante que celle prévue par les normes de planification actuelles, et à un délai d’exécution deux fois moins long que celui exigé par ces mêmes normes. L’Office accorde un poids considérable au fait que le comité d’examen TERMPOL et la Garde côtière canadienne n’ont pas fait mention de préoccupations particulières quant à la planification de l’intervention en cas de déversement en ce qui concerne le projet.

- The environmental effects of a spill from a tanker would be highly dependent on the particular circumstances, such as the amount and the type of product(s) spilled, the location of the spill, the response time, the effectiveness of containment and cleanup, the valued components that were impacted, and the weather and time of year of the spill.
- A small spill, quickly contained, could have adverse effects of low magnitude, whereas a credible worst-case spill could have adverse effects of larger geographic extent and longer duration, and such effects would probably be significant. Moreover, spills could impact key marine habitats such as salt marshes, eelgrass beds and kelp forests, which could, in turn, affect the numerous species that rely upon them. Spills could also affect terrestrial species along the coastline, including SARA-listed terrestrial plant species.
- Although impacts from a credible worst-case spill would probably be adverse and significant, natural recovery of the impacted areas and species would likely return most biological conditions to a state generally similar to pre-spill conditions. Such recovery might be as quick as a year or two for some valued components, or might take as long as a decade or more for others. Valuable environmental values and uses could be lost or diminished in the interim. For some valued components, including certain SARA-species, recovery to pre-spill conditions might not occur.
- Les conséquences pour l'environnement d'un déversement d'un navire-citerne dépendront fortement des circonstances particulières, notamment de la quantité et du type de produit déversé, du lieu du déversement, du délai d'intervention, de l'efficacité du confinement et du nettoyage, des composantes valorisées qui sont touchées ainsi que des conditions météorologiques et du moment de l'année où se produit le déversement.
- Un petit déversement qui est rapidement confiné pourrait avoir des effets néfastes de faible ampleur, alors qu'un déversement équivalant au pire scénario crédible pourrait avoir des conséquences négatives de plus grande portée géographique et de plus grande durée, et qui seraient probablement importantes. Qui plus est, les déversements seraient susceptibles de toucher des habitats marins clés, notamment des marais salés, des herbiers de zostère et des forêts d'algues brunes, qui risqueraient à leur tour d'affecter les nombreuses espèces qui en dépendent. Les déversements pourraient aussi toucher les espèces terrestres le long du littoral, y compris des espèces de plantes terrestres répertoriées dans la *Loi sur les espèces en péril*.
- Bien que les incidences d'un déversement équivalant au pire scénario crédible soient probablement négatives et importantes, le rétablissement naturel des zones et des espèces touchées ramènerait probablement la plupart des conditions biologiques à un état semblable à celui qui existait avant le déversement. Un tel rétablissement pourrait se faire rapidement, en à peine un an ou deux, pour certaines composantes valorisées, ou prendre jusqu'à une décennie ou plus pour d'autres. Des valeurs et utilisations environnementales valorisées pourraient être perdues ou réduites dans l'intervalle. Pour certaines composantes valorisées, dont certaines espèces répertoriées dans la *Loi sur les espèces en péril*, il est possible qu'on ne puisse obtenir un rétablissement aux conditions existant avant le déversement.

- Mortality of individuals of SARA-listed species could result in population level impacts and could jeopardize recovery. For example, the impact on a Southern resident killer whale of exposure to an oil spill potentially would be catastrophic.
- There is a very low probability of a credible worst-case event.
- The effects of a credible worst-case spill on the current use of lands, waters and resources for traditional purposes by Indigenous people would likely be adverse and significant. However, the probability of such a worst-case event is very low.
- La mortalité d'individus des espèces répertoriées dans la *Loi sur les espèces en péril* pourrait aboutir à des conséquences à l'échelle de la population et mettre en péril le rétablissement de ces espèces. Par exemple, l'exposition des épaulards résidents du sud à un déversement pourrait avoir des conséquences catastrophiques.
- La probabilité qu'un accident correspondant au pire scénario crédible se produise est très faible.
- Les effets qu'un déversement correspondant au pire scénario aurait sur l'utilisation actuelle des terres, des eaux et des ressources à des fins traditionnelles par les peuples autochtones seraient probablement négatifs et importants. Toutefois, la probabilité qu'il se produise un tel accident est très faible.

[428] With respect to the Board's reference to the report of the TERMPOL Review Committee [*TERMPOL Review Process Report on the Trans Mountain Expansion Project*, 2014], one of the topics dealt with in that report was Project routing. It was noted, in Section 3.2, that the "shipping route to and from Trans Mountain's terminal to the open sea is well-established and used by deep sea tankers as well as other vessel types such as cargo vessels, cruise ships and ferries." Later in the report it was noted that "Aframax class tankers currently use the proposed route, demonstrating that tanker manoeuvrability issues are not a concern."

[429] Notwithstanding, the Review Committee did make one finding with respect to the shipping route. Finding 9 was to the effect that "*Trans Mountain's commitment to require via its tanker acceptance process that Project tankers steer a course no more northerly than due West (270°) upon exiting the Juan de Fuca Strait will enhance safety and protection of the marine environment by providing the shortest route out of the Canadian*" [italics in original] economic exclusion zone.

[430] Returning to the Board's report, the end result of the Board's assessment of the Project was that, notwithstanding the impacts of the Project upon the Southern

[428] L'Office renvoie également au rapport du processus d'examen TERMPOL [*TERMPOL Review Process Report on the Trans Mountain Expansion Project*, 2014], lequel traite du tracé du projet. Il est écrit dans ce rapport, à la section 3.2, que [TRADUCTION] « [I]a route de navigation au large des côtes en direction et en provenance du terminal de Trans Mountain est bien établie et elle est empruntée par les navires-citernes de haute mer, et par d'autres navires de charge, des navires de croisière et des traversiers ». Plus loin, il est indiqué que [TRADUCTION] « des navires-citernes de classe Aframax utilisent actuellement la route proposée, ce qui démontre que la manoeuvrabilité n'est pas une préoccupation ».

[429] Le comité d'examen a cependant tiré une conclusion à l'égard du tracé maritime, sa conclusion 9 : « L'engagement de Trans Mountain à exiger, dans le cadre de son processus d'acceptation, que les navires-citernes ne naviguent pas plus au nord que franc ouest (270°) en sortant du détroit de Juan de Fuca renforcera la sécurité et la protection du milieu marin parce que les navires-citernes emprunteront la route la plus courte pour sortir de la [zone d'exclusion économique] canadienne ».

[430] Pour revenir au rapport de l'Office, l'évaluation du projet par ce dernier a abouti à la conclusion suivante : malgré les effets du projet sur les épaulards

resident killer whales and Indigenous cultural uses associated with them, with the implementation of Trans Mountain's environmental protection procedures and mitigation, and the Board's recommended conditions, the Project is not likely to cause significant adverse environmental effects. This was the Board's recommendation under section 29 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

- (iii) Was the Board's assessment of Project-related marine shipping substantially adequate?

[431] I begin with the Board's description of its approach to the assessment of marine shipping. It "followed an approach similar to the environmental assessment conducted under" the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* "to the extent it was appropriate" [at page 332]. Consistent with this approach, the Board's filing requirements in respect of marine shipping required Trans Mountain to provide information about mitigation measures and alternatives—factors which subsection 19(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* require be considered in an environmental assessment.

[432] Bearing in mind that the primary focus of the applicants' concern about the Board's assessment of Project-related marine shipping is the Board's assessment of the adverse effects of the Project on Southern resident killer whales, the previous review of the Board's findings demonstrates that the Board considered the Project's effects on the Southern resident killer whales, including the environmental effects of malfunctions or accidents that might occur, the significance of those effects and the cumulative effects of the Project on efforts to promote recovery of the species. The Board found the operation of the Project-related tankers was likely to result in significant, adverse effects to the Southern resident killer whale population.

résidents du sud et sur les usages culturels autochtones en lien avec ces mammifères marins, le projet n'est pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants si des mesures d'atténuation et de protection de l'environnement sont mises en œuvre par Trans Mountain et les conditions recommandées par l'Office, appliquées. Il s'agit de la recommandation faite par l'Office en application de l'article 29 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*.

- (iii) L'évaluation du transport maritime en lien avec le projet par l'Office était-elle essentiellement adéquate?

[431] Je commence par la description faite par l'Office de la façon dont il a procédé pour évaluer le transport maritime : il « a adopté une approche semblable à celle qui a été utilisée pour l'évaluation environnementale menée en vertu de » la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* « dans la mesure où elle convenait » [à la page 342]. Conformément à cette approche et aux termes des exigences de dépôt de l'Office en ce qui concerne le transport maritime, Trans Mountain devait fournir des renseignements sur les mesures d'atténuation et les solutions de rechange — facteurs qu'une évaluation environnementale doit prendre en compte suivant le paragraphe 19(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*.

[432] Étant donné que la principale préoccupation des demandeurs concernant l'évaluation du transport maritime lié au projet faite par l'Office a trait à l'évaluation des effets négatifs du projet sur les épaulards résidents du sud, l'examen que nous venons de faire des conclusions de l'Office démontre que ce dernier a tenu compte des effets du projet sur les épaulards résidents du sud, y compris des effets environnementaux qu'auraient d'éventuels accidents ou défaillances, de l'importance de ces effets et des effets cumulatifs du projet sur les efforts déployés pour favoriser le rétablissement de l'espèce. L'Office a conclu que les activités connexes au projet des navires-citernes auraient probablement des conséquences négatives importantes sur la population des épaulards résidents du sud.

[433] Given the Board's finding that the Project was likely to result in significant adverse effects on the Southern resident killer whale, and its finding that Project-related marine vessel traffic would further contribute to the total cumulative effects (which were determined to be significant), the Board found that the increase in marine vessel traffic associated with the Project is likely to result in significant adverse effects on the traditional Indigenous use associated with the Southern resident killer whale.

[434] The Board then considered mitigation measures through the limited lens of its regulatory authority. It found there were no direct mitigation measures Trans Mountain could apply to reduce or eliminate potential adverse effects from Project-related tankers.

[435] The Board stated that it considered all reasonable alternatives to Project-related marine shipping that would reduce the impact on SARA-listed species' critical habitat. This would include the critical habitat of the Southern resident killer whale. As part of this consideration, the Board directed Information Request No. 2 to Trans Mountain. In material part, Trans Mountain responded that the only known potential mitigation measures relevant to the Salish Sea to reduce the risk of marine mammal vessel strikes would be to alter the shipping lanes in order to avoid sensitive habitat (that is areas where whales aggregate), and to set speed restrictions. Trans Mountain advised that shipping lanes and speed restrictions are set at the discretion of Transport Canada.

[436] Thereafter, the Board issued an Information Request to Transport Canada that, among other things, requested Transport Canada to summarize any initiatives it was currently supporting or undertaking that evaluated potential alternative shipping lanes or vessel speed reductions along the southern coast of British Columbia with the intent of reducing impacts on marine mammals from marine shipping. Transport Canada responded that it was "not currently contemplating alternative shipping lanes or vessel speed restrictions for the purpose of reducing impacts on marine mammals from marine shipping in British Columbia". However, Transport Canada noted it was participating in the Enhancing Cetacean

[433] Vu les conclusions de l'Office selon lesquelles le projet est susceptible d'entraîner des effets négatifs importants sur les épaulards résidents du sud et que le passage des navires associés au projet ajouterait aux effets cumulatifs totaux (lesquels ont été jugés importants), l'Office a conclu que l'augmentation du transport maritime résultant du projet risquerait d'entraîner des effets négatifs importants sur les utilisations à des fins traditionnelles de ces mammifères marins par les Autochtones.

[434] L'Office a ensuite examiné les mesures d'atténuation sous l'éclairage limité de son pouvoir de réglementation. Il a conclu que Trans Mountain ne pouvait appliquer aucune mesure d'atténuation directe pour limiter ou éliminer des effets négatifs éventuels des navires-citernes en lien avec le projet.

[435] L'Office a déclaré qu'il a tenu compte de toutes les solutions de rechange raisonnables au transport maritime associé au projet qui pourraient réduire l'incidence sur l'habitat essentiel des espèces répertoriées dans la *Loi sur les espèces en péril*, dont celui de l'épaulard résident du sud. Pour ce faire, l'Office a envoyé la demande de renseignements n° 2 à Trans Mountain. Cette dernière a répondu en substance que le seul moyen possible de réduire le risque de collision entre les mammifères marins et les navires dans la mer des Salish consisterait à éviter les habitats sensibles (à savoir les lieux où les épaulards se réunissent) et à établir des limites de vitesse. Trans Mountain a indiqué que les couloirs de navigation et les limites de vitesse sont établis par Transports Canada.

[436] Par la suite, l'Office a envoyé une demande de renseignements à Transports Canada dans laquelle il demandait un résumé des initiatives que le Ministère appuyait à ce moment ou qu'il avait prises pour évaluer d'éventuels couloirs de navigation de rechange ou des limites de vitesse des navires sur la côte méridionale de la Colombie-Britannique afin de réduire les effets du transport maritime sur les mammifères marins. Transports Canada a répondu qu'il n'envisageait pas [TRADUCTION] « actuellement des couloirs de navigation de rechange ou des limitations de vitesse pour réduire les effets du transport maritime en Colombie-Britannique sur les mammifères marins ». Transports Canada a cependant

Habitat and Observation [ECHO] Program led by Port Metro Vancouver.

[437] Transport Canada's statement that it had no current intent to make alterations to shipping lanes or to impose vessel speed restrictions would seem to have pre-empted further consideration of routing alternatives by the Board.

[438] This review of the Board's report has shown that the Board in its assessment of Project-related marine shipping considered:

- the effects of Project-related marine shipping on Southern resident killer whales;
- the significance of the effects;
- the cumulative effect of Project-related marine shipping on the recovery of the Southern resident killer whale population;
- the resulting significant, adverse effects on the traditional Indigenous use associated with the Southern resident killer whale;
- mitigation measures within its regulatory authority; and,
- reasonable alternatives to Project-related marine shipping.

[439] Given the Board's approach to the assessment and its findings, the Board's report was adequate for the purpose of informing the Governor in Council about the effects of Project-related marine shipping on the Southern resident killer whales and their use by Indigenous groups. The Board's report adequately informed the Governor in Council of the significance of these effects, the Board's view there were no direct mitigation measures Trans Mountain could apply to reduce potential adverse effects from Project-related tankers, and that there were potential mitigation measures beyond the Board's regulatory authority and so not the subject of proper consideration by the Board or conditions. Perhaps most

mentionné qu'il participait au programme ECHO (Enhancing Cetacean Habitat and Observation Program) dirigé par le port de Vancouver.

[437] La déclaration de Transports Canada selon laquelle il n'avait pas pour l'instant l'intention de modifier les couloirs de navigation ou d'imposer des limites de vitesse aux navires paraît avoir court-circuité un examen plus approfondi de tracés de rechange par l'Office.

[438] Il ressort de notre examen du rapport de l'Office que, pour son évaluation du transport maritime lié au projet, l'Office a tenu compte :

- des effets du transport maritime lié au projet sur les épaulards résidents du sud;
- de l'importance des effets;
- des effets cumulatifs du transport maritime sur le rétablissement de la population des épaulards résidents du sud;
- des effets négatifs importants qui découlent de ce transport sur l'utilisation à des fins traditionnelles de l'épaulard résident du sud par les Autochtones;
- des mesures d'atténuation relevant de son pouvoir de réglementation;
- des solutions de rechange raisonnables au transport maritime en lien avec le projet.

[439] Étant donné la méthode que l'Office a retenue pour faire son évaluation et ses conclusions, le rapport de l'Office était suffisant pour informer le gouverneur en conseil des effets du transport maritime lié au projet sur les épaulards résidents du sud et l'utilisation de cette ressource par des groupes autochtones. Le rapport de l'Office a adéquatement informé le gouverneur en conseil de l'importance de ces effets, de l'opinion de l'Office selon laquelle il n'existait pas de mesures d'atténuation directes que Trans Mountain pourrait prendre pour réduire les éventuels effets négatifs des navires-citernes associés au projet et que certaines mesures d'atténuation possibles ne relèvent pas de son pouvoir



importantly, the report put the Governor in Council on notice that the Board defined the Project not to include Project-related marine shipping. This decision excluded the effects of Project-related shipping from the definition of the Project as a designated project and allowed the Board to conclude that, as it defined the Project, the Project was not likely to cause significant adverse effects.

[440] The Order in Council and its accompanying Explanatory Note demonstrate that the Governor in Council was fully aware of the manner in which the Board had assessed Project-related marine shipping under the *National Energy Board Act*. The Governor in Council was also fully aware of the effects of Project-related marine shipping identified by the Board and that the operation of Project-related vessels is likely to result in significant adverse effects upon both the Southern resident killer whale and Indigenous cultural uses of this endangered species.

[441] Having found that the Governor in Council understood the Board's approach and resulting conclusions, it remains to consider the reasonableness of the Governor in Council's reliance on the Board's report to approve the Project. This is considered below, after considering the applicants' submissions with respect to the *Species at Risk Act*.

(e) Did the Board err in its treatment of the *Species at Risk Act*?

[442] The purposes of the *Species at Risk Act* are: to prevent wildlife species from being extirpated or becoming extinct; to provide for the recovery of wildlife species that are extirpated, endangered or threatened as a result of human activity; and, to manage species of special concern to prevent them from becoming endangered or threatened (section 6).

de réglementation et n'ont donc pas été examinées en bonne et due forme par l'Office ni fait l'objet de conditions. Plus important encore peut-être, le rapport a averti le gouverneur en conseil que l'Office avait exclu de la définition du projet le transport maritime qui y est lié. Cette décision excluait les effets du transport maritime lié au projet de la définition du projet en tant que projet désigné. L'Office pouvait ainsi conclure que le projet, tel qu'il l'avait défini, n'était pas susceptible d'entraîner des effets négatifs importants.

[440] Le décret et la note explicative qui y est jointe démontrent que le gouverneur en conseil était pleinement conscient de la façon dont l'Office a évalué le transport maritime lié au projet sous le régime de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*. Le gouverneur en conseil était aussi tout à fait au courant des effets du transport maritime en lien avec le projet relevés par l'Office et savait que l'exploitation de navires pour le projet était susceptible d'entraîner des effets négatifs importants sur l'épaulard résident du sud ainsi que sur les usages culturels autochtones en lien avec cette espèce en voie de disparition.

[441] Ayant conclu que le gouverneur en conseil a compris la méthode retenue par l'Office et les conclusions qui en découlent, je dois maintenant me prononcer sur la question de savoir s'il était raisonnable de sa part de fonder sa décision d'approuver le projet sur le rapport de l'Office. C'est ce que je ferai, après avoir examiné les observations des demandeurs au sujet de la *Loi sur les espèces en péril*.

e) L'Office a-t-il commis une erreur au regard de la *Loi sur les espèces en péril*?

[442] La *Loi sur les espèces en péril* a pour objet de prévenir la disparition des espèces sauvages, de permettre le rétablissement de celles qui sont devenues des espèces disparues, en voie de disparition ou menacées par suite de l'activité humaine et de favoriser la gestion des espèces préoccupantes pour éviter qu'elles ne deviennent des espèces en voie de disparition ou menacées (article 6).

[443] Important protections are found in section 77 of the Act, which is intended to protect the critical habitat of listed wildlife species, and section 79, which is intended to protect listed wildlife species and their critical habitat from new projects. Listed wildlife species are those species listed in Schedule 1 of the Act, a list of wildlife species at risk. Sections 77 and 79 are set out in the Appendix to these reasons.

[444] Raincoast and Living Oceans argue that as a result of unreasonably defining the designated project not to include Project-related marine shipping, the Board failed to meet the requirement of subsection 79(2) of the *Species at Risk Act*. As a result of this error they say it was unreasonable for the Governor in Council to rely upon the Board's report without first ensuring that the Board had complied with subsection 79(2) of the Act with respect to Southern resident killer whales. They also argue that it was unreasonable for the Governor in Council not to comply with its additional, independent obligations under subsection 77(1) of the *Species at Risk Act*.

[445] I will deal first with the applicability of section 79 of the Act.

- (i) Did the Board err by concluding that section 79 of the *Species at Risk Act* did not apply to its consideration of the effects of Project-related marine shipping?

[446] Section 79 obligates every person required “to ensure that an assessment of the environmental effects of a project is conducted” to:

- i. promptly notify the competent minister or ministers if the project “is likely to affect a listed wildlife species or its critical habitat” (subsection 79(1));
- ii. identify the adverse effects of the project on the listed wildlife species and its critical habitat (subsection 79(2)); and,
- iii. if the project is carried out, ensure that measures are taken “to avoid or lessen those effects and to

[443] D'importantes protections sont mentionnées à l'article 77 de la Loi, qui vise à protéger l'habitat essentiel des espèces sauvages inscrites, et à l'article 79, qui vise à protéger les espèces sauvages inscrites et leur habitat essentiel lors de nouveaux projets. Les espèces sauvages inscrites sont celles figurant à l'annexe 1 de la Loi, intitulée Liste des espèces en péril. Les articles 77 et 79 sont reproduits à l'annexe des présents motifs.

[444] Raincoast et Living Oceans soutiennent qu'en définissant déraisonnablement le projet désigné de manière à exclure le transport maritime qui y est associé, l'Office n'a pas respecté le paragraphe 79(2) de la *Loi sur les espèces en péril*. Elles affirment qu'en raison de cette erreur, il était déraisonnable pour le gouverneur en conseil de fonder sa décision sur le rapport de l'Office sans d'abord vérifier que ce dernier avait respecté le paragraphe 79(2) de la Loi quant aux épaulards résidents du sud. Elles prétendent aussi qu'il a manqué de manière déraisonnable aux obligations additionnelles et distinctes que lui dicte le paragraphe 77(1) de cette loi.

[445] Commençons par examiner l'application de l'article 79 de la *Loi sur les espèces en péril*.

- (i) L'Office a-t-il conclu à tort que l'article 79 de la *Loi sur les espèces en péril* ne s'appliquait pas à son examen des effets du transport maritime lié au projet?

[446] L'article 79 oblige toute personne qui est tenue « de veiller à ce qu'il soit procédé à l'évaluation des effets environnementaux d'un projet » :

- i. à aviser sans tarder le ministre compétent si le projet « est susceptible de toucher une espèce sauvage inscrite ou son habitat essentiel » (paragraphe 79(1));
- ii. à déterminer les effets nocifs du projet sur l'espèce et son habitat essentiel (paragraphe 79(2));
- iii. si le projet est réalisé, à veiller à ce que des mesures soient prises « en vue [d']éviter [ces

monitor them.” The measures taken must be taken in a way that is consistent with any applicable recovery strategy and action plans (subsection 79(2)).

[447] Subsection 79(3) defines a “project” to mean, among other things, a designated project as defined in subsection 2(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

[448] The Board acknowledged its obligations under section 79 of the *Species at Risk Act* in the course of its environmental assessment (Chapter 10, page 161). However, because it had not defined the designated project to include Project-related marine shipping, the Board rejected Living Oceans’ submission that the Board’s obligations under section 79 of the *Species at Risk Act* applied to its consideration of the effects of Project-related marine shipping on the Southern resident killer whale (Chapter 14, page 332). Notwithstanding this conclusion that section 79 did not apply, for reasons that are not explained in its report, the Board did comply with the obligation under subsection 79(1) to notify the responsible ministers that the Project might affect Southern resident killer whales and their habitat. The Board did this by letter dated April 23, 2014 (a letter sent approximately three weeks after the Board made its scoping decision).

[449] I have found that the Board unjustifiably excluded Project-related marine shipping from the Project’s description. It follows that the failure to apply section 79 of the *Species at Risk Act* to its consideration of the effects of Project-related marine shipping on the Southern resident killer whale was also unjustified.

[450] Both Canada and Trans Mountain argue that, nonetheless, the Board substantially complied with its obligations under section 79 of the *Species at Risk Act*. Therefore, as with the issue of Project-related marine shipping, the next question is whether the Board substantially complied with its obligations under section 79.

effets] ou de les amoindrir ». Les mesures prises doivent être compatibles avec tout programme de rétablissement et tout plan d’action applicable (paragraphe 79(2)).

[447] Suivant le paragraphe 79(3), « projet » s’entend notamment d’un projet désigné au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*.

[448] L’Office a reconnu ses obligations sous le régime de l’article 79 de la *Loi sur les espèces en péril* dans son évaluation environnementale (chapitre 10, page 165). Toutefois, comme sa définition du projet désigné n’incluait pas le transport maritime lié au projet, il a rejeté la prétention de Living Oceans selon laquelle l’article 79 de la *Loi sur les espèces en péril* l’obligeait à examiner les effets du transport maritime associé au projet sur les épaulards résidents du sud (chapitre 14, page 343). Malgré sa conclusion selon laquelle cette disposition ne s’appliquait pas, l’Office, sans dire pourquoi dans son rapport, a respecté l’obligation mentionnée au paragraphe 79(1) d’aviser les ministres responsables que le projet pourrait toucher les épaulards résidents du sud et leur habitat. Il l’a fait dans une lettre en date du 23 avril 2014 (lettre envoyée environ trois semaines après la décision de l’Office sur la portée du projet).

[449] Je suis d’avis que l’Office a commis une erreur en excluant de façon injustifiable le transport maritime connexe au projet de la description du projet. Il s’ensuit que le défaut d’appliquer l’article 79 de la *Loi sur les espèces en péril* à son examen des effets de ce transport sur les épaulards résidents du sud était également injustifié.

[450] Le Canada et Trans Mountain soutiennent tous deux que l’Office a néanmoins respecté essentiellement ses obligations au titre de l’article 79 de la *Loi sur les espèces en péril*. Par conséquent, comme pour la question du transport maritime associé au projet, la question à laquelle il faut maintenant répondre est celle de savoir si l’Office a essentiellement respecté les obligations que lui impose l’article 79.

(ii) Did the Board substantially comply with its obligations under section 79 of the *Species at Risk Act*?

[451] The respondents argue that, in addition to complying with the notification requirement found in subsection 79(1), the Board considered:

- the adverse impacts of marine shipping on listed wildlife species and their critical habitat;
- all reasonable alternatives to marine shipping that would reduce impact on listed species' critical habitat; and
- measures, consistent with the applicable recovery strategies or action plans, to avoid or lessen any adverse impacts of the Project.

[452] Canada and Trans Mountain submit that as a result the Board met its requirements “where possible” (Trans Mountain’s memorandum of fact and law, paragraph 120). On this last point, Trans Mountain submits that the Board lacked authority to impose conditions or otherwise ensure that measures were taken to avoid or lessen the effects of marine shipping on species at risk. Thus, while the Board could identify potential mitigation measures, and encourage the appropriate regulatory authorities to take further action, it could not ensure compliance with subsection 79(2) of the *Species at Risk Act*.

[453] Canada and Trans Mountain have accurately summarized the Board’s findings that are relevant to its consideration of Project-related shipping in the context of the *Species at Risk Act*. However, I do not accept their submission that the Board’s consideration of the Project’s impact on the Southern resident killer whale substantially complied with its obligation under section 79 of the *Species at Risk Act*. I reach this conclusion for the following reason.

(ii) L’Office a-t-il respecté essentiellement ses obligations au titre de l’article 79 de la *Loi sur les espèces en péril*?

[451] Les défendeurs soutiennent que, outre le fait qu’il a respecté l’obligation de notification énoncée au paragraphe 79(1), l’Office a tenu compte :

- des effets nocifs du transport maritime sur les espèces sauvages inscrites et leur habitat essentiel;
- de toutes les solutions de rechange raisonnables au transport maritime qui pourraient réduire les incidences sur l’habitat des espèces inscrites;
- des mesures, compatibles avec les initiatives ou plans d’action de rétablissement applicables, visant à éviter ou à diminuer les conséquences négatives du projet.

[452] Le Canada et Trans Mountain affirment que l’Office a par conséquent satisfait à ses obligations [TRANSDUCTION] « dans la mesure du possible » (mémoire des faits et du droit de Trans Mountain, paragraphe 120). Sur ce dernier point, Trans Mountain prétend que l’Office n’a pas compétence pour imposer des conditions ou autrement veiller à ce que des mesures soient prises pour éviter ou diminuer les effets du transport maritime sur les espèces en péril. Par conséquent, l’Office pouvait mentionner d’éventuelles mesures d’atténuation et encourager les autorités de réglementation concernées à prendre d’autres mesures, mais il ne pouvait pas assurer le respect du paragraphe 79(2) de la *Loi sur les espèces en péril*.

[453] Le Canada et Trans Mountain ont correctement résumé les conclusions de l’Office qui sont pertinentes pour son examen du transport associé au projet dans le contexte de la *Loi sur les espèces en péril*. Je n’accepte toutefois pas leur prétention selon laquelle l’examen par l’Office de l’incidence du projet sur l’épaulard résident du sud satisfaisait essentiellement à son obligation au titre de l’article 79 de la *Loi sur les espèces en péril*, et ce, pour le motif suivant.

[454] By defining the Project not to include Project-related marine shipping, the Board failed to consider its obligations under the *Species at Risk Act* when it considered the Project's impact on the Southern resident killer whale. Had it done so, in light of its recommendation that the Project be approved, subsection 79(2) of the *Species at Risk Act* required the Board to ensure, if the Project was carried out, that "measures are taken to avoid or lessen" the Project's effects on the Southern resident killer whale and to monitor those measures.

[455] While I recognize the Board could not regulate shipping, it was nonetheless obliged to consider the consequences at law of its inability to "ensure" that measures were taken to ameliorate the Project's impact on the Southern resident killer whale. However, the Board gave no consideration in its report to the fact that it recommended approval of the Project without any measures being imposed to avoid or lessen the Project's significant adverse effects upon the Southern resident killer whale.

[456] Because marine shipping was beyond the Board's regulatory authority, it assessed the effects of marine shipping in the absence of mitigation measures and did not recommend any specific mitigation measures. Instead it encouraged other regulatory authorities "to explore any such initiatives" (report, page 349). While the Board lacked authority to regulate marine shipping, the final decision maker was not so limited. In my view, in order to substantially comply with section 79 of the *Species at Risk Act* the Governor in Council required the Board's exposition of all technically and economically feasible measures that are available to avoid or lessen the Project's effects on the Southern resident killer whale. Armed with this information the Governor in Council would be in a position to see that, if approved, the Project was not approved until all technically and economically feasible mitigation measures within the authority of the federal government were in place. Without this information the Governor in Council lacked the necessary information to make the decision required of it.

[454] Comme sa définition du projet exclut le transport maritime en lien avec le projet, l'Office n'a pas tenu compte des obligations qui lui incombent sous le régime de la *Loi sur les espèces en péril* lorsqu'il a examiné l'incidence du projet sur l'épaulard résident du sud. Or, s'il en avait tenu compte, comme il avait recommandé l'approbation du projet, il aurait fallu, aux termes du paragraphe 79(2) de la *Loi sur les espèces en péril*, qu'il veille, si le projet était réalisé, à ce que des « mesures compatibles [...] soient prises » en vue d'éviter ou d'amoinrir les effets du projet sur l'épaulard résident du sud et de les surveiller.

[455] Certes, l'Office ne peut réglementer le transport, mais il était néanmoins obligé d'envisager les conséquences juridiques de son incapacité à « veiller » à ce que des mesures soient prises pour améliorer les incidences du projet sur l'épaulard résident du sud. Or, son rapport est muet sur le fait qu'il a recommandé l'approbation du projet sans imposer des mesures pour éviter ou amoindrir les effets nocifs importants du projet sur l'épaulard résident du sud.

[456] Comme le transport maritime ne relevait pas de son pouvoir de réglementation, l'Office a évalué les effets du transport maritime, abstraction faite de toute mesure d'atténuation, et n'en a recommandé aucune. Il a plutôt encouragé d'autres autorités de réglementation à « examiner de telles initiatives » (rapport, page 361). Si l'Office n'avait pas le pouvoir de réglementer le transport maritime, le décideur final n'était pas contraint de la sorte. À mon avis, afin de se conformer pour l'essentiel aux exigences de l'article 79 de la *Loi sur les espèces en péril*, le gouverneur en conseil nécessitait de se voir communiquer par l'Office toutes les mesures réalisables, sur les plans technique et économique, visant à éviter ou à amoindrir les effets du projet sur l'épaulard résident du sud. Fort de ces renseignements, le gouverneur en conseil serait en mesure de voir que, s'il était approuvé, le projet ne serait pas approuvé tant que toutes les mesures d'atténuation réalisables sur les plans technique et économique ne seraient pas mises en œuvre. Sans ces renseignements, le gouverneur en conseil ne disposait pas de l'information nécessaire pour prendre la décision qu'il était tenu de prendre.

[457] The reasonableness of the Governor in Council's reliance on the Board's report is considered below.

[458] For completeness I now turn to the second argument advanced by Raincoast and Living Oceans: it was unreasonable for the Governor in Council to fail to comply with its additional, independent obligations under subsection 77(1) of the *Species at Risk Act*.

(iii) Was the Governor in Council obliged to comply with subsection 77(1) of the *Species at Risk Act*?

[459] Subsection 77(1) applies when any person or body, other than a competent minister, issues or approves “a licence, a permit or any other authorization that authorizes an activity that may result in the destruction of any part of the critical habitat of a listed wildlife species”. The person or body may authorize such an activity only if they have consulted with the competent minister, considered the impact on the species' critical habitat and formed the opinion that: (a) all reasonable alternatives to the activity that would reduce the impact on the critical habitat have been considered and the best solution has been adopted; and (b) all feasible mitigation measures will be taken to minimize the impact on the critical habitat.

[460] The Board accepted that:

... vessel noise is considered a threat to the acoustic integrity of Southern resident killer whale critical habitat, and that physical and acoustic disturbance from human activities may be key factors causing depletion or preventing recovery of resident killer whale populations.

(report, page 350.)

[461] It also accepted that the impact of a Southern resident killer whale being exposed to an oil spill “is potentially catastrophic” (report, page 398).

[457] J'examine plus loin la question de savoir s'il était raisonnable pour le gouverneur en conseil de fonder sa décision sur le rapport de l'Office.

[458] Par souci d'exhaustivité, j'examine le deuxième argument avancé par Raincoast et Living Oceans : il était déraisonnable pour le gouverneur en conseil de faire fi des obligations additionnelles et distinctes que lui impose le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les espèces en péril*.

(iii) Le gouverneur en conseil était-il tenu de respecter le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les espèces en péril*?

[459] Le paragraphe 77(1) s'applique lorsque toute personne ou tout organisme, autre qu'un ministre compétent, donne son accord à « un permis ou autre autorisation [...] visant la mise à exécution d'une activité susceptible d'entraîner la destruction d'un élément de l'habitat essentiel d'une espèce sauvage inscrite ». La personne ou l'organisme ne peut donner son accord que s'il a consulté le ministre compétent, s'il a envisagé les conséquences négatives de l'activité pour l'habitat essentiel de l'espèce et s'il estime, à la fois : a) que toutes les solutions de rechange susceptibles de minimiser les conséquences négatives de l'activité pour l'habitat essentiel de l'espèce ont été envisagées, et que la meilleure solution a été retenue; b) que toutes les mesures possibles seront prises afin de minimiser les conséquences négatives de l'activité pour l'habitat essentiel de l'espèce.

[460] L'Office reconnaît que :

[...] le bruit provoqué par les navires passe pour menacer l'intégrité acoustique de l'habitat essentiel de l'épaulard résident du sud, et que la perturbation physique et acoustique imputable à l'activité anthropique peut être un facteur déterminant qui contribue au décroissement des populations d'épaulards résidents ou empêche leur rétablissement.

(rapport, page 362.)

[461] Il accepte aussi qu'un déversement « risque d'avoir des conséquences catastrophiques » pour les épaulards résidents du sud (rapport, page 413).



[462] Based on these findings, Raincoast and Living Oceans submit that Project-related shipping “may destroy” critical habitat so that subsection 77(1) was engaged.

[463] I respectfully disagree. The Order in Council directed the Board to issue a certificate of public convenience and necessity approving the construction and operation of the expansion project. The Governor in Council did not issue or approve a licence, permit or other authorization that authorized marine shipping.

[464] Further, subsection 77(1.1) of the *Species at Risk Act* provides that subsection 77(1) does not apply to the Board when, as in the present case, it issues a certificate pursuant to an order made by the Governor in Council under subsection 54(1) of the *National Energy Board Act*. I accept Canada’s submission that Parliament would not have intended to exempt the Board from the application of subsection 77(1) while at the same time contemplating that the Governor in Council was not exempted and was obliged to comply with subsection 77(1). This is particularly so given the Board’s superior expertise in assessing impacts on habitat and mitigation measures. If subsection 77(1) applied, the Board’s ability to meet its obligations was superior to that of the Governor in Council.

- (f) Conclusion: the Governor in Council erred by relying upon the Board’s report as a proper condition precedent to the Governor in Council’s decision

[465] Trans Mountain’s application was complex, raising challenging issues on matters as diverse as Indigenous rights and concerns, pipeline integrity, the fate and behaviours of spilled hydrocarbons in aquatic environments, emergency prevention, preparedness and response, the need for the Project and its economic feasibility and the effects of Project-related shipping activities.

[466] The approval process was long and demanding for all participants; after the hearing the Board was left to review tens of thousands of pages of evidence.

[462] Sur le fondement de ces conclusions, Raincoast et Living Oceans soutiennent que le transport lié au projet [TRADUCTION] « peut détruire » l’habitat essentiel, de sorte que le paragraphe 77(1) entre en jeu.

[463] Je ne suis pas d’accord. Le décret enjoint à l’Office de délivrer un certificat d’utilité publique approuvant la construction et l’exploitation du projet d’agrandissement. Le gouverneur en conseil n’a pas délivré ou approuvé un permis ou une autre autorisation concernant le transport maritime.

[464] De plus, le paragraphe 77(1.1) de la *Loi sur les espèces en péril* prévoit que le paragraphe 77(1) ne s’applique pas à l’Office lorsque, comme en l’espèce, il délivre un certificat conformément à un décret pris par le gouverneur en conseil en vertu du paragraphe 54(1) de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*. J’accepte la prétention du Canada selon laquelle le législateur n’aurait pas voulu soustraire l’Office à l’application du paragraphe 77(1) tout en y assujettissant le gouverneur en conseil, d’autant plus que l’expertise de l’Office est supérieure à celle du gouverneur en conseil pour ce qui est de l’évaluation des conséquences sur l’habitat et des mesures d’atténuation. Si le paragraphe 77(1) s’appliquait, l’Office était davantage en mesure que le gouverneur en conseil d’en respecter les prescriptions.

- f) Conclusion : le gouverneur en conseil a fait erreur en fondant sa décision sur le rapport de l’Office comme condition préalable adéquate

[465] La demande de Trans Mountain était complexe, soulevait des questions difficiles sur des sujets aussi divers que les droits et préoccupations des Autochtones, l’intégrité du pipeline, l’évolution et le comportement d’hydrocarbures déversés dans un environnement aquatique, la prévention, la préparation et l’intervention d’urgence, la réponse du projet à un besoin, la faisabilité économique du projet et les effets des activités de transport liées au projet.

[466] Le processus d’approbation a été long et exigeant pour tous les participants et, après l’audience, l’Office devait encore examiner des dizaines de milliers de pages de preuve.

[467] Many aspects of the Board's report are not challenged in this proceeding.

[468] This said, I have found that the Board erred by unjustifiably excluding Project-related marine shipping from the Project's definition. While the Board's assessment of Project-related shipping was adequate for the purpose of informing the Governor in Council about the effects of such shipping on the Southern resident killer whale, the Board's report was also sufficient to put the Governor in Council on notice that the Board had unjustifiably excluded Project-related shipping from the Project's definition.

[469] It was this exclusion that permitted the Board to conclude that section 79 of the *Species at Risk Act* did not apply to its consideration of the effects of Project-related marine shipping. This exclusion then permitted the Board to conclude that, notwithstanding its conclusion that the operation of Project-related marine vessels is likely to result in significant adverse effects to the Southern resident killer whale, the Project (as defined by the Board) was not likely to cause significant adverse environmental effects. The Board could only reach this conclusion by defining the Project not to include Project-related shipping.

[470] The unjustified exclusion of Project-related marine shipping from the definition of the Project thus resulted in successive deficiencies such that the Board's report was not the kind of "report" that would arm the Governor in Council with the information and assessments it required to make its public interest determination and its decision about environmental effects and their justification. In the language of *Gitxaala* this resulted in a report so deficient that it could not qualify as a "report" within the meaning of the legislation and it was unreasonable for the Governor in Council to rely upon it. The Board's finding that the Project was not likely to cause significant adverse environmental effects was central to its report. The unjustified failure to assess the effects of marine shipping under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and the resulting flawed conclusion about the effects of the Project was so critical that the Governor in Council could not functionally make the

[467] De nombreux aspects du rapport de l'Office ne sont pas contestés dans le cadre de la présente instance.

[468] Cela dit, je suis d'avis que l'Office a commis une erreur en excluant de façon injustifiable le transport maritime lié au projet de la définition de ce dernier. L'évaluation faite par l'Office du transport en lien avec le projet était suffisante pour informer le gouverneur en conseil des effets d'un tel transport sur l'épaulard résident du sud; le rapport de l'Office était aussi suffisant pour que le gouverneur en conseil remarque que l'Office avait exclu de façon injustifiable le transport lié au projet de la définition de ce dernier.

[469] C'est cette exclusion qui a permis à l'Office de conclure que l'article 79 de la *Loi sur les espèces en péril* ne s'appliquait pas à son examen des effets du transport maritime associé au projet. Cette exclusion a ensuite permis à l'Office de conclure que, même s'il avait jugé que l'exploitation de navires en lien avec le projet était susceptible d'avoir des effets négatifs importants sur l'épaulard résident du sud, le projet (tel qu'il avait été défini par l'Office) n'était pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants. L'Office pouvait uniquement parvenir à cette conclusion en définissant le projet de manière à exclure le transport connexe.

[470] L'exclusion injustifiée du transport maritime en lien avec le projet de la définition du projet a ainsi entraîné une série de vices, de sorte que le rapport de l'Office ne constituait pas un « rapport » qui pouvait fournir au gouverneur en conseil les renseignements et les évaluations dont il avait besoin pour déterminer l'intérêt public et prendre une décision sur les effets environnementaux et leur justification. Pour reprendre les termes de l'arrêt *Gitxaala*, ces vices ont donné lieu à un rapport lacunaire au point qu'il ne constitue pas un « rapport » au sens de la loi, et il était déraisonnable pour le gouverneur en conseil de s'en remettre à celui-ci. La conclusion de l'Office selon laquelle le projet n'était pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants était cruciale dans le rapport. Le défaut injustifié d'évaluer adéquatement les effets du transport maritime sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* et la conclusion

kind of assessment of the Project's environmental effects and the public interest that the legislation requires.

[471] I have considered the reference in the Explanatory Note to the Order in Council to the government's commitment to the proposed Action Plan for the Southern resident killer whale and the then recently announced Oceans Protection Plan. These inchoate initiatives, while laudable and to be encouraged, are by themselves insufficient to overcome the material deficiencies in the Board's report because the "report" did not permit the Governor in Council to make an informed decision about the public interest and whether the Project is likely to cause significant adverse environmental effects as the legislation requires.

[472] There remains to consider the issue of the remedy which ought to flow from the unreasonable reliance upon the Board's report. In my view, this is best dealt with following consideration of the adequacy of the Crown's consultation process.

[473] My conclusion that the Board's report was so flawed that it was unreasonable for the Governor in Council to rely upon it arguably makes it unnecessary to deal with the argument advanced on behalf of the Attorney General of British Columbia. It is nonetheless important that it be briefly considered.

### 3. The challenge of the Attorney General of British Columbia

[474] As explained above at paragraphs 64 and 65, after the Board submits a report to the Governor in Council setting out the Board's recommendation under section 52 of the *National Energy Board Act* about whether a certificate of public convenience and necessity should issue, the Governor in Council may, among other options, by order direct the Board to issue a certificate of public convenience and necessity. Irrespective of the option selected, the Governor in Council's order "must set out the

erronée qui en a découlé au sujet des effets du projet étaient tellement cruciaux que le gouverneur en conseil ne pouvait pas procéder aux évaluations des effets environnementaux du projet et de l'intérêt public qu'exige la loi.

[471] J'ai examiné le renvoi, dans la note explicative du décret, à l'engagement du gouvernement en vue du plan d'action proposé à l'égard de l'épaulard résident du sud et du Plan de protection des océans qui venait alors d'être annoncé. Ces initiatives naissantes, quoiqu'elles soient louables et doivent être encouragées, sont insuffisantes à elles seules pour permettre de remédier aux irrégularités importantes du rapport de l'Office parce que le « rapport » ne permettait pas au gouverneur en conseil de prendre une décision éclairée sur l'intérêt public et la question de savoir si le projet est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants, comme l'exige la loi.

[472] Il convient d'examiner ensuite la réparation qui devrait être accordée, le gouverneur en conseil s'en étant déraisonnablement remis au rapport de l'Office. À mon avis, il est préférable de traiter de cette question après l'examen de la qualité des consultations par la Couronne.

[473] Vu ma conclusion selon laquelle le rapport de l'Office était tellement vicié qu'il était déraisonnable pour le gouverneur en conseil de s'en remettre à celui-là, il est sans doute inutile d'examiner l'argument avancé par le procureur général de la Colombie-Britannique. Or, j'estime qu'il est néanmoins important d'en traiter brièvement.

### 3. La prétention du procureur général de la Colombie-Britannique

[474] Comme je l'explique aux paragraphes 64 et 65, après la présentation par l'Office au gouverneur en conseil d'un rapport comportant sa recommandation conforme à l'article 52 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* quant à savoir si un certificat d'utilité publique devrait être délivré, le gouverneur en conseil peut, entre autres options, enjoindre par décret à l'Office de délivrer un certificat d'utilité publique. Peu importe l'option choisie, le gouverneur en conseil « énonce, dans le décret,

reasons for making the order” (subsection 54(2) of the *National Energy Board Act*). The Attorney General of British Columbia intervened in this proceeding to argue that, in breach of this statutory obligation, the Governor in Council failed to give reasons explaining why the Project is not likely to cause significant adverse environmental effects and why the Project is in the public interest.

[475] The Attorney General also argued in its written memorandum, but not orally, that the Governor in Council failed to consider the “disproportionate impact of Project-related marine shipping spill risks on the Province of British Columbia”. This failure is said to render the Governor in Council’s decision unreasonable.

[476] In consequence, the Attorney General of British Columbia supports the request of the applicants that the Governor in Council’s Order in Council be set aside.

- (a) Did the Governor in Council fail to comply with the obligation to give reasons?

[477] The lynchpin of the Attorney General’s argument is his submission that the Governor in Council’s reasons must be found “within the four corners of the Order in Council” and nowhere else. Thus, the Attorney General submits that it is impermissible to have regard to the accompanying Explanatory Note or to documents referred to in the Explanatory Note, including the Board’s report and the Crown Consultation Report. Read in this fashion, the Order in Council does not explain why the Governor in Council found the Project is not likely to cause any significant adverse environmental effects or was in the public interest.

[478] I respectfully reject the premise of this submission. Subsection 54(2) does not dictate the form the Governor in Council’s reasons should take, requiring only that the “order must set out the reasons”. Given the legislative nature and the standard format of an Order in Council (generally a series of recitals followed by an order) Orders in Council are not well-suited to the

les motifs de celui-ci » (paragraphe 54(2) de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*). Le procureur général de la Colombie-Britannique est intervenu en l’espèce pour faire valoir que le gouverneur en conseil avait, en violation de cette obligation légale, omis d’expliquer pourquoi le projet n’est pas susceptible d’entraîner des effets environnementaux négatifs importants et pourquoi le projet est d’intérêt public.

[475] Le procureur général fait également valoir dans son mémoire, mais pas dans ses observations orales, que le gouverneur en conseil a omis de tenir compte des [TRADUCTION] « effets disproportionnés que pourraient avoir sur la Colombie-Britannique les risques de déversement posés par le transport maritime associé au projet ». Cette omission rendrait la décision du gouverneur en conseil déraisonnable.

[476] En conséquence, le procureur général de la Colombie-Britannique appuie la demande formulée par les demandeurs visant l’annulation du décret adopté par le gouverneur en conseil.

- a) Le gouverneur en conseil a-t-il manqué à son obligation de fournir des motifs?

[477] L’élément central de l’argument du procureur général est sa prétention selon laquelle les motifs du gouverneur en conseil doivent se trouver [TRADUCTION] « à l’intérieur même du décret » et nulle part ailleurs. Ainsi, le procureur général affirme qu’on ne saurait tenir compte de la note explicative qui y est jointe ou des documents mentionnés dans cette note, y compris le rapport de l’Office et le rapport de consultation de la Couronne. Ainsi, le décret n’explique pas pourquoi le gouverneur en conseil a conclu que le projet n’était pas susceptible d’entraîner des effets environnementaux négatifs importants ou qu’il était d’intérêt public.

[478] Sauf le respect que je dois au procureur général, je rejette la prémisse sous-tendant cette prétention. Le paragraphe 54(2) ne dicte pas la forme que devraient revêtir les motifs du gouverneur en conseil. Il exige uniquement que le gouverneur en conseil « énonce, dans le décret, les motifs de celui-ci ». Étant donné leur nature législative et leur format normalisé (généralement une série d’attendus

provision of lengthy reasons. In the present case, the two-page Order in Council was accompanied by the 20-page Explanatory Note. They were published together in the *Canada Gazette* [Part 1, Vol. 50, No. 50, 10 December 2016]. Given this joint publication, it would, in my view, be unduly formalistic to set aside the Order in Council on the ground that the reasons found in the attached Explanatory Note were placed in an attachment to the order, and not within the “four square corners” of the order.

[479] Similarly, it would be unduly formalistic not to look to the content of the Board’s report that informed the Governor in Council when rendering its decision. The Order in Council specifically referenced the Board’s report and the terms and conditions set out in an appendix to the report, and expressly accepted the Board’s public interest recommendation. This conclusion that the Order in Council may be read with the Board’s report is consistent with this Court’s decision in *Gitxaala*, where the Court accepted Canada’s submission that the Order in Council should be read together with the findings and recommendations in the report of the joint review panel. This Court read the Order in Council together with the report and other documents in the record and found that the Governor in Council had met its statutory obligation to give reasons.

[480] I therefore find that the Governor in Council also in this case complied with its statutory obligation to give reasons.

- (b) Did the Governor in Council fail to consider the impact of Project-related shipping spill risks on the Province of British Columbia?

[481] I disagree that the Governor in Council failed to consider the impact of shipping spill risks. The Explanatory Note shows the Governor in Council considered that:

suivis par une ordonnance), les décrets ne permettent pas aisément la présentation de longs motifs. En l’espèce, le décret de deux pages était accompagné d’une note explicative de 20 pages. Le décret et la note ont été publiés ensemble dans la *Gazette du Canada* [partie I, vol. 50, n° 50, 10 décembre 2016]. Vu cette publication conjointe, il serait à mon avis indûment formaliste d’annuler le décret au motif que les motifs figurant dans la note explicative se trouvaient dans une pièce jointe au décret et non [TRADUCTION] « à l’intérieur même » du décret.

[479] De même, il serait indûment formaliste de négliger le rapport de l’Office, qui éclaire la décision du gouverneur en conseil. Le décret renvoyait expressément au rapport et aux conditions énoncées dans l’annexe du rapport, et a expressément accepté la recommandation de l’Office sur l’intérêt public. La conclusion selon laquelle le décret doit être interprété à la lumière du rapport de l’Office est conforme à l’arrêt *Gitxaala*, dans lequel notre Cour a accepté la prétention du Canada selon laquelle le décret devait être interprété à la lumière des conclusions et recommandations figurant dans le rapport de la commission d’examen conjoint. Ayant pris connaissance du contenu du décret, du rapport et des autres documents au dossier, la Cour a conclu que le gouverneur en conseil avait respecté son obligation légale d’énoncer les motifs.

[480] Je conclus par conséquent que le gouverneur en conseil a, en l’espèce, aussi respecté son obligation légale de fournir des motifs.

- b) Le gouverneur en conseil a-t-il omis de tenir compte des effets que pourraient avoir sur la Colombie-Britannique les risques de déversement posés par le transport maritime associé au projet?

[481] Je ne suis pas d’accord pour dire que le gouverneur en conseil a omis de tenir compte des effets des risques de déversement liés au transport maritime. La note explicative montre que le gouverneur en conseil a tenu compte de ce qui suit :

- The Board found the risk of a major crude oil spill occurring was low (Explanatory Note, page 10).
- The Board imposed conditions relating to accidents and malfunctions (Explanatory Note, page 13).
- L'Office a conclu que le risque de déversement important de pétrole brut était faible (note explicative, page 10).
- L'Office a imposé des conditions liées aux accidents et aux défaillances (note explicative, page 13).

[482] Under the heading “Government response to what was heard” the Explanatory Note set out the following about the risk of spills [at pages 18–19]:

Communities are deeply concerned about the risk and impacts that oil spills pose to their land, air, water and communities. In addition to the terms and conditions related to spills identified by the NEB, land-based oil spills are subject to both federal and provincial jurisdiction. Federally regulated pipelines are subject to NEB regulation and oversight, which requires operators to develop comprehensive emergency management programs and collaborate with local responders in the development of these programs. B.C. also recently implemented regulations under the provincial *Environmental Management Act* to strengthen provincial oversight and require industry and government to collaborate in response to spills in B.C.

The Government recently updated its world-leading pipeline safety regime through the *Pipeline Safety Act*, which came into force in June 2016. The Act implements \$1 billion in “absolute liability” for companies operating major crude oil pipelines to clarify that operators will be responsible for all costs associated with spills irrespective of fault up to \$1 billion; operators remain liable on an unlimited basis beyond this amount when they are negligent or at fault. The Act also requires proponents to carry cash on hand to ensure they are in a position to immediately respond to emergencies.

With respect to ship source spills, the Government recently announced \$1.5 billion in new investment in a national Oceans Protection Plan to enhance its world-leading marine safety regime. The Oceans Protection Plan has four main priority areas:

[482] Sous le titre « Réponse du gouvernement aux commentaires exprimés aux audiences », la note explicative indique ce qui suit au sujet des risques de déversement [aux pages 18 et 19] :

Les collectivités sont vivement préoccupées par le risque des déversements et leurs effets sur leurs terres, l’air, l’eau et les communautés locales. En plus des conditions relatives aux déversements énoncées par l’Office, les déversements d’hydrocarbures d’origine terrestre relèvent de la compétence fédérale et de la compétence provinciale. Les pipelines sous réglementation fédérale sont assujettis au dispositif réglementaire et à la surveillance de l’Office, qui impose aux exploitants de mettre en place des programmes de gestion des urgences et de travailler avec les services d’urgence locaux à l’élaboration de ces programmes. La Colombie-Britannique a récemment adopté des règlements en vertu de l’*Environmental Management Act* dans le but de renforcer la surveillance provinciale et d’exiger la collaboration entre l’industrie et le gouvernement aux interventions en cas de déversements dans la province.

Le gouvernement a récemment actualisé son système de sécurité des pipelines de calibre mondial par l’entremise de la *Loi sur la sûreté des pipelines*, qui est entrée en vigueur en juin 2016. La Loi prévoit une « responsabilité absolue » de 1 milliard de dollars qui précise que les exploitants devront assumer tous les coûts associés aux déversements, sans égard à la faute, jusqu’à concurrence de 1 milliard de dollars; les exploitants conservent une responsabilité illimitée au-delà de ce montant lorsque la faute leur incombe. La Loi exige aussi que les exploitants disposent des ressources financières nécessaires pour être en mesure de réagir immédiatement aux urgences.

En ce qui concerne les déversements provenant des navires, le gouvernement a récemment annoncé un nouvel investissement de 1,5 milliard de dollars dans le Plan de protection des océans pour renforcer son régime de sécurité maritime de calibre mondial. Ce Plan est axé sur quatre grandes priorités :



- creating a world-leading marine safety system that improves responsible shipping and protects Canada's waters, including new preventative and response measures;
- restoring and protecting the marine ecosystems and habitats, using new tools and research;
- strengthening partnerships and launching co-management practices with Indigenous communities, including building local emergency response capacity; and
- investing in oil spill cleanup research and methods to ensure that decisions taken in emergencies are evidence-based.

The Plan responds to concerns related to potential marine spills by strengthening the Coast Guard's ability to take command in marine emergencies, toughening requirements for industry response to incidents, and by enhancing Indigenous partnerships.

[483] While the Attorney General of British Columbia disagrees with the Governor in Council's assessment of the risk of a major spill from Project-related shipping, there is no merit to the submission that the Governor in Council failed to consider the risk of spills posed by Project-related shipping.

[484] I now turn to consider the adequacy of the consultation process.

D. Should the decision of the Governor in Council be set aside on the ground that Canada failed to consult adequately with the Indigenous applicants?

1. The applicable legal principles

[485] Before commencing the analysis, it is helpful to discuss briefly the principles that have emerged from the jurisprudence which has considered the scope and content of the duty to consult. As explained in the opening paragraphs of these reasons, the applicable principles are

- créer un système de sécurité maritime de calibre mondial qui permet d'améliorer la navigation responsable et la protection des eaux canadiennes, notamment au moyen de nouvelles mesures de prévention et d'intervention;
- restaurer et protéger les écosystèmes et les habitats marins à l'aide de recherches et d'outils récents;
- renforcer nos partenariats et mettre en œuvre des pratiques de gestion conjointe avec les communautés autochtones, y compris développer la capacité d'intervention en cas d'urgence des autorités locales;
- investir dans la recherche et les méthodes de nettoyage des déversements d'hydrocarbures afin de veiller à ce que les décisions prises en situation d'urgence soient fondées sur des données probantes.

Le Plan tient compte des préoccupations concernant les déversements éventuels en mer en renforçant la capacité de la Garde côtière de prendre le commandement en cas d'urgences en mer, en durcissant les exigences touchant la réaction de l'industrie aux incidents et en renforçant les partenariats avec les autochtones.

[483] Bien que le procureur général de la Colombie-Britannique ne souscrive pas à l'appréciation par le gouverneur en conseil des risques de déversement important liés au transport maritime dans le cadre du projet, l'observation selon laquelle le gouverneur en conseil a omis de tenir compte des risques de déversement que pose le transport en question est dénuée de fondement.

[484] J'examine ensuite la qualité du processus de consultation.

D. La décision du gouverneur en conseil devrait-elle être annulée au motif que le Canada a omis de consulter adéquatement les demandeurs autochtones?

1. Les principes juridiques applicables

[485] Avant de commencer l'analyse, il est utile de traiter brièvement des principes qui se dégagent de la jurisprudence récente portant sur l'étendue et la teneur de l'obligation de consulter. Comme je l'explique au début des présents motifs, les principes applicables ne sont pas

not in dispute; what is in dispute is whether, on the facts of this case (which are largely agreed), Canada fulfilled its constitutional duty to consult.

[486] The duty to consult is grounded in the honour of the Crown and the protection provided for “existing aboriginal and treaty rights” in subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The duties of consultation and, if required, accommodation form part of the process of reconciliation and fair dealing (*Haida Nation*, paragraph 32).

[487] The duty arises when the Crown has actual or constructive knowledge of the potential existence of Indigenous rights or title and contemplates conduct that might adversely affect those rights or title (*Haida Nation*, paragraph 35). The duty reflects the need to avoid the impairment of asserted or recognized rights caused by the implementation of a specific project.

[488] The extent or content of the duty of consultation is fact specific. The depth or richness of the required consultation increases with the strength of the *prima facie* Indigenous claim and the seriousness of the potentially adverse effect upon the claimed right or title (*Haida Nation*, paragraph 39; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, paragraph 36).

[489] When the claim to title is weak, the Indigenous interest is limited or the potential infringement is minor, the duty of consultation lies at the low end of the consultation spectrum. In such a case, the Crown may be required only to give notice of the contemplated conduct, disclose relevant information and discuss any issues raised in response to the notice (*Haida Nation*, paragraph 43). When a strong *prima facie* case for the claim is established, the right and potential infringement is of high significance to Indigenous peoples, and the risk of non-compensable damage is high, the duty of consultation lies at the high end of the spectrum. While the precise requirements will vary with the circumstances, a deep consultative process might entail: the opportunity to make submissions;

contestés; la question consiste à savoir si, d’après les faits de l’espèce (qui sont en bonne partie incontestés), le Canada s’est acquitté de son obligation constitutionnelle de consulter.

[486] L’obligation de consulter découle du principe de l’honneur de la Couronne et de la protection des « droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones » prévue au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L’obligation de consulter et, s’il y a lieu, celle d’accommoder font partie du processus de conciliation et de négociation honorable (*Nation haïda*, paragraphe 32).

[487] L’obligation prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l’existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d’avoir un effet préjudiciable sur celui-ci (*Nation haïda*, paragraphe 35). Elle témoigne de la nécessité d’éviter que la mise en œuvre d’un projet particulier porte atteinte aux droits revendiqués ou reconnus.

[488] L’étendue ou la teneur de l’obligation de consulter est tributaire des faits. La consultation exigée est plus approfondie lorsque la revendication autochtone paraît de prime abord fondée et que l’effet sur le droit ou titre ancestral revendiqué est grave (*Nation haïda*, paragraphe 39; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, paragraphe 36).

[489] Lorsque la revendication du titre est peu solide, le droit ancestral limité ou le risque d’atteinte faible, l’obligation de consulter se trouve à l’extrémité inférieure du continuum. En pareil cas, les seules obligations qui pourraient incomber à la Couronne seraient d’aviser les intéressés des mesures envisagées, de communiquer les renseignements pertinents et de discuter des questions soulevées par suite de l’avis (*Nation haïda*, paragraphe 43). Lorsqu’une preuve à première vue solide de la revendication est établie, que le droit et l’atteinte potentielle sont d’une grande importance pour les Autochtones et que le risque de préjudice non indemnifiable est élevé, l’obligation de consulter se trouve à l’extrémité supérieure du continuum. Bien que les exigences

formal participation in the decision-making process; and, the provision of written reasons to show that Indigenous concerns were considered and how those concerns were factored into the decision (*Haida Nation*, paragraph 44).

[490] Parliament may choose to delegate procedural aspects of the duty to consult to a tribunal.

[491] The Supreme Court has found the Board to possess both the procedural powers necessary to implement consultation and the remedial powers to accommodate, where necessary, affected Indigenous claims and Indigenous and treaty rights. The Board's process can, therefore, be relied on by the Crown to fulfil, in whole or in part, the Crown's duty to consult (*Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069, paragraph 34).

[492] As referenced above at paragraph 284, the Supreme Court has described the Board as having considerable institutional expertise both in conducting consultations and in assessing the environmental impacts of proposed projects. Where the effects of a proposed project on Indigenous or treaty rights substantially overlap with the project's potential environmental impact, the Board "is well situated to oversee consultations which seek to address these effects, and to use its technical expertise to assess what forms of accommodation might be available" (*Clyde River*, paragraph 33).

[493] When the Crown relies on a regulatory or environmental assessment process to fulfil the duty to consult, such reliance is not delegation of the Crown's ultimate responsibility to ensure consultation is adequate. Rather, it is a means by which the Crown can be satisfied that Indigenous concerns have been heard and, where appropriate, accommodated (*Haida Nation*, paragraph 53).

précises puissent varier selon les circonstances, la tenue d'un processus de consultation approfondie pourrait comporter la possibilité de présenter des observations, la participation officielle à la prise de décisions et la présentation de motifs écrits montrant que les préoccupations des Autochtones ont été prises en compte et précisant l'incidence de ces préoccupations sur la décision (*Nation haïda*, paragraphe 44).

[490] Le législateur peut décider de déléguer à un tribunal administratif les aspects procéduraux de l'obligation de consulter.

[491] La Cour suprême conclut que l'Office dispose des pouvoirs procéduraux nécessaires pour mener des consultations, ainsi que des pouvoirs de réparation lui permettant de prendre, au besoin, des mesures d'accommodement à l'égard des revendications autochtones et des droits ancestraux ou issus de traités touchés. La Couronne peut donc s'en remettre au processus de l'Office pour satisfaire, en tout ou en partie, à l'obligation de consulter qui lui incombe (*Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069, paragraphe 34).

[492] Comme je le mentionne au paragraphe 284 des présents motifs, la Cour suprême estime que l'Office possède une importante expertise institutionnelle, tant pour effectuer des consultations que pour évaluer les effets environnementaux des projets proposés. Lorsque les effets d'un projet proposé sur un droit ancestral ou issu d'un traité chevauchent considérablement les répercussions environnementales potentielles du projet, l'Office « est bien placé pour superviser les consultations visant l'examen de ces effets, et pour utiliser son expertise technique afin d'évaluer les formes d'accommodement possibles » (*Clyde River*, paragraphe 33).

[493] Si la Couronne, pour s'acquitter de son obligation de consulter, a recours à un processus d'évaluation réglementaire ou environnemental, elle ne délègue pas pour autant sa responsabilité ultime de veiller à une consultation adéquate. C'est plutôt une façon pour la Couronne de s'assurer que les préoccupations des Autochtones ont été prises en compte et, le cas échéant, que des accommodements ont été trouvés (*Nation haïda*, paragraphe 53).

[494] The consultation process does not dictate a particular substantive outcome. Thus, the consultation process does not give Indigenous groups a veto over what can be done with land pending final proof of their claim. What is required is a process of balancing interests—a process of give and take. Nor does consultation equate to a duty to agree; rather, what is required is a commitment to a meaningful process of consultation (*Haida Nation*, paragraphs 42, 48 and 62).

[495] Good faith consultation may reveal a duty to accommodate. Where there is a strong *prima facie* case establishing the claim and the consequence of proposed conduct may adversely affect the claim in a significant way, the honour of the Crown may require steps to avoid irreparable harm or to minimize the effects of infringement (*Haida Nation*, paragraph 47).

[496] Good faith is required on both sides in the consultative process: “The common thread on the Crown’s part must be ‘the intention of substantially addressing [Aboriginal] concerns’ as they are raised ... through a meaningful process of consultation” (*Haida Nation*, paragraph 42). The “controlling question in all situations is what is required to maintain the honour of the Crown and to effect reconciliation between the Crown and the Aboriginal peoples with respect to the interests at stake” (*Haida Nation*, paragraph 45).

[497] At the same time, Indigenous claimants must not frustrate the Crown’s reasonable good faith attempts, nor should they take unreasonable positions to thwart the government from making decisions or acting in cases where, despite meaningful consultation, agreement is not reached (*Haida Nation*, paragraph 42).

[498] In the present case, much turns on what constitutes a meaningful process of consultation.

[494] Le processus de consultation ne dicte pas un résultat concret particulier. Par conséquent, le processus de consultation ne donne pas aux groupes autochtones un droit de veto sur les mesures susceptibles d’être prises à l’égard des terres en cause en attendant que la revendication soit établie de façon définitive. Ce qu’il faut, c’est un processus de mise en balance des intérêts — de concessions mutuelles. Il n’y a pas non plus d’obligation de parvenir à une entente; il y a plutôt obligation de procéder à de véritables consultations (*Nation haïda*, paragraphes 42, 48 et 62).

[495] Des consultations menées de bonne foi peuvent révéler l’existence d’une l’obligation d’accommoder. Lorsque la revendication est établie au moyen d’une preuve à première vue solide et que la mesure proposée risque de porter atteinte de manière appréciable aux droits visés par la revendication, l’honneur de la Couronne pourrait bien commander l’adoption de mesures pour éviter un préjudice irréparable ou pour réduire au minimum les conséquences de l’atteinte (*Nation haïda*, paragraphe 47).

[496] Les deux parties sont tenues de faire preuve de bonne foi dans le processus de consultation : « Le fil conducteur du côté de la Couronne doit être “l’intention de tenir compte réellement des préoccupations [des Autochtones]” à mesure qu’elles sont exprimées [...] dans le cadre d’un véritable processus de consultation » (*Nation haïda*, paragraphe 42). La « question décisive dans toutes les situations consiste à déterminer ce qui est nécessaire pour préserver l’honneur de la Couronne et pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones » (*Nation haïda*, paragraphe 45).

[497] Par ailleurs, les demandeurs autochtones ne doivent pas contrecarrer les efforts déployés de bonne foi par la Couronne et ne doivent pas non plus défendre des positions déraisonnables pour empêcher le gouvernement de prendre des décisions ou d’agir dans des cas où, malgré une véritable consultation, on ne parvient pas à s’entendre (*Nation haïda*, paragraphe 42).

[498] En l’espèce, le débat tourne en grande partie autour de la question de savoir ce qui constitue un véritable processus de consultation.

[499] Meaningful consultation is not intended simply to allow Indigenous peoples “to blow off steam” before the Crown proceeds to do what it always intended to do. Consultation is meaningless when it excludes from the outset any form of accommodation (*Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, paragraph 54).

[500] The duty is not fulfilled by simply providing a process for exchanging and discussing information. There must be a substantive dimension to the duty. Consultation is talking together for mutual understanding (*Clyde River*, paragraph 49).

[501] As the Supreme Court observed in *Haida Nation* at paragraph 46, meaningful consultation is not just a process of exchanging information. Meaningful consultation “entails testing and being prepared to amend policy proposals in the light of information received, and providing feedback.” Where deep consultation is required, a dialogue must ensue that leads to a demonstrably serious consideration of accommodation. This serious consideration may be demonstrated in the Crown’s consultation-related duty to provide written reasons for the Crown’s decision.

[502] Where, as in this case, the Crown must balance multiple interests, a safeguard requiring the Crown to explain in written reasons the impacts of Indigenous concerns on decision-making becomes more important. In the absence of this safeguard, other issues may overshadow or displace the issue of impacts on Indigenous rights (*Gitxaala*, paragraph 315).

[503] Further, the Crown is obliged to inform itself of the impact the proposed project will have on an affected First Nation, and, if appropriate in the circumstances, communicate its findings to the First Nation and attempt to substantially address the concerns of the First Nation (*Mikisew Cree First Nation*, paragraph 55).

[499] Une véritable consultation ne vise pas simplement à donner aux Autochtones « l’occasion de se défouler » avant que la Couronne fasse ce qu’elle avait toujours eu l’intention de faire. La consultation est vide de sens si elle exclut dès le départ toute forme d’accommodement (*Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388, paragraphe 54).

[500] Il ne suffit pas, pour s’acquitter de cette obligation, de prévoir un simple mécanisme permettant aux intéressés d’échanger des renseignements et d’en discuter. Il doit y avoir une dimension concrète. La consultation, c’est l’action de se parler dans le but de se comprendre les uns les autres (*Clyde River*, paragraphe 49).

[501] Comme la Cour suprême le fait remarquer dans l’arrêt *Nation haïda*, au paragraphe 46, la véritable consultation n’est pas seulement un simple mécanisme d’échange de renseignements. Elle « comporte également des mises à l’épreuve et la modification éventuelle des énoncés de politique compte tenu des renseignements obtenus ainsi que la rétroaction ». Lorsque la tenue de consultations approfondies est nécessaire, il faut qu’il y ait un dialogue qui mène à une prise en compte sérieuse et manifeste des accommodements. Cette prise en compte sérieuse peut ressortir de l’obligation qu’a la Couronne dans le contexte des consultations de fournir des motifs écrits de sa décision.

[502] Lorsque, comme en l’espèce, la Couronne doit s’assurer d’équilibrer de multiples intérêts, une garantie obligeant la Couronne à expliquer dans des motifs écrits les incidences liées aux préoccupations des Autochtones sur la prise de décisions gagne en importance. En l’absence de cette garantie, d’autres questions peuvent éclipser ou supplanter celle des incidences sur les droits autochtones (*Gitxaala*, paragraphe 315).

[503] En outre, la Couronne est tenue de s’informer de l’effet qu’aura un projet proposé sur une Première Nation concernée et, si les circonstances le justifient, de lui communiquer ses constatations et de s’efforcer de tenir compte réellement des préoccupations de celle-ci (*Première nation crie Mikisew*, paragraphe 55).

[504] Consultation must focus on rights. In *Clyde River*, the Board had concluded that significant environmental effects to marine mammals were not likely and effects on traditional resource use could be addressed through mitigation measures. The Supreme Court held that the Board's inquiry was misdirected for the purpose of consultation. The Board was required to focus on the Inuit's treaty rights; the "consultative inquiry is not properly into environmental effects *per se*. Rather, it inquires into the impact on the *right*" (emphasis in original) (*Clyde River*, paragraph 45). Mitigation measures must provide a reasonable assurance that constitutionally protected rights were considered as rights in themselves—not just as an afterthought to the assessment of environmental concerns (*Clyde River*, paragraph 51).

[505] When consulting on a project's potential impacts the Crown must consider existing limitations on Indigenous rights. Therefore, the cumulative effects and historical context may inform the scope of the duty to consult (*Chippewas of the Thames*, paragraph 42).

[506] Two final points. First, where the Crown knows, or ought to know, that its conduct may adversely affect the Indigenous right or title of more than one First Nation, each First Nation is entitled to consultation based upon the unique facts and circumstances pertinent to it (*Gitxaala*, paragraph 236).

[507] Second, it is important to understand that the public interest and the duty to consult do not operate in conflict. As a constitutional imperative, the duty to consult gives rise to a special public interest that supersedes other concerns commonly considered by tribunals tasked with assessing the public interest. In the case of the Board, a project authorization that breaches the constitutionally protected rights of Indigenous peoples cannot serve the public interest (*Clyde River*, paragraph 40).

[504] La consultation doit porter essentiellement sur les droits. Dans l'affaire *Clyde River*, l'Office avait conclu qu'il était peu probable que le projet ait des effets environnementaux négatifs sur les mammifères marins et que tout effet sur l'utilisation des ressources traditionnelles pourrait faire l'objet de mesures d'atténuation. Selon la Cour suprême, la consultation de l'Office était mal orientée. L'Office devait mettre l'accent sur les droits issus de traités des Inuits; « le processus consultatif ne vise pas vraiment les effets environnementaux en tant que tels, mais plutôt les effets sur le *droit* » (en italiques dans l'original) (*Clyde River*, paragraphe 45). Les mesures d'atténuation doivent donner une assurance raisonnable que les droits protégés par la Constitution ont été considérés en tant que droits — et non simplement comme un aspect accessoire de l'évaluation des préoccupations environnementales (*Clyde River*, paragraphe 51).

[505] Lors des consultations sur les effets possibles d'un projet, la Couronne doit tenir compte des restrictions qui ont été apportées aux droits ancestraux. Les effets cumulatifs d'un projet ainsi que le contexte historique peuvent donc être pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue de l'obligation de consulter (*Chippewas of the Thames*, paragraphe 42).

[506] Deux derniers points. D'abord, si la Couronne sait, ou devrait savoir, que sa façon de faire peut avoir un effet préjudiciable sur un droit ou un titre ancestral de plus d'une Première Nation, chacune des Premières Nations concernées a droit à des consultations tenant compte des faits et des circonstances propres à chacune d'elles (*Gitxaala*, paragraphe 236).

[507] Ensuite, il est important de comprendre que l'intérêt public et l'obligation de consulter ne sont pas incompatibles. En tant qu'impératif constitutionnel, l'obligation de consulter fait naître un intérêt public spécial, qui l'emporte sur les autres préoccupations dont tiennent habituellement compte les tribunaux administratifs appelés à déterminer l'intérêt public. Dans le cas de l'Office, l'autorisation accordée à l'égard d'un projet qui viole les droits constitutionnels des peuples autochtones ne saurait servir l'intérêt public (*Clyde River*, paragraphe 40).



2. The standard to which Canada is to be held in fulfilling the duty

[508] As briefly explained above at paragraph 226, Canada is not to be held to a standard of perfection in fulfilling its duty to consult. The Supreme Court of Canada has expressed this concept as follows:

.... Perfect satisfaction is not required; the question is whether the regulatory scheme or government action “viewed as a whole, accommodates the collective aboriginal right in question”: *Gladstone*, *supra*, at para. 170. What is required is not perfection, but reasonableness. As stated in *Nikal*, *supra*, at para. 110, “in ... information and consultation the concept of reasonableness must come into play. ... So long as every reasonable effort is made to inform and to consult, such efforts would suffice.” The government is required to make reasonable efforts to inform and consult. This suffices to discharge the duty. [Underlining added.]

(*Haida Nation*, paragraph 62.)

[509] As in *Gitxaala*, in this case “the subjects on which consultation was required were numerous, complex and dynamic, involving many parties. Sometimes in attempting to fulfil the duty there can be omissions, misunderstandings, accidents and mistakes. In attempting to fulfil the duty, there will be difficult judgment calls on which reasonable minds will differ” (*Gitxaala*, paragraph 182).

[510] Against this legal framework, I turn to the design and execution of Canada’s four-phase consultation process. This process began in May 2013 with the filing of the Project description and ended in November 2016 with the decision of the Governor in Council to approve the Project and direct the issuance of a certificate of public convenience and necessity.

2. La norme à laquelle le Canada est tenu pour s’acquitter de l’obligation

[508] Comme je l’explique brièvement au paragraphe 226 des présents motifs, le Canada n’est pas tenu à une norme de perfection lorsqu’il s’acquitte de son obligation de consulter. La Cour suprême du Canada explique ainsi ce concept :

[...] La perfection n’est pas requise; il s’agit de se demander si, « considéré dans son ensemble, le régime de réglementation [ou la mesure gouvernementale] respecte le droit ancestral collectif en question » : *Gladstone*, précité, par. 170. Ce qui est requis, ce n’est pas une mesure parfaite mais une mesure raisonnable. Comme il est précisé dans *Nikal*, précité, par. 110, « [l]e concept du caractère raisonnable doit [...] entrer en jeu pour ce qui [...] concern[e] l’information et la consultation. [...] Dans la mesure où tous les efforts raisonnables ont été déployés pour informer et consulter, on a alors satisfait à l’obligation de justifier. » Le gouvernement doit déployer des efforts raisonnables pour informer et consulter. Cela suffit pour satisfaire à l’obligation. [Non souligné dans l’original.]

(*Nation haïda*, paragraphe 62.)

[509] En l’espèce, comme dans l’affaire *Gitxaala*, « les sujets à l’égard desquels des consultations étaient nécessaires étaient nombreux, complexes, dynamiques et mettaient en cause un bon nombre de parties. Parfois, en tentant de s’acquitter de cette obligation, il peut se produire des omissions, des malentendus, des accidents et des erreurs. En tentant de s’acquitter de cette même obligation, il y aura des questions de jugement difficiles sur lesquelles des personnes raisonnables ne s’entendront pas » (*Gitxaala*, paragraphe 182).

[510] À la lumière de ce cadre juridique, j’aborde maintenant la conception et l’exécution par le Canada du processus de consultation en quatre étapes. Le processus a été lancé en mai 2013 par le dépôt de la description du projet et a pris fin en novembre 2016 avec la décision du gouverneur en conseil d’approuver le projet et d’ordonner la délivrance d’un certificat d’utilité publique.

3. Application of the legal principles to the evidence

[511] The Indigenous applicants express a myriad of concerns and asserted deficiencies with respect to the consultation process. Broadly speaking, they challenge both the design of the process and the execution of the process.

[512] I will deal first with the asserted deficiencies in the design of the process selected and followed by Canada, and then consider the asserted deficiencies in the execution of the process.

- (a) Was the consultation process deficient because of the design of the process selected and followed by Canada?

[513] Generally speaking, the most salient concerns expressed with respect to the design of the consultation process are the assertions that:

- i. The consultation framework was unilaterally imposed.
- ii. The National Energy Board process is inadequate for fulfilling consultation obligations.
- iii. Insufficient funding was provided.
- iv. The process allowed the Project to be approved when essential information was lacking.

[514] Each assertion will be considered in turn.

- (i) The consultation framework was unilaterally imposed

[515] There was no substantive consultation with the Indigenous applicants about the four-phase consultation process.

[516] However, as Canada argues, the Crown possesses a discretion about how it structures a consultation

3. Application des principes juridiques à la preuve

[511] Les demandeurs autochtones ont exprimé une foule de préoccupations au sujet du processus de consultation et ont fait valoir que celui-ci comportait de nombreuses lacunes. De façon générale, ils contestent à la fois la conception du processus et sa mise à exécution.

[512] Je me penche en premier lieu sur les lacunes reprochées au processus choisi et suivi par le Canada; j'examine ensuite les lacunes invoquées quant à la mise à exécution du processus.

- a) La consultation était-elle lacunaire en raison du processus choisi et suivi par le Canada?

[513] De façon générale, les préoccupations les plus importantes soulevées au sujet du processus de consultation sont les suivantes :

- i. Le cadre de consultation a été imposé unilatéralement.
- ii. Le processus de l'Office national de l'énergie ne permettait pas de satisfaire à l'obligation de consulter.
- iii. L'aide financière fournie était insuffisante.
- iv. Le processus a permis l'approbation du projet alors qu'il manquait des renseignements essentiels.

[514] Ces prétentions sont examinées à tour de rôle.

- (i) Le cadre de consultation a été imposé unilatéralement

[515] Il n'y a eu aucune consultation concrète avec les demandeurs autochtones au sujet du processus de consultation en quatre étapes.

[516] Cependant, comme le Canada le fait valoir, la Couronne a toute latitude pour définir la structure du

process and how it meets its consultation obligations (*Gitxaala*, paragraph 203, citing *Cold Lake First Nations v. Alberta (Tourism, Parks and Recreation)*, 2013 ABCA 443 (CanLII), 566 A.R. 259, at paragraph 39). What is required is a process that allows Canada to make reasonable efforts to inform and consult (*Haida Nation*, at paragraph 62).

[517] Canada's four-phase consultation process is described above at paragraphs 72 through 75. While I deal below with the asserted frailties of the Board's hearing process in this particular case, the Supreme Court has recently re-affirmed that the Crown may rely on a regulatory agency to fulfil the Crown's duty to consult so long as the agency possesses the statutory powers to do what the duty to consult requires in the particular circumstances (*Chippewas of the Thames*, paragraph 32). In the present case, no applicant asserts that the National Energy Board lacked any necessary statutory power so as to be able to fulfil in part the Crown's duty to consult. It follows that Canada could rely upon a consultation process which relied in part on the Board's hearing process, so long as Canada remained mindful of its constitutional obligation to ensure before approving the Project that consultation was adequate.

[518] Canada implemented a five-phase consultation framework for the review of the Northern Gateway Project. In *Gitxaala*, this Court found that the framework was reasonable (*Gitxaala*, paragraph 8). When the two consultation frameworks are compared there is little to distinguish them. An additional first phase was required in the Northern Gateway framework simply because the project was reviewed by a joint review panel, not the Board.

[519] Given Canada's discretion as to how the consultation process is structured and the similarity of this consultation process to that previously found by this Court to be reasonable, I am satisfied that Canada did not act in breach of the duty to consult by selecting the four-phase consultation process it adopted.

processus de consultation et pour s'acquitter de son obligation de consulter (*Gitxaala*, paragraphe 203, citant *Cold Lake First Nations c. Alberta (Tourism, Parks and Recreation)*, 2013 ABCA 443 (CanLII), 566 A.R. 259, paragraphe 39). Ce qui est requis, c'est un processus qui permet au Canada de déployer des efforts raisonnables pour informer et consulter (*Nation haïda*, paragraphe 62).

[517] Le processus de consultation en quatre étapes mené par le Canada est décrit aux paragraphes 72 à 75 des présents motifs. Bien que j'examine ci-après les faiblesses reprochées au processus d'audience publique de l'Office en l'espèce, la Cour suprême vient de confirmer que la Couronne peut s'en remettre à un organisme de réglementation pour satisfaire à son obligation de consulter dans la mesure où ce dernier dispose du pouvoir légal de faire ce que l'obligation de consulter impose dans les circonstances (*Chippewas of the Thames*, paragraphe 32). En l'espèce, aucun demandeur ne prétend que l'Office national de l'énergie ne disposait pas du pouvoir légal nécessaire pour satisfaire en partie à l'obligation de consulter de la Couronne. Il s'ensuit que le Canada pouvait s'en remettre à un processus de consultation faisant appel en partie au processus d'audience de l'Office, dans la mesure où il demeurerait conscient de son obligation constitutionnelle de s'assurer que la consultation était adéquate avant d'approuver le projet.

[518] Le Canada a mis en œuvre un cadre de consultation en cinq étapes pour l'examen du projet Northern Gateway. Dans l'arrêt *Gitxaala*, la Cour conclut que ce cadre est raisonnable (*Gitxaala*, paragraphe 8). Lorsqu'on compare les deux cadres de consultation, peu de choses les distinguent. Le cadre relatif au projet Northern Gateway comprend une étape de plus, la première, simplement parce que le projet a été examiné par une commission d'examen conjoint et non par l'Office.

[519] Compte tenu de la latitude dont dispose le Canada pour définir la structure du processus de consultation, ainsi que des similarités entre le processus de consultation en l'espèce et celui qui a déjà été jugé raisonnable par la Cour, je suis convaincue que le Canada n'a pas manqué à son obligation de consulter en adoptant le processus de consultation en quatre étapes visé en l'espèce.

(ii) The Board's process is said to be inadequate for fulfilling consultation obligations

[520] A number of deficiencies are asserted with respect to the Board's process and its adequacy for fulfilling, to the extent possible, consultation obligations. The asserted deficiencies include:

- The Board's decision not to allow cross-examination of Trans Mountain's evidence.
- The Board's treatment of oral traditional evidence.
- The Board's timeframe which is said not to have provided sufficient time for affected Indigenous groups to inform themselves of the complexity of the Project and to participate with knowledge of the issues and impacts on them.
- The Board's failure to consult with affected Indigenous groups about any of the decisions the Board made prior to or during the hearing, including the list of issues for the hearing, the panel members who would hear the application, the design of the regulatory review and the environmental assessment, the decision-making process and the report and its recommendations.
- The failure of the Board's process to provide the required dialogue and consultation directly with Canada in circumstances where it is said that consultation in Phase III would be too little, too late.

[521] It is convenient to deal with the first four deficiencies together as the Board's choice of procedures, its decision-making process and its ultimate decision flow from its powers as a regulator under the *National Energy Board Act* and the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

(ii) Le processus de l'Office ne permettrait pas de satisfaire à l'obligation de consulter

[520] Les demandeurs invoquent un certain nombre de lacunes dans le processus de l'Office et doutent qu'il permette de satisfaire, dans la mesure du possible, à l'obligation de consulter. Les lacunes reprochées sont notamment les suivantes :

- La décision de l'Office de ne pas permettre le contre-interrogatoire des témoins de Trans Mountain.
- Le traitement par l'Office de la preuve orale traditionnelle.
- Les délais fixés par l'Office qui, selon les groupes autochtones touchés, ne leur permettraient pas de s'informer de la complexité du projet et de participer au processus en ayant une bonne connaissance des enjeux et de leurs effets sur eux.
- L'omission par l'Office de consulter les groupes autochtones au sujet des décisions prises par l'Office avant ou pendant l'audience, notamment en ce qui concerne la liste des questions devant être traitées à l'audience, les membres de la formation chargée d'instruire la demande, la structure de l'examen réglementaire et de l'évaluation environnementale, le processus décisionnel, ainsi que le rapport et ses recommandations.
- L'absence de consultations directes et du dialogue requis avec le Canada, dans les circonstances où a été soulevée la crainte que la consultation prévue à l'étape III soit insuffisante et trop tardive.

[521] Il convient d'examiner les quatre premières lacunes ensemble, étant donné que le choix des procédures, le processus décisionnel et la décision ultime de l'Office découlent de ses pouvoirs en tant qu'organisme de réglementation sous le régime de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* et de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*.

[522] As explained above, the Supreme Court has found that meaningful Crown consultation can be carried out wholly or in part through a regulatory process (*Chippewas of the Thames*, paragraph 32). Prior to this decision, concern had been expressed about the tension said to result if a tribunal such as the Board were required both to carry out consultation on behalf of the Crown and then adjudicate on the adequacy of the consultation. The Supreme Court responded that such concern is addressed by observing that while it is the Crown that owes the constitutional duty to consult, agencies such as the Board are required to make legal decisions that comply with the Constitution. The Supreme Court went on to explain, at paragraph 34, that:

... When the [Board] is called on to assess the adequacy of Crown consultation, it may consider what consultative steps were provided, but its obligation to remain a neutral arbitrator does not change. A tribunal is not compromised when it carries out the functions Parliament has assigned to it under its Act and issues decisions that conform to the law and the Constitution. [Underlining added.]

[523] Applying these principles to the submissions before this Court, and bearing in mind that at this point I am only addressing submissions with respect to the adequacy of the design of the consultation process, the Board was required to provide a process that was impartial and fair and in accordance with its statutory framework and the Constitution.

[524] As explained above, section 8 of the *National Energy Board Act* authorizes the Board to make rules about the conduct of hearings before it, and the Board's rules allow the Board to determine whether public hearings held before it are oral or written. Section 52 of the *National Energy Board Act* requires the Board to render its report to the Minister within strict timelines. It follows that the Board could decide not to allow oral cross-examination, could determine how oral traditional evidence would be received and could schedule the hearing to comply with section 52 of the *National Energy Board Act* so long as, at the end of the hearing, it was satisfied that it had exercised its responsibilities in a manner that was fair and impartial and consistent with its

[522] Comme je l'explique plus haut, la Cour suprême estime qu'une véritable consultation par la Couronne peut être menée en tout ou en partie dans le cadre d'un processus réglementaire (*Chippewas of the Thames*, paragraphe 32). Avant cet arrêt, des préoccupations avaient été exprimées quant à la tension qui pourrait se faire sentir si un tribunal administratif comme l'Office était tenu de mener des consultations au nom de la Couronne puis de se prononcer sur la qualité de ces consultations. La Cour suprême répond à ces préoccupations en faisant remarquer que, bien que ce soit à la Couronne qu'incombe l'obligation constitutionnelle de consulter, les organismes comme l'Office sont tenus de rendre des décisions juridiques qui sont conformes à la Constitution. La Cour suprême explique, au paragraphe 34 :

[...] Lorsqu'il est appelé à se prononcer sur le caractère adéquat de la consultation incombant à la Couronne, [l'Office] peut tenir compte des mesures de consultation offertes, mais son obligation de neutralité demeure la même. Un tribunal respecte sa compétence lorsqu'il exerce les fonctions que le législateur lui a attribuées dans une loi, et que ses décisions sont conformes à la loi et à la Constitution. [Non souligné dans l'original.]

[523] Après avoir appliqué ces principes aux observations présentées à la Cour et compte tenu du fait que j'examine uniquement à la présente étape les observations sur le caractère adéquat ou non du processus de consultation, je conclus que l'Office était tenu de prévoir un processus impartial, juste et conforme à son cadre législatif et à la Constitution.

[524] Comme je l'explique plus haut, l'article 8 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* autorise l'Office à établir des règles concernant le déroulement de ses audiences, et les règles de l'Office l'habilitent à décider si les audiences publiques devant lui sont instruites oralement ou sur dossier. Aux termes de l'article 52 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, l'Office doit présenter son rapport au ministre dans un délai strict. Il s'ensuit que l'Office peut décider de ne pas permettre les contre-interrogatoires oraux, déterminer de quelle façon la preuve orale traditionnelle sera entendue et fixer une audience pour se conformer à l'article 52 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* si, à la fin de l'audience, l'Office est convaincu qu'il s'est acquitté de ses

governing legislation and section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[525] Similarly, the Board was authorized as a neutral arbitrator to make the decisions required of it under the legislation, including decisions about which issues would be decided during the hearing, the composition of the hearing panel and the content of its ultimate report. So long as these decisions were made in a manner that was fair and impartial, and in accordance with the legislative scheme and subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* they too were validly made. The Indigenous applicants have not shown that any additional dialogue or process was required between the Board and the Indigenous applicants in order for the Board's decision to be constitutionally sound.

[526] Put another way, when the Board's process is relied on in whole or in part to fulfil the obligation to consult, the regulatory hearing process does not change and the Board's role as neutral arbitrator does not change. What changes is that the Board's process serves the additional purpose of contributing to the extent possible to the constitutional imperative not to approve a project if the duty to consult was not satisfied.

[527] I now consider the last deficiency said to make the Board's process inadequate for fulfilling even in part the duty to consult: the failure of the Board's process to provide the required consultation directly with Canada.

[528] The Indigenous applicants do not point to any jurisprudence to support their submission that Canada was required to dialogue directly with them during the Board's hearing process (that is, during Phase II) and I believe this submission may be dealt with briefly.

[529] As stated above, meaningful Crown consultation can be carried out wholly through a regulatory process so long as where the regulatory process relied upon by the Crown does not achieve adequate consultation or accommodation, the Crown takes further steps to meet its duty

responsabilités de façon juste et impartiale et conformément à sa loi habilitante et à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[525] De même, en sa qualité d'arbitre neutre, l'Office était autorisé à prendre les décisions que la loi exigeait de lui, notamment en ce qui concerne les questions à trancher à l'audience, la composition de la formation chargée de l'audience et la teneur de son rapport ultime. Dans la mesure où ces décisions ont été prises de manière juste et impartiale et conformément au régime législatif et au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, elles étaient également valides. Les demandeurs autochtones n'ont pas établi qu'un dialogue ou un processus plus approfondi aurait été nécessaire entre eux et l'Office pour que la décision de l'Office soit conforme à la Constitution.

[526] Autrement dit, lorsque le processus de l'Office sert, en totalité ou en partie, à satisfaire à l'obligation de consulter, le processus d'audience réglementaire demeure le même, tout comme le rôle de l'Office en tant qu'arbitre neutre. Ce qui change, c'est que le processus de l'Office sert également à répondre, dans la mesure du possible, à l'impératif constitutionnel voulant qu'un projet ne soit pas approuvé si l'obligation de consulter n'a pas été respectée.

[527] Abordons la dernière lacune qui aurait empêché le processus de l'Office de permettre qu'il soit satisfait, même en partie, à l'obligation de consulter : le défaut par l'Office d'autoriser que les consultations requises se déroulent directement avec le Canada.

[528] Les demandeurs autochtones n'invoquent aucun précédent à l'appui de leur argument selon lequel le Canada était tenu à un dialogue direct avec eux lors du processus d'audience de l'Office (c'est-à-dire à l'étape II). À mon avis, on peut répondre à cet argument succinctement.

[529] Comme je le mentionne plus haut, la Couronne peut procéder à une véritable consultation intégralement dans le cadre d'un processus réglementaire, dans la mesure où, lorsque le processus réglementaire auquel elle s'en remet ne lui permet pas de satisfaire adéquatement



to consult by, for example, filling any gaps in consultation on a case-by-case basis (*Clyde River*, paragraph 22).

[530] In the present case, Phase III was designed in effect to fill the gaps left by the Phase II regulatory process—Phase III was to focus on outstanding concerns about the Project-related impacts upon potential or established Indigenous or treaty rights and on any incremental accommodation measures that Canada should address. Leaving aside the question of whether Phase III adequately addressed gaps in the consultation process, a point dealt with below, the Indigenous applicants have not shown that the consultation process required Canada’s direct involvement in the regulatory process.

[531] For all of these reasons, I am satisfied that the Board’s process was adequate for fulfilling its consultation obligations.

[532] The next concern with respect to the design of the consultation process is that it is said that insufficient participant funding was provided.

(iii) The funding provided is said to have been inadequate

[533] Two Indigenous applicants raise the issue of inadequate funding: Squamish and SSN.

[534] Squamish sought participant funding of \$293 350 to participate in the Board process but was granted only \$44 270, plus travel costs for one person to attend the hearing. Canada later provided \$26 000 to Squamish to participate in consultation following the close of the Board hearing record. The Squamish appendix to the Crown Consultation Report notes that the British Columbia Environmental Assessment Office also offered Squamish \$5 000 in capacity funding to participate in consultations.

à son obligation de consulter ou d’accommoder, elle doit prendre des mesures supplémentaires pour ce faire, par exemple, en comblant les lacunes au cas par cas (*Clyde River*, paragraphe 22).

[530] Dans l’affaire qui nous occupe, l’étape III a été conçue pour combler les lacunes du processus réglementaire de l’étape II. En effet, l’étape III devait porter sur les préoccupations qui demeuraient quant aux effets du projet sur des droits ancestraux ou issus de traités, potentiels ou établis, ainsi que sur les mesures d’accommodement supplémentaires que le Canada devrait examiner. Faisant abstraction de la question de savoir si l’étape III a permis de combler adéquatement les lacunes du processus de consultation, point que j’aborde ci-après, j’estime que les demandeurs autochtones n’ont pas démontré que le processus de consultation exigeait la participation directe du Canada au processus réglementaire.

[531] Pour tous ces motifs, je suis convaincue que le processus suivi par l’Office permettait de satisfaire à ses obligations en matière de consultations.

[532] L’autre préoccupation soulevée à l’égard du processus de consultation veut que l’aide financière accordée aux participants aurait été insuffisante.

(iii) L’aide financière fournie aurait été insuffisante

[533] Deux des demandeurs autochtones soulèvent l’insuffisance de l’aide financière fournie : les Squamish et les SSN.

[534] Les Squamish ont demandé une aide financière de 293 350 \$ pour participer au processus de l’Office, mais on leur a accordé seulement 44 270 \$ et acquitté les frais de déplacement d’une personne pour qu’elle puisse assister à l’audience. Le Canada a par la suite offert de leur verser 26 000 \$ pour leur participation aux consultations postérieures à la fermeture du dossier de l’audience. L’annexe du rapport sur les consultations de la Couronne qui porte sur les Squamish indique que le Bureau des évaluations environnementales de la Colombie-Britannique a également offert aux Squamish 5 000 \$ à titre de financement pour leur permettre de participer aux consultations.

[535] Chief Campbell of the Squamish Nation provided evidence that the funding provided to Squamish was not adequate for Squamish to obtain experts to review and respond to the 8 volume, 15 000 page, highly technical Project application. Nor, in his view, was the funding adequate for Squamish to undertake a comprehensive assessment of the impacts of the Project on Squamish rights and title. He notes that Squamish's limited budget is fully subscribed to meet the needs of its members and that the sole purpose of Squamish's involvement in the hearing and consultation process was "defensive: to protect our rights and title".

[536] SSN requested in excess of \$300 000 for legal fees, expert fees, travel costs, meeting attendance costs and information collecting costs. It received \$36 920 in participant funding, plus travel for two representatives to attend the hearing. Canada later offered \$39 000 to SSN to participate in consultation following the close of the Board hearing record. The British Columbia Environmental Assessment Office also offered some capacity funding.

[537] SSN states that Canada knew that SSN requested funding in largest part to complete a traditional land and resource use study. It states that Canada knew that such studies had been completed for other Indigenous groups in relation to the Project, but that neither Canada nor the proponent had undertaken such a study for SSN.

[538] I accept that the level of participant funding provided constrained participation in the process before the National Energy Board by the Squamish and the SSN. However, as Canada submits, it is difficult to see the level of participant funding as being problematic in a systematic fashion when only two applicants address this issue.

[535] Le chef Campbell de la Nation Squamish a déclaré que l'aide financière fournie aux Squamish n'était pas suffisante pour leur permettre de retenir les services d'experts pour examiner la demande de projet de nature très technique, qui faisait 15 000 pages et s'étalait sur 8 volumes, et y répondre. À son avis, l'aide financière fournie ne permettait pas non plus aux Squamish d'entreprendre une évaluation complète des effets du projet sur les droits et le titre des Squamish. Il a indiqué que le budget limité des Squamish sert entièrement à répondre à leurs besoins et que la seule raison pour laquelle les Squamish participaient à l'audience et au processus de consultation était [TRADUCTION] « pour se défendre, à savoir pour protéger nos droits et notre titre ».

[536] Les SSN ont demandé une aide financière de plus de 300 000 \$ pour les honoraires d'avocat et d'experts, les frais de déplacement, les frais engagés pour assister aux réunions et les frais liés à la collecte de renseignements. Ils ont reçu une aide financière aux participants de 36 920 \$, et les frais de déplacement de deux membres pour qu'ils assistent à l'audience ont été acquittés. Le Canada a par la suite offert de leur verser 39 000 \$ pour leur participation aux consultations postérieures à la fermeture du dossier de l'audience. Le Bureau des évaluations environnementales de la Colombie-Britannique leur a également offert un certain financement de la capacité.

[537] Les SSN affirment que le Canada savait qu'ils demandaient une aide financière en grande partie pour réaliser une étude sur l'usage traditionnel des terres et des ressources. Ils soutiennent que le Canada savait que des études semblables avaient été réalisées pour d'autres groupes autochtones dans le cadre du projet, mais que ni le Canada, ni le promoteur n'avait entrepris une telle étude pour les SSN.

[538] Je conviens que l'aide financière accordée aux Squamish et aux SSN a limité leur participation au processus devant l'Office national de l'énergie. Toutefois, comme le Canada le soutient, il est difficile de croire que l'aide financière aux participants pose problème de façon systématique lorsque seuls deux demandeurs soulèvent la question.

[539] In *Gitxaala*, this Court rejected the submission that inadequate funding had been provided for participation before the joint review panel and in the consultation process. The Court noted, at paragraph 210, that the evidence filed in support of the submissions did:

.... not explain how the amounts sought were calculated, or detail any financial resources available to the First Nations outside of that provided by Canada. As such, the evidence fails to demonstrate that the funding available was so inadequate as to render the consultation process unreasonable.

[540] Much the same can be said of the evidence filed on this application. While SSN did append its request for participant funding as Exhibit D to the affidavit of its affiant Jeanette Jules, at the time this application was submitted SSN had not determined which expert or experts would be hired, it could not advise as to how many hours the expert(s) would likely bill or what the expert(s)' hourly rate(s) would be. The information provided was simply that it was expected that \$80 000 was required to prepare a traditional land use study and that an additional \$30 000 was required as the approximate cost of a wildlife study. No information was provided by either applicant about financial resources available to it.

[541] The evidence has not demonstrated that the level of participant funding was so inadequate as to render the entire consultation process unreasonable.

- (iv) The process allowed the Project to be approved when essential information was lacking

[542] The final deficiency asserted with respect to the structure of the consultation process relates to the nature of the Board's process for approving projects. A number of Indigenous applicants argue that Canada's reliance upon the Board's hearing process was unreasonable in circumstances where potential impacts to title and rights remained unknown because studies of those potential impacts, and of the measures proposed in the Board's

[539] Dans l'arrêt *Gitxaala*, la Cour rejette l'argument selon lequel l'aide financière fournie pour faciliter la participation au processus de la commission d'examen conjoint et au processus de consultation était insuffisante. La Cour souligne, au paragraphe 210, que les éléments de preuve à l'appui de cet argument :

[...] n'expliquent pas comment les montants ont été calculés et ne donnent aucun détail sur les ressources financières dont disposaient les Premières Nations en sus de celles fournies par le Canada. Par conséquent, la preuve ne permet pas d'établir que le financement dont disposaient les groupes autochtones était si insuffisant que le processus de consultation était devenu déraisonnable.

[540] On peut dire la même chose des éléments de preuve déposés dans le cadre de la présente demande. Bien que les SSN aient annexé à l'affidavit de Jeanette Jules leur demande d'aide financière aux participants (pièce D), au moment où cette demande a été présentée, les SSN n'avaient pas encore déterminé quel expert ou quels experts ils allaient engager, et ils ignoraient le nombre d'heures que l'expert ou les experts étaient susceptibles de facturer ainsi que le taux horaire pratiqué. Ils ont seulement indiqué qu'ils s'attendaient à avoir besoin de 80 000 \$ pour mener une étude sur l'usage traditionnel des terres et d'environ 30 000 \$ supplémentaires pour mener une étude sur les espèces sauvages. Aucun des demandeurs n'a fourni de renseignements au sujet des ressources financières dont ils disposaient.

[541] La preuve n'a pas démontré que l'aide financière aux participants était insuffisante au point de rendre l'ensemble du processus de consultation déraisonnable.

- (iv) Le processus a permis l'approbation du projet alors qu'il manquait des renseignements essentiels

[542] La dernière lacune soulevée relativement au processus de consultation porte sur la nature du processus d'approbation des projets suivi par l'Office. Des demandeurs autochtones soutiennent qu'il était déraisonnable de la part du Canada de s'en remettre au processus d'audience de l'Office, puisque les effets possibles du projet sur le titre et les droits demeuraient inconnus étant donné que l'étude de ces effets et des mesures proposées

report to mitigate potential impacts, were left to a later date after the Governor in Council approved the Project. It is argued that without identification of all of the impacts of the Project Canada cannot rely on the Board's assessment of impacts to fulfil the duty to consult.

[543] Commencing at paragraph 286 above, I describe in some detail the Board's approval process in the context of the submission of the City of Burnaby that the Board's approval process was procedurally unfair because of what Burnaby characterized to be the deferral and delegation of the assessment of important information.

[544] Beginning at paragraph 322 above, I deal with the submissions of the City of Burnaby and Coldwater that the Governor in Council erred in determining that the Board's report qualified as a report because the Board did not decide certain issues before recommending approval of the Project. Consideration of the concerns advanced by Coldwater with respect to the Board's failure to deal with the West Alternative begins at paragraph 375 above. At paragraphs 384 and 385, I conclude that the pipeline route through the Coldwater River Valley remains a live issue.

[545] This places in context concerns raised by Coldwater and other applicants about the reasonableness of Canada's reliance on a process that left important issues unresolved at the time the Governor in Council approved the Project.

[546] In my view, this concern is addressed by the Supreme Court's analysis in the companion cases of *Clyde River* and *Chippewas of the Thames* where the Supreme Court explained that the Board's approval process may itself trigger the duty to consult where that process may result in adverse impacts upon Indigenous and treaty rights (*Clyde River*, paragraphs 25 to 29; *Chippewas of the Thames*, paragraphs 29 to 31).

dans le rapport de l'Office pour les atténuer n'allait être menée qu'à une date ultérieure, soit après l'approbation du projet par le gouverneur en conseil. Ils soutiennent que le Canada ne peut pas s'acquitter de son obligation de consulter sur le fondement de l'évaluation des effets menée par l'Office si cette dernière ne tient pas compte de l'ensemble des effets possibles.

[543] Aux paragraphes 286 et suivants des présents motifs, je décris en détail le processus d'approbation suivi par l'Office en analysant l'argument de Burnaby selon lequel ce processus ne respectait pas l'équité procédurale, car l'évaluation de renseignements importants était, selon Burnaby, reportée et déléguée.

[544] Aux paragraphes 322 et suivants des présents motifs, j'examine l'argument de Burnaby et des Coldwater selon lequel le gouverneur en conseil a commis une erreur en concluant que le rapport de l'Office constituait un rapport, parce que l'Office avait omis de trancher certaines questions avant de recommander l'approbation du projet. Mon analyse des préoccupations soulevées par les Coldwater au sujet du défaut de l'Office de considérer l'option ouest commence au paragraphe 375 des présents motifs. Aux paragraphes 384 et 385, je conclus que le tracé du pipeline devant traverser la vallée de la rivière Coldwater n'est pas arrêté.

[545] Cette analyse met en contexte les préoccupations soulevées par les Coldwater et d'autres demandeurs quant à la question de savoir s'il était raisonnable que le Canada s'en remette à un processus à l'issue duquel bon nombre de questions importantes étaient toujours sans réponse au moment où le gouverneur en conseil a approuvé le projet.

[546] À mon avis, l'analyse de la Cour suprême dans les arrêts connexes *Clyde River* et *Chippewas of the Thames* permet de répondre à ces préoccupations. Dans ces arrêts, la Cour suprême explique que le processus d'approbation de l'Office peut donner naissance à l'obligation de consulter lorsqu'il est susceptible d'avoir des effets préjudiciables sur les droits ancestraux ou issus de traités (*Clyde River*, paragraphes 25 à 29; *Chippewas of the Thames*, paragraphes 29 à 31).

[547] Examined in the context of Coldwater’s concerns about the West Alternative and the protection of Coldwater’s aquifer, this means that the Board’s decision about the detailed pipeline routing in the vicinity of the Coldwater Reserve will trigger the duty to consult because Canada will have knowledge, real or constructive, of the potential impact of that decision upon Coldwater’s aquifer located beneath the Coldwater Reserve. Once the duty is triggered, the Board may only make its decision if it informs itself of the impacts to the aquifer and takes the rights and interests of Coldwater into consideration before making its final decisions about pipeline routing and compliance with Condition 39 (*Chippewas of the Thames*, paragraph 48). Canada will remain responsible to ensure that the Board’s decision upholds the honour of the Crown (*Clyde River*, paragraph 22). This is, I believe, a full answer to the concern that the consultation framework was deficient because certain decisions remain to be made after the Governor in Council approved the Project.

(v) Conclusion on the adequacy of the process selected and followed by Canada

[548] In *Clyde River* and *Chippewas of the Thames* the Supreme Court provided helpful guidance about the indicia of a reasonable consultation process. Applying those indicia:

- The Indigenous applicants were given early notice of the Project, the Board’s hearing process, the framework of the consultation process and Canada’s intention to rely on the National Energy Board process, to the extent possible, to discharge Canada’s duty to consult.
- Participant funding was provided to the Indigenous applicants both by the Board and Canada (and the provincial Crown as well).
- The Board’s process permitted Indigenous applicants to provide written evidence and oral traditional evidence, to question both Trans

[547] Si on applique ce principe aux préoccupations des Coldwater quant à l’option ouest et à la protection de leur aquifère, la décision de l’Office au sujet du tracé détaillé du pipeline à proximité de la réserve de Coldwater donnera naissance à l’obligation de consulter, parce que le Canada aura connaissance, concrètement ou par imputation, des effets possibles de cette décision sur l’aquifère des Coldwater qui se trouve sous la réserve de Coldwater. Une fois que l’obligation a été déclenchée, l’Office ne peut prendre une décision qu’après s’être informé des effets du projet sur l’aquifère et il doit prendre en compte les droits et les intérêts des Coldwater avant de prendre une décision définitive au sujet du tracé du pipeline et du respect de la condition 39 (*Chippewas of the Thames*, paragraphe 48). La responsabilité de veiller à ce que la décision de l’Office préserve l’honneur de la Couronne continue de reposer sur le Canada (*Clyde River*, paragraphe 22). Il s’agit là, à mon avis, d’une réponse complète à la préoccupation selon laquelle le cadre de consultation était lacunaire parce que certaines décisions devaient encore être prises après l’approbation du projet par le gouverneur en conseil.

(v) Conclusion au sujet du caractère adéquat ou non du processus choisi et suivi par le Canada

[548] Dans les arrêts *Clyde River* et *Chippewas of the Thames*, la Cour suprême fournit des renseignements utiles sur les facteurs qui aident à décider si un processus de consultation est raisonnable. En l’espèce :

- Les demandeurs autochtones ont été informés à l’avance du projet, du processus d’audience de l’Office, du cadre du processus de consultation et de l’intention du Canada de s’en remettre au processus de l’Office national de l’énergie, dans la mesure du possible, pour s’acquitter de son obligation de consulter.
- L’Office et le Canada (ainsi que la Couronne provinciale) ont fourni de l’aide financière aux demandeurs autochtones.
- Le processus de l’Office a permis aux demandeurs autochtones de fournir une preuve écrite et une preuve orale traditionnelle, d’interroger Trans

Mountain and the federal government interveners through Information Requests and to make written and oral closing submissions.

- The regulatory framework permitted the Board to impose conditions upon Trans Mountain that were capable of mitigating risks posed by the Project to the rights and title of the Indigenous applicants.
- After the Board's hearing record closed and prior to the decision by the Governor in Council, Canada provided a further consultation phase, Phase III, designed to enable Canada to deal with concerns not addressed by the hearing, the Board's proposed conditions and Trans Mountain's commitments.
- Canada understood, and advised the Indigenous applicants, that if Indigenous groups identified outstanding concerns in Phase III there were a number of options available to Canada. These included asking the National Energy Board to reconsider its recommendations and conditions, undertaking further consultations prior to issuing additional permits or authorizations and the use of existing or new policy and program measures to address outstanding concerns.

[549] I am satisfied that the consultation framework selected by Canada was reasonable. It was sufficient, if properly implemented, to enable Canada to make reasonable efforts to inform itself and consult. Put another way, this process, if reasonably implemented, could have resulted in mutual understanding on the core issues and a demonstrably serious consideration of accommodation.

- (b) Was the consultation process deficient because of Canada's execution of the process?

[550] Canada argues that the consultation process allowed for deep consultation both in form and in substance. In particular it notes that:

Mountain et les intervenants du fédéral au moyen de demandes de renseignements, et de présenter par écrit et de vive voix des observations finales.

- Le cadre réglementaire a permis à l'Office d'imposer des conditions à Trans Mountain en vue d'atténuer les risques posés par le projet à l'égard des droits et du titre des demandeurs autochtones.
- Après la fermeture du dossier de l'audience et avant la décision du gouverneur en conseil, le Canada a tenu une étape de consultation additionnelle, l'étape III, visant à lui permettre d'examiner les préoccupations qui demeuraient après l'audience, les conditions proposées par l'Office et les engagements pris par Trans Mountain.
- Le Canada savait qu'il disposait de plusieurs options si les groupes autochtones soulevaient à l'étape III des préoccupations qui subsistaient, et il en a avisé les demandeurs autochtones. Parmi ces options, notons celle de demander à l'Office national de l'énergie de réexaminer ses recommandations et ses conditions, celle de mener des consultations additionnelles avant de délivrer de nouveaux permis ou autorisations, et celle de recourir aux politiques existantes ou nouvelles ainsi qu'aux programmes pour répondre aux préoccupations qui subsistaient.

[549] Je suis convaincue que le cadre de consultation choisi par le Canada était raisonnable. Convenablement mis en œuvre, il était suffisant pour permettre au Canada de déployer des efforts raisonnables pour s'informer et consulter. Autrement dit, convenablement mis en œuvre, ce processus aurait pu mener à une compréhension mutuelle sur les points fondamentaux et à une prise en compte sérieuse et manifeste des mesures d'accommodement.

- (b) Le processus de consultation était-il vicié en raison de la manière dont il a été mené par le Canada?

[550] Le Canada soutient que le processus de consultation a permis une consultation approfondie tant sur le plan de la forme que sur celui du fond. Il souligne particulièrement les éléments suivants :



- 
- The Indigenous applicants were given early notice of the proposed Project, the Board hearing process and the consultation process, as well as Canada's intention to rely on the Board's process, to the extent possible, to discharge Canada's duty to consult.
  - The Board required that Trans Mountain extensively consult before filing its application so as to attempt to address potential impacts by way of project modifications and design.
  - Participant funding was provided to the Indigenous applicants by both Canada and the Board.
  - The Indigenous applicants were afforded the opportunity before the Board to provide oral traditional and written evidence, to ask questions of Trans Mountain and the Federal interveners, and to make both written and oral submissions. The Board's report formulated conditions to mitigate, avoid or otherwise address impacts on Indigenous groups, and explained how Indigenous concerns were considered and addressed.
  - Canada ordered an extension of the legislative timeframe for the Governor in Council's decision and met and corresponded with the Indigenous applicants to discuss concerns that may not have been adequately addressed by the Board and to work together to identify potential accommodation measures.
  - Canada developed the Crown Consultation Report to inform government decision makers and sought feedback from the Indigenous applicants on two draft versions of the Crown Consultation Report.
  - Les demandeurs autochtones ont été avisés tôt du projet proposé, du processus d'audience de l'Office, du processus de consultation qu'il tiendrait ainsi que de l'intention du Canada de s'en remettre au processus de l'Office, dans la mesure du possible, pour s'acquitter de son obligation de consulter.
  - L'Office a obligé Trans Mountain à procéder à de vastes consultations avant de déposer sa demande pour tenter de remédier à certains effets possibles par voie de modifications au projet et à sa conception.
  - Le Canada et l'Office ont fourni des fonds aux demandeurs autochtones pour faciliter leur participation.
  - Les demandeurs autochtones ont eu l'occasion de présenter devant l'Office une preuve traditionnelle orale et une preuve écrite, d'interroger Trans Mountain et les intervenants fédéraux et de présenter des observations de vive voix et par écrit. Le rapport de l'Office énumère les conditions imposées en vue notamment d'atténuer ou d'éviter les effets sur les groupes autochtones ou d'y répondre et explique la manière dont l'Office s'y est pris pour étudier les préoccupations de ces derniers et y répondre.
  - Le Canada a prolongé le délai légal dont dispose le gouverneur en conseil pour prendre sa décision et a discuté, de vive voix et par correspondance, avec les demandeurs autochtones des préoccupations auxquelles l'Office n'avait peut-être pas répondu adéquatement en vue d'établir une collaboration pour trouver des mesures d'accommodement possibles.
  - Le Canada a établi le rapport sur les consultations de la Couronne pour informer les décideurs représentant l'État et a sollicité les commentaires des demandeurs autochtones à propos de deux ébauches de ce rapport.

- Canada reviewed upstream greenhouse gas emission estimates for the Project, struck a Ministerial Panel to seek public input and held a workshop in Kamloops.
- Canada developed additional accommodation measures including an Indigenous Advisory and Monitoring Committee, the Oceans Protection Plan and the Action Plan for the Recovery of the Southern Resident Killer Whale.
- Canada gave written reasons for conditionally approving the Project that showed how Indigenous concerns were considered and addressed.
- Le Canada a examiné les estimations relatives aux émissions de gaz à effet de serre en amont concernant le projet, a établi un comité ministériel chargé de solliciter l’avis du public et a tenu une séance de travail à Kamloops.
- Le Canada a pris d’autres mesures d’accommodement, dont la création d’un comité de consultation et de surveillance autochtone et l’adoption du Plan de protection des océans et du Plan d’action pour le rétablissement de l’épaulard résident du sud.
- Le Canada a assorti l’approbation conditionnelle du projet de motifs expliquant l’examen des préoccupations des Autochtones et la réponse fournie.

[551] While in *Gitxaala* this Court found that the consultation process followed for the Northern Gateway project fell well short of the mark, Canada submits that the flaws identified by the Court in *Gitxaala* were remedied and not repeated. Specific measures were taken to remedy the flaws found in the earlier consultation. Thus:

- i. Canada extended the consultation process by four months to allow deeper consultation with potentially affected Indigenous groups, greater public engagement and an assessment of the greenhouse gas emissions associated with the Project.
- ii. The Order in Council expressly stated that the Governor in Council was “satisfied that the consultation process undertaken is consistent with the honour of the Crown and that the concerns and interests have been appropriately accommodated”. Reasons for this conclusion were given in the Explanatory Note.
- iii. Canada shared its preliminary strength of claim assessments in August 2016 to allow Indigenous groups to comment on the assessments. Canada’s ultimate assessments were set out in the Crown Consultation Report.

[551] La Cour dans l’arrêt *Gitxaala* estime que le processus de consultation mis en place à l’égard du projet Northern Gateway est loin d’être adéquat. Or, le Canada affirme que les lacunes relevées dans cette affaire n’ont pas été répétées en l’espèce. Des mesures précises ont été prises pour corriger les lacunes du processus précédent. Ainsi :

- i. Le Canada a prolongé de quatre mois le processus de consultation pour permettre des consultations approfondies des groupes autochtones éventuellement touchés, une participation accrue du public et une évaluation des émissions de gaz à effet de serre attribuables au projet.
- ii. Le décret indique expressément que le gouverneur en conseil est convaincu « que le processus de consultation est compatible avec l’honneur de la Couronne et que les préoccupations et intérêts ont fait l’objet de mesures d’accommodement appropriées ». Les raisons étayant cette conclusion sont énumérées dans la note explicative.
- iii. Le Canada a fourni dès le mois d’août 2016 son évaluation préliminaire de la solidité des revendications par les groupes autochtones relatives aux droits pour permettre à ces derniers de faire leurs commentaires à cet égard. L’évaluation finale figure dans le rapport sur les consultations de la Couronne.

- iv. Canada's officials met and dialogued with Indigenous groups. As well, several Ministers met with Indigenous groups. While the Governor in Council accepted the report of the National Energy Board, in addition to the Board's conditions the Crown Consultation Report contained a commitment to design, fund and implement an Indigenous Advisory and Monitoring Committee for the Project and the Explanatory Note referenced two new initiatives: the Economic Pathways Partnership and the Oceans Protection Plan.
- v. In order to ensure that the Governor in Council received accurate information, two drafts of the Crown Consultation Report were distributed for comment and Indigenous groups were invited to provide their own submissions to the Governor in Council.
- vi. The consultation was based on the unique facts and circumstances applicable to each Indigenous group. The Crown Consultation Report contained a detailed appendix for each potentially affected Indigenous group that dealt with: background information; a preliminary strength of claim assessment; a summary of the group's involvement in the Board and Crown Consultation process; a summary of the group's interests and concerns; accommodation proposals; the group's response to the Board's report; the potential impacts of the Project on the group's Indigenous interests; and the Crown's conclusions.
- iv. Les représentants du Canada ont rencontré les groupes autochtones et échangé avec eux. De plus, plusieurs ministres ont rencontré les groupes autochtones. Certes, le gouverneur en conseil a accepté le rapport de l'Office national de l'énergie, mais, outre les conditions qui y étaient imposées, le rapport sur les consultations de la Couronne fait également état d'un engagement à concevoir, à financer et à mettre sur pied un comité de consultation et de surveillance autochtone à l'égard du projet, et la Note explicative renvoie à deux nouvelles initiatives, soit le Partenariat pour l'accès aux retombées économiques et le Plan de protection des océans.
- v. Pour assurer l'exactitude des renseignements fournis au gouverneur en conseil, deux ébauches du rapport sur les consultations de la Couronne ont été transmises aux groupes autochtones pour commentaires, et ceux-ci ont été invités à présenter leurs propres observations au gouverneur en conseil.
- vi. La consultation avait pour point de départ les faits et les circonstances propres à chaque groupe autochtone. Le rapport sur les consultations de la Couronne présente une annexe détaillée concernant chaque groupe autochtone éventuellement touché. Elle présente des renseignements contextuels, l'évaluation préliminaire de la solidité de la revendication par le groupe donné à l'égard des droits, un résumé de la participation du groupe au processus de l'Office et de consultation de la Couronne, un résumé des intérêts et des préoccupations du groupe, les mesures d'accommodement proposées; la réponse du groupe au rapport de l'Office, les effets potentiels du projet sur les intérêts autochtones du groupe et les conclusions de la Couronne.

[552] I acknowledge significant improvements in the consultation process. To illustrate, in *Gitxaala* this Court noted, among other matters, that:

[552] Je reconnais qu'il y a eu des améliorations importantes dans le processus de consultation. Par exemple, dans l'arrêt *Gitxaala*, la Cour souligne notamment les faits suivants :

- requests for extensions of time were ignored (reasons, paragraphs 247 and 250);
  - inaccurate information was put before the Governor in Council (reasons, paragraphs 255–262);
  - requests for information went unanswered (reasons, paragraphs 272, 275–278);
  - Canada did not disclose its assessment of the strength of the Indigenous parties' claim to rights or title or its assessment of the Project's impacts (reasons, paragraphs 288–309); and,
  - Canada acknowledged that the consultation on some issues fell well short of the mark (reasons, paragraph 254).
- les demandes de prorogation sont restées lettres mortes (motifs, paragraphes 247 et 250);
  - des renseignements inexacts ont été soumis au gouverneur en conseil (motifs, paragraphes 255 à 262);
  - les demandes de renseignements n'ont pas produit de réponse (motifs, paragraphes 272 et 275 à 278);
  - le Canada n'a pas communiqué son évaluation de la solidité des revendications de droits ou titres ancestraux ou son évaluation sur les effets du projet (motifs, paragraphes 288 à 309);
  - le Canada a reconnu que les consultations menées à l'égard de certaines questions avaient été nettement insuffisantes (motifs, paragraphe 254).

[553] Without doubt, the consultation process for this project was generally well-organized, less rushed (except in the final stage of Phase III) and there is no reasonable complaint that information within Canada's possession was withheld or that requests for information went unanswered.

[553] Il ne fait aucun doute que le processus de consultation mis en place en l'espèce était généralement bien organisé, et son déroulement moins expéditif que celui dans l'affaire *Gitxaala* (sauf pour ce qui est de la dernière partie de l'étape III). Aucun motif raisonnable ne permet d'affirmer que les renseignements dont disposait le Canada n'ont pas été fournis ou que les demandes de renseignements sont restées lettres mortes.

[554] Ministers of the Crown were available and engaged in respectful conversations and correspondence with representatives of a number of the Indigenous applicants.

[554] Les ministres se sont montrés disponibles et ont entretenu un dialogue respectueux, tant dans leurs conversations que dans leur correspondance, avec les représentants de demandeurs autochtones.

[555] Additional participant funding was offered to each of the applicants to support participation in discussions with the Crown consultation team following the release of the Board's report and recommendations. The British Columbia Environmental Assessment Office also offered consultation funding.

[555] Chaque demandeur s'est vu offrir des fonds supplémentaires pour faciliter sa participation aux discussions avec l'équipe des consultations avec la Couronne après la publication du rapport de l'Office et de ses recommandations. Le Bureau de l'évaluation environnementale de la Colombie-Britannique a également offert des fonds pour la consultation.

[556] The Crown Consultation Report provided detailed information about Canada's approach to consultation, Indigenous applicants' concerns and Canada's conclusions. An individualized appendix was prepared

[556] Le rapport des consultations de la Couronne fournit des détails sur la démarche du Canada relative aux consultations, les préoccupations des demandeurs autochtones et les conclusions du Canada. Il est assorti d'une

for each Indigenous group (as described above, at paragraph 551(vi)).

[557] However, for the reasons developed below, Canada's execution of Phase III of the consultation process was unacceptably flawed and fell short of the standard prescribed by the jurisprudence of the Supreme Court. As such, the consultation process fell short of the required mark for reasonable consultation.

[558] To summarize my reasons for this conclusion, Canada was required to do more than receive and understand the concerns of the Indigenous applicants. Canada was required to engage in a considered, meaningful two-way dialogue. Canada's ability to do so was constrained by the manner in which its representatives on the Crown consultation team implemented their mandate. For the most part, Canada's representatives limited their mandate to listening to and recording the concerns of the Indigenous applicants and then transmitting those concerns to the decision makers.

[559] On the whole, the record does not disclose responsive, considered and meaningful dialogue coming back from Canada in response to the concerns expressed by the Indigenous applicants. While there are some examples of responsiveness to concerns, these limited examples are not sufficient to overcome the overall lack of response. The Supreme Court's jurisprudence repeatedly emphasizes that dialogue must take place and must be a two-way exchange. The Crown is required to do more than to receive and document concerns and complaints. As this Court wrote in *Gitxaala*, at paragraph 265, speaking of the limited mandate of Canada's representatives:

When the role of Canada's representatives is seen in this light, it is of no surprise that a number of concerns raised by Aboriginal groups—in our view, concerns very central to their legitimate interests—were left unconsidered and undiscussed. This fell well short of the conduct necessary to meet the duty to consult.

[560] Further, Phase III was to focus on two questions: outstanding concerns about Project-related impacts and

annexe présentant les renseignements concernant chacun des groupes autochtones (décrite au paragraphe 551vi)).

[557] Toutefois, pour les motifs énoncés ci-après, l'exécution par le Canada de l'étape III du processus de consultation s'est révélée lacunaire au point d'en être inacceptable et insuffisante pour respecter la norme issue de la jurisprudence de la Cour suprême. Ainsi, le processus de consultation n'a pas permis de donner lieu à des consultations raisonnables.

[558] En bref, le Canada n'était pas simplement tenu de recueillir et de comprendre les préoccupations des demandeurs autochtones; il devait prendre part à un véritable dialogue réfléchi. Il en a été empêché par la manière dont ses représentants, au sein de l'équipe des consultations avec la Couronne, ont exécuté leur mandat. Pour l'essentiel, ses représentants se sont contentés de consigner les préoccupations des demandeurs autochtones et de les transmettre aux décideurs.

[559] Le dossier en général ne révèle pas de véritable dialogue réfléchi en réponse aux préoccupations exprimées par les groupes autochtones. S'il ressort du dossier quelques exemples de réponses aux préoccupations, ceux-ci ne suffisent pas à compenser l'absence générale de réaction de la part du Canada. La jurisprudence de la Cour suprême souligne à maintes reprises l'importance d'un véritable dialogue. La Couronne ne saurait se contenter de recueillir et de consigner les préoccupations et les plaintes. Notre Cour, dans l'arrêt *Gitxaala*, au paragraphe 265, fait les remarques suivantes à propos du mandat limité des représentants du Canada :

Lorsque le rôle des représentants du Canada est vu sous cet angle, il n'est pas étonnant qu'un certain nombre des préoccupations soulevées par les groupes autochtones aient été laissées en plan et n'aient fait l'objet d'aucune discussion. À notre avis, des préoccupations fondamentales à leurs intérêts légitimes n'ont pas été examinées ni discutées. Ceci ne correspond pas à la conduite nécessaire pour rencontrer le devoir de consulter.

[560] En outre, l'étape III concernait deux questions : les préoccupations qui subsistaient à propos des effets

any required incremental accommodation measures. Canada's ability to consult and dialogue on these issues was constrained by two further limitations: first, Canada's unwillingness to depart from the Board's findings and recommended conditions so as to genuinely understand the concerns of the Indigenous applicants and then consider and respond to those concerns in a genuine and adequate way; second, Canada's erroneous view that it was unable to impose additional conditions on Trans Mountain.

[561] Together these three factors led to a consultation process that fell short of the mark and was, as a result, unreasonable. Canada then exacerbated the situation by its late disclosure of its view that the Project did not have a high level of impact on the established and asserted rights of the Indigenous applicants—a disclosure made two weeks before they were required to submit their final response to the consultation process and less than a month before the Governor in Council approved the Project.

[562] I begin the analysis by underscoring the need for meaningful two-way dialogue in the context of this Project and then move to describe in more detail the three significant impediments to meaningful consultation: the Crown consultation team's implementation of their mandate essentially as note-takers, Canada's reluctance to consider any departure from the Board's findings and recommended conditions, and Canada's erroneous view that it lacked the ability to impose additional conditions on Trans Mountain. I then discuss Canada's late disclosure of its assessment of the Project's impact on the Indigenous applicants. Finally, I review instances that show that as a result of these impediments the opportunity for meaningful dialogue was frustrated.

[563] The jurisprudence of the Supreme Court on the duty to consult is clear. The Indigenous applicants were entitled to a dialogue that demonstrated that Canada not only heard but also gave serious consideration to the specific and real concerns the Indigenous applicants put to Canada, gave serious consideration to proposed accommodation measures, and explained how the concerns

associés au projet et les mesures d'accommodement supplémentaires nécessaires pour y remédier. La faculté du Canada de procéder à des consultations et d'établir un dialogue à ce sujet était limitée par deux autres contraintes. Premièrement, le Canada s'est montré réticent à s'écarter des conclusions de l'Office et des conditions qu'il avait recommandées pour être en mesure de saisir le fond des préoccupations des demandeurs autochtones, puis d'y réfléchir et d'y répondre véritablement et adéquatement. Deuxièmement, le Canada estimait, à tort, qu'il ne pouvait imposer d'autres conditions à Trans Mountain.

[561] Ces trois facteurs ont concouru à un processus de consultation qui s'est révélé insuffisant et, par conséquent, déraisonnable. Le Canada a ensuite empiré la situation en communiquant tardivement son avis selon lequel le projet n'aurait pas d'effet important sur les droits établis et revendiqués des demandeurs autochtones. Cet avis a été communiqué à ces derniers deux semaines avant la date à laquelle ils devaient présenter leur réponse finale au processus de consultation et moins d'un mois avant l'approbation du projet par le gouverneur en conseil.

[562] Commençons par souligner la nécessité d'un véritable dialogue à propos du projet avant de décrire en détail les trois obstacles importants à de véritables consultations : les membres de l'équipe des consultations avec la Couronne estimaient que leur mandat se limitait essentiellement à prendre des notes; le Canada était réticent à dévier des conclusions de l'Office et des conditions qu'il avait imposées; le Canada croyait à tort qu'il n'était pas habilité à imposer d'autres conditions à Trans Mountain. Je traiterai ensuite de la communication tardive de l'évaluation de l'effet du projet sur les demandeurs autochtones. Enfin, j'examinerai des exemples démontrant que ces obstacles ont contrarié la tenue d'un véritable dialogue.

[563] La jurisprudence de la Cour suprême sur l'obligation de consulter est sans équivoque. Les demandeurs autochtones ont droit à un dialogue qui, d'une part, démontre que le Canada a non seulement entendu leurs préoccupations réelles et précises, mais a également réfléchi sérieusement à celles-ci et aux mesures d'accommodement proposées et, d'autre part, qui explique la part



of the Indigenous applicants impacted Canada's decision to approve the Project. The instances below show how Canada fell short of its obligations.

(i) The need for meaningful two-way dialogue

[564] As a matter of well-established law, meaningful dialogue is a prerequisite for reasonable consultation. As explained above at paragraphs 499 to 501, meaningful consultation is not simply a process of exchanging information. Where, as in this case, deep consultation is required, a dialogue must ensue and the dialogue should lead to a demonstrably serious consideration of accommodation. The Crown must be prepared to make changes to its proposed actions based on information and insight obtained through consultation.

[565] The need for meaningful dialogue exists and operates in a factual context. Here, Phase III was a critically important part of the consultation framework. This was so for a number of reasons.

[566] First, Phase III was the first opportunity for the Indigenous applicants to dialogue directly with Canada about matters of substance, not process.

[567] Second, the Board's report did not deal with all of the subjects on which consultation was required. For example, the Board did not make any determinations about the nature and scope of asserted or established Indigenous rights, including title rights. Nor did the Board consider the scope of the Crown's duty to consult or whether the duty was fulfilled. Nor did Trans Mountain in its application, or the Board in its report, assess how the residual effects of the Project, or the Project itself, could adversely impact traditional governance systems and claims to Aboriginal title (Crown Consultation Report, sections 1.4, 4.3.4 and 4.3.5). Canada was obliged to consult on these issues.

[568] Third, neither Trans Mountain nor the Board assessed the Project's impacts on a specific basis for each

des préoccupations dans sa décision d'approuver le projet. Les exemples qui suivent démontrent que le Canada n'a pas respecté ses obligations.

(i) La nécessité d'un véritable dialogue

[564] Il est acquis en droit que des consultations raisonnables sont subordonnées à la tenue d'un véritable dialogue. Comme nous l'expliquons aux paragraphes 499 à 501 des présents motifs, des consultations véritables ne se résument pas à un simple échange de renseignements. Dans la mesure où des consultations approfondies sont nécessaires, comme en l'espèce, la tenue d'un dialogue est essentielle, et ce dernier doit mener à un examen, que l'on peut qualifier de sérieux, de mesures d'accommodement. La Couronne doit être disposée à modifier ses actions sur le fondement des renseignements et des avis issus des consultations.

[565] La nécessité d'un véritable dialogue existe et joue en fonction du contexte. En l'espèce, l'étape III constituait une partie cruciale du cadre des consultations, et ce pour plusieurs raisons.

[566] Premièrement, l'étape III présentait la première occasion pour les demandeurs autochtones d'établir un dialogue direct avec le Canada sur le fond, et non sur le processus.

[567] Deuxièmement, le rapport de l'Office ne traitait pas de toutes les questions appelant des consultations. Par exemple, l'Office n'a tiré aucune conclusion sur la nature et la portée des droits (y compris le titre) ancestraux établis ou revendiqués. L'Office ne s'est pas attaché non plus à déterminer la teneur de l'obligation de consulter de la Couronne ni à décider si elle s'en était acquittée. En outre, ni Trans Mountain dans sa demande, ni l'Office dans son rapport, n'ont cherché à savoir si les effets du projet, ou le projet lui-même, nuiraient aux régimes traditionnels d'exercice des pouvoirs et aux revendications du titre ancestral (rapport sur les consultations de la Couronne, sections 1.4, 4.3.4 et 4.3.5). Le Canada était tenu à des consultations sur ces questions.

[568] Troisièmement, ni Trans Mountain, ni l'Office n'ont évalué les effets du projet de façon spécifique sur

affected Indigenous group. Rather, Trans Mountain assessed the effects related to Project construction and operations (including potential accidents and malfunctions) that might impact biophysical resources and socio-economic components within the Project area, and the Indigenous uses, practices and activities associated with those resources. This approach was accepted by the Board (Board report, pages 51 to 52).

[569] Finally, Phase III began in earnest with the release of the Board's report and finalized conditions. This report contained findings of great importance to the applicants because the Board's findings led Canada to conclude that the Project had only a minor-to-moderate impact on the Indigenous applicants. As a matter of law, this conclusion directly affected both the depth of consultation required and the need for accommodation measures. The following two examples illustrate the importance of the Board's findings to the Indigenous applicants.

[570] The first example concerns the assessment of the Project's potential impact on freshwater fishing. The Board found that the proposed watercourse crossings designs, mitigation measures, reclamation activities and post-construction monitoring were appropriate and that they would effectively reduce the extent of effects on fish and fish habitat. Watercourse crossings would be required to comply with federal and provincial laws and regulations and would require permits under the British Columbia *Water Sustainability Act*, S.B.C. 2014, c. 15. The Board agreed with Trans Mountain's self-assessment of the potential for serious harm in that the majority of proposed watercourse crossings would not constitute serious harm to fish for the purposes of the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14 (Board report, pages 183 and 185).

[571] The Stó:lō have a constitutionally protected right to fish on the Fraser River, a right affirmed by the Supreme Court of Canada. In the Stó:lō appendix to the Crown Consultation Report, Canada concluded that Project construction and routine maintenance during operation would be expected to result in a minor-to-moderate impact on

chaque groupe autochtone touché. Trans Mountain a plutôt évalué les effets découlant de la construction et de l'exploitation du projet (y compris les risques d'accidents et de défauts) susceptibles de porter atteinte aux ressources biophysiques et socioéconomiques dans la région visée par le projet ainsi que les utilisations, pratiques et activités des Autochtones à l'égard de ces ressources. L'Office a entériné cette démarche (rapport de l'Office, pages 52 et 53).

[569] Enfin, la publication du rapport et des conditions finales de l'Office a donné le coup d'envoi à l'étape III. Le rapport présente les conclusions qui importent considérablement aux demandeurs, car elles ont mené le Canada à constater que le projet aurait des effets variant de faibles à modérés sur les demandeurs autochtones. Sur le plan juridique, cette constatation a eu une incidence directe sur la portée des consultations nécessaires et la nécessité de mesures d'accommodement. Les deux exemples qui suivent illustrent l'importance des conclusions de l'Office aux yeux des demandeurs autochtones.

[570] Le premier concerne l'évaluation des effets potentiels du projet sur la pêche en eau douce. L'Office est d'avis que les types de franchissement des cours d'eau proposés, les mesures d'atténuation, les activités de remise en état et la surveillance environnementale post-construction sont appropriés et parviendront à réduire l'étendue des effets sur les poissons et leur habitat. Les franchissements des cours d'eau devront satisfaire aux lois et règlements fédéraux et provinciaux et nécessiteraient des permis délivrés sous le régime de la *Water Sustainability Act*, S.B.C. 2014, ch. 15, une loi de la Colombie-Britannique. L'Office souscrit à l'évaluation effectuée par Trans Mountain selon laquelle la majorité des franchissements de cours d'eau n'infligeront pas de dommages sérieux au sens où il faut l'entendre pour l'application de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14 (rapport de l'Office, page 189).

[571] Les Stó:lō ont le droit, protégé par la Constitution et confirmé par la Cour suprême du Canada, de pêcher dans le fleuve Fraser. Dans la partie de l'annexe au rapport sur les consultations de la Couronne consacrée aux Stó:lō, le Canada constate que la construction du projet et l'entretien courant en cours d'exploitation emporteront

the Stó:lō's freshwater fishing and marine fishing and harvesting activities (Stó:lō appendix, pages 26 and 27). This assessment flowed directly from the Board's conclusion that Project-related activities could result in low-to-moderate magnitude effects on freshwater and marine fish and fish habitat and the Board's conclusion that its conditions, if the Project was approved, would either directly or indirectly avoid or reduce potential environmental effects on fishing activities (Stó:lō appendix, pages 24 and 25).

[572] The second example relates to the ability of Indigenous groups to use the lands, waters and resources for traditional purposes. The Board found that this ability would be temporarily impacted by construction and routine maintenance activities, and that some opportunities for certain activities, such as harvesting or accessing sites or areas of traditional land resource use, would be temporarily interrupted. The Board was of the view that these impacts would be short-term, as they would be limited to brief periods during construction and routine maintenance, and that these effects would be largely confined to the Project footprint for the pipeline, associated facilities and the on-shore portion of the Westridge Marine Terminal site. The Board found these effects would be reversible in the short to long term, and low in magnitude (Board report, page 279). The Board also found that:

- Project-related pipeline, facility and Westridge Marine Terminal construction and operation, and marine shipping activities were likely to have low-to-moderate magnitude environmental effects on terrestrial, aquatic and marine species harvested by Indigenous groups as a whole (Board report, pages 204, 221 to 224 and 362);
- Construction of the Westridge Marine Terminal, the pipeline and associated facilities were likely to cause short-term temporary disruptions to Indigenous community members accessing

selon toute vraisemblance un effet, variant de faible à modéré, sur les activités de pêche en eau douce et en mer et de récolte de ce groupe (annexe consacrée aux Stó:lō, pages 26 et 27). Cette constatation découle directement de la conclusion de l'Office selon laquelle les activités associées au projet sont susceptibles d'entraîner des effets d'une ampleur variant de faible à modérée sur la pêche en eau douce et en mer et l'habitat du poisson et de la conclusion selon laquelle, si le projet est approuvé, les conditions imposées par l'Office permettraient d'éviter ou de réduire directement ou indirectement les effets environnementaux potentiels sur les activités de pêche (annexe consacrée aux Stó:lō, pages 24 et 25).

[572] Le deuxième exemple concerne la faculté pour les groupes autochtones d'utiliser les terres, l'eau et les ressources à des fins traditionnelles. Selon l'Office, la construction et les activités d'entretien courant nuiront temporairement à ces fins, et la pratique de certaines activités, comme la récolte et l'accès à des régions où il y a usage des terres et des ressources à des fins traditionnelles, sera interrompue temporairement. De l'avis de l'Office, ces effets seront de courte durée, car ils seront limités à de brèves périodes pendant la construction et l'entretien courant, et seront confinés à l'empreinte du projet du pipeline, aux installations connexes et à la partie terrestre du site du terminal maritime Westridge. Ces effets seront réversibles à court ou à long terme et de faible ampleur (rapport de l'Office, page 289). En outre, selon l'Office :

- la construction et l'exploitation du pipeline, des installations et du terminal maritime Westridge associés au projet ainsi que le transport maritime sont susceptibles d'avoir des effets environnementaux variant de faible à modérés sur les espèces terrestres, aquatiques et marines récoltées par les groupes autochtones dans leur ensemble (rapport de l'Office, pages 209, 227 à 230 et 365);
- la construction du terminal maritime Westridge, du pipeline et des installations connexes sont susceptibles de causer une interruption temporaire de l'accès par les membres des communautés

traditional hunting, trapping and plant gathering sites (Board report, page 279); and,

- Project-related marine shipping activities were likely to cause temporary disruptions to activities or access to sites during the period of time Project-related tankers were in transit (Board report, page 362).

[573] Based on these findings, Canada concluded that the impact of Project construction and operation and Project-related marine shipping activities on Tsleil-Waututh's and Squamish's hunting, trapping and plant gathering activity would be negligible-to-minor. The Project's impact on these activities was assessed to be minor for the Stó:lō and SSN, and minor-to-moderate for Coldwater and Upper Nicola.

[574] The critical importance of the Board's findings to the Indigenous applicants mandated meaningful dialogue about those findings. I now turn to consider Canada's execution of Phase III of the consultation process, commencing with the mandate of the Crown consultation team.

- (ii) The implementation of the mandate of the Crown consultation team

[575] While Canada submits that the members of the Crown consultation team were not mere note-takers, the preponderance of the evidence is to the effect that the members of the Crown consultation team acted on the basis that, for the most part, their role was that of note-takers who were to accurately report the concerns of the Indigenous applicants to the decision makers.

[576] My review of the evidence begins with the explanation of the team's mandate found in the Crown Consultation Report. I then move to the evidence of the interactions between the Crown consultation team and the Indigenous applicants during the consultation process.

[577] First, a word of explanation about the source of the evidence cited below. Unless otherwise noted, the

autochtones aux lieux traditionnels de chasse, de piégeage et de cueillette (rapport de l'Office, page 289);

- le transport maritime connexe au projet est susceptible de perturber temporairement les activités ou l'accès aux sites pendant la période pendant laquelle les navires-citernes du projet sont en transit (rapport de l'Office, page 374).

[573] À la lumière de ces conclusions, le Canada est d'avis que la construction et l'exploitation du projet et le transport maritime connexe au projet auront des effets négligeables à mineurs sur les activités de chasse, de piégeage et de cueillette des Tsleil-Waututh et des Squamish, des effets mineurs dans le cas des Stó:lō et des SSN, ainsi que des effets mineurs à modérés dans le cas des Coldwater et des Upper Nicola.

[574] L'importance cruciale des conclusions de l'Office pour les demandeurs autochtones commandait un véritable dialogue portant sur celles-ci. Passons à l'étape III du processus de consultation, à commencer par le mandat de l'équipe des consultations avec la Couronne.

- (ii) L'exécution par l'équipe des consultations avec la Couronne de son mandat

[575] Si le Canada soutient que le mandat des membres de l'équipe des consultations avec la Couronne ne se résumait pas à prendre des notes, la prépondérance de la preuve indique qu'ils se sont comportés comme si leur rôle, en grande partie, consistait à consigner fidèlement les préoccupations des demandeurs autochtones et à les transmettre aux décideurs.

[576] L'analyse porte en premier lieu sur l'explication du mandat de l'équipe qui figure dans le rapport sur les consultations de la Couronne, puis aborde la preuve relative aux rapports entre l'équipe des consultations avec la Couronne et les demandeurs autochtones pendant le processus de consultation.

[577] Commençons par offrir une explication sur la source des éléments de preuve qui suivent. À moins

evidence comes from meeting notes prepared by Canada. It was Canada's practice to prepare meeting notes following each consultation meeting, to send the draft notes to the affected Indigenous group for comment, and then to revise the notes based on the comments received before distributing a final version. The parties did not take issue with the accuracy of meeting notes. As shown below, where there was any disagreement on what had been said, the minutes set out each party's view of what had been said.

a. The Crown Consultation Report

[578] Section 3.3.4 of the Crown Consultation Report dealt with Phase III of the consultation process. Under the subheading "Post-NEB Hearing Phase Consultation" the report stated [at page 45]:

... The mandate of the Crown consultation team was to listen, understand, engage and report to senior officials, Aboriginal group perspectives. The Minister of Natural Resources and other Ministers were provided a summary of these meetings.

b. The experience of Tsleil-Waututh

[579] At a meeting held on April 5, 2016, Erin O'Gorman of Natural Resources Canada "highlighted her mandate to listen and understand [Tsleil-Waututh's] perspective on how consultations should be structured, and move this information for decision. No mandate to defend the current approach."

[580] In the course of the introductions and opening remarks at a meeting held September 15, 2016, "Canada stressed that the Crown's ultimate goal is to understand the position and concerns of the [Tsleil-Waututh] on the proposed Trans Mountain Expansion project".

[581] At a meeting held on October 20, 2016, Canada's representatives advised that "[o]ur intention is to provide

d'indication contraire, la preuve provient de procès-verbaux dressés par le Canada. Ce dernier avait pour pratique, après chaque séance de consultation, d'en dresser le procès-verbal, d'en envoyer une ébauche au groupe autochtone pour commentaires, puis de réviser le procès-verbal à la lumière de ces commentaires avant d'en transmettre une copie finale. Les parties ne contestent pas l'exactitude des procès-verbaux. Comme nous le verrons, en cas de désaccord sur la teneur des propos, le procès-verbal présente la version respective des échanges.

a. Le rapport sur les consultations de la Couronne

[578] La section 3.3.4 du rapport sur les consultations de la Couronne traite du processus de consultation de l'étape III. Sous la rubrique [TRADUCTION] « consultations postérieures à l'audience de l'Office », le rapport indique ce qui suit [à la page 45] :

[TRADUCTION] [...] [L]e mandat de l'équipe des consultations par la Couronne consiste à écouter, à comprendre, à examiner et à transmettre aux représentants principaux les perspectives des groupes autochtones. Le ministre des Ressources naturelles et d'autres ministres reçoivent un résumé des rencontres.

b. L'expérience des Tsleil-Waututh

[579] Lors d'une séance qui s'est tenue le 5 avril 2016, Erin O'Gorman de Ressources naturelles Canada [TRADUCTION] « souligne son mandat, qui consiste à écouter et à saisir le point de vue [des Tsleil-Waututh] sur la structure des consultations et à transmettre cette information en vue d'une décision. Aucun mandat ne permet de défendre la démarche actuelle ».

[580] Pendant les présentations et les remarques préliminaires à la séance du 15 septembre 2016, « le Canada souligne que l'objet ultime de la Couronne consiste à comprendre la position et les préoccupations [des Tsleil-Waututh] sur le projet d'expansion du réseau de Trans Mountain ».

[581] Lors d'une réunion tenue le 20 octobre 2016, les représentants du Canada affirment en ces termes

a report to cabinet and include all first Nations consulted, we are open to having [Tsleil-Waututh] input review and representation in that report, together with mitigation and accommodation measures.” In response, a representative of Tsleil-Waututh “indicated he did not want consultations and a report of concerns to [Governor in Council]: that has occurred and does not work”. The response of the federal representatives to this was that “it was sufficient to convey information to the [Governor in Council] depending on how it’s done”.

### c. The experience of Squamish

[582] On October 6, 2016, the Major Projects Management Office and the British Columbia Environmental Assessment Office jointly wrote to Squamish in response to a letter from Squamish setting out its views on the outstanding deficiencies in the Board review process and requesting a review of the consultation approach the Crown was taking to inform forthcoming federal and provincial decisions in respect of the Project. Under the heading “Procedural Concerns” Squamish was advised:

The Crown Consultation Team’s objective has always been to work with Squamish and other Aboriginal groups to put forward the best information possible to decision makers within the available regulatory timeframe, via this Consultation and Accommodation Report. Comments and input provided by Squamish will help the Crown Consultation Team to accurately convey Squamish’s interests, concerns, and any specific proposals.

The Crown is now focused on validating the key substantive concerns of Squamish, and has requested feedback on an initial draft report so that the Crown can include draft conclusions in a subsequent revision that will include the Crown’s assessment of the seriousness of potential impacts from the Project on Aboriginal Interests, specific to each Aboriginal group.

...

[TRADUCTION] : « nous avons l’intention de fournir un rapport au Cabinet et d’inclure toutes les Premières Nations consultées, [et] sommes ouverts à l’idée que [les Tsleil-Waututh] incluent dans ce rapport leurs commentaires et observations ainsi que des mesures d’atténuation et d’accommodement ». En réponse, un représentant de ce groupe indique [TRADUCTION] « qu’il ne veut pas de consultations et un rapport des préoccupations au [gouverneur en conseil] : ce qui s’est déjà produit, en vain ». Ce à quoi le représentant fédéral répond : [TRADUCTION] « il suffit de transmettre l’information au [gouverneur en conseil], selon la manière dont c’est fait ».

### c. L’expérience des Squamish

[582] Le 16 octobre 2016, le Bureau de gestion des grands projets et le Bureau de l’évaluation environnementale de la Colombie-Britannique répondent ensemble à une lettre dans laquelle les Squamish présentent leur avis sur les lacunes qui subsistent dans le processus d’examen par l’Office et sollicitent l’examen de la démarche de consultations adoptée par la Couronne en vue d’éclairer les décisions fédérales et provinciales à propos du projet. Ils écrivent, sous la rubrique [TRADUCTION] « Préoccupations quant à la procédure » :

[TRADUCTION] L’objectif de l’équipe des consultations avec la Couronne a toujours été de collaborer avec les Squamish et d’autres groupes autochtones pour présenter les meilleurs renseignements possibles aux décideurs dans le cadre du régime législatif actuel, par le truchement du rapport sur les consultations et les mesures d’accommodement. Les commentaires et les renseignements fournis par les Squamish aideront l’équipe des consultations avec la Couronne à transmettre fidèlement les intérêts, les préoccupations et les propositions précises des Squamish.

La Couronne s’attache maintenant à valider les principales préoccupations de fond des Squamish. Elle a demandé des commentaires sur la première ébauche du rapport pour qu’elle puisse inclure une ébauche des conclusions dans une prochaine version qui présentera les résultats de son évaluation de la gravité des effets potentiels du projet sur les intérêts autochtones, et ce pour chaque groupe.

[...]



At this stage in the process, following a four month extension of the federal legislated time limit, for a decision on the Project (required by December 19, 2016), we continue to want to ensure that Squamish’s substantive concerns with respect to the Project, [Board] report (including recommended terms and conditions), and related proposals for mitigation or accommodation are accurately and comprehensively documented in the Consultation and Accommodation Report. [Underlining added.]

[583] At the only consultation meeting held with Squamish, Canada’s consultation lead referenced the ethics the team abided by during each meeting with Indigenous groups: “honesty, truth, pursuing the rightful path and ensuring that accurate and objective, representative information is put before decision-makers”.

[584] He later reiterated that “[i]t is the Crown’s duty to ensure that accurate information on these outstanding issues is provided to decision-makers, including how Squamish perceives the project and any outstanding issues”.

d. The experience of Coldwater

[585] At a meeting held with Coldwater on March 31, 2016, prior to the start of Phase III, the head of the Crown consultation team explained that:

... the work of the Crown consultation team, to develop a draft report that helps document the potential impacts of the project on [Coldwater] rights and interests, will be the vehicle through which the Crown documents potentially outstanding issues and accommodation proposals. It may appear as though the Crown is relying solely on the [Board] process, however it is not. It is leading its own consultation activities and will be overlaying a separate analytical framework (i.e. the impacts-on-rights lens).

[586] At a meeting on May 4, 2016, discussing, among other things, the effect of the Project on Coldwater’s aquifer the Crown consultation team advised:

À l’heure actuelle, après la prorogation, de quatre mois, du délai légal fédéral applicable à la décision sur le projet (qui doit être prise au plus tard le 19 décembre 2016), nous voulons rassurer les Squamish que leurs préoccupations de fond relatives au projet, au rapport [de l’Office] (y compris les conditions recommandées) et les propositions connexes de mesures d’atténuation ou d’accommodement sont consignées de manière fidèle et exhaustive dans le rapport sur les consultations et les mesures d’accommodement. [Non souligné dans l’original.]

[583] Lors de la seule réunion de consultation à laquelle les Squamish ont participé, le dirigeant de l’équipe des consultations décrit ainsi les principes d’éthique suivis par l’équipe dans le cadre des réunions avec les groupes autochtones : [TRADUCTION] « honnêteté, vérité, suivre le droit chemin et veiller à ce que des renseignements exacts, objectifs et représentatifs soient présentés aux décideurs ».

[584] Il réitère le message en ces termes [TRADUCTION] : « [i]l incombe à la Couronne de veiller à ce que des renseignements exacts soient transmis aux décideurs à propos de ces questions qui subsistent, dont la perception des Squamish au sujet du projet ».

d. L’expérience des Coldwater

[585] Lors d’une réunion tenue le 31 mars 2016, à laquelle les Coldwater avaient été conviés avant le début de l’étape III, le dirigeant de l’équipe des consultations avec la Couronne explique :

[TRADUCTION] [...] les travaux de l’équipe des consultations avec la Couronne, qui consistent à rédiger une ébauche de rapport qui consigne les effets potentiels du projet sur les droits et intérêts [des Coldwater], constitueront le vecteur permettant à la Couronne de consigner les questions susceptibles de subsister et les propositions en matière d’accommodement. Il peut sembler que la Couronne s’en remet seulement au processus [de l’Office], mais ce n’est pas le cas. Elle mène ses propres activités de consultation et appliquera aussi un cadre d’analyse distinct (celui de l’effet sur les droits).

[586] À une réunion qui a eu lieu le 4 mai 2016, l’équipe des consultations avec la Couronne indique notamment, à propos de l’effet du projet sur l’aquifère des Coldwater :

For specifics such as detailed routing, it is the [Board] which decides those. The responsibility that the Crown consultation team has is to make sure these issues are reflected in the Crown consultation report, so they can be considered by decision makers. [Underlining added.]

After Coldwater expressed its strong preference for the West Alternative Canada's representatives responded that:

[t]his issue is one which is very detailed, and will need to be recorded carefully and accurately in the Crown consultation Report. The Crown consultation report can highlight that project routing is a central issue for Coldwater. [Underlining added.]

[587] At a consultation meeting held on October 7, 2016, again in the context of discussions about Coldwater's aquifer, one of Canada's representatives:

... acknowledged that the aquifer hasn't been fully explored, but explained that the [Board] process has analysed the Project and that the Crown will not be taking an independent analysis beyond that. This is because the [Board] is a quasi-judicial tribunal with significant technical expertise. The Crown (federally and provincially) will not undertake an independent analysis of potential corridor routes. That said, the Crown will take Coldwater's concerns back to decision makers.

...

Coldwater asked what the point of consultation was if all that was coming from the Crown was a summary report to the [Governor in Council]. [Underlining added.]

[588] In the later stages of the meeting during a discussion headed "Overview of Decision Making", Coldwater stated that based on the discussion with the Crown to date it did not seem likely that there would be a re-analysis of the West Alternative or any of the additional analysis Coldwater had asked for. Canada's representatives responded that:

[The Crown's] position is that the detailed route hearing process and Condition 39 provide avenues to consider

[TRANSLATION] Quant aux précisions comme le tracé détaillé, c'est [l'Office] qui décide. La responsabilité dont a été investie l'équipe des consultations avec la Couronne est de veiller à ce que ces questions soient consignées dans le rapport sur les consultations de la Couronne, de sorte que les décideurs puissent les examiner. [Non souligné dans l'original.]

Les Coldwater ayant exprimé leur forte préférence pour l'option ouest, les représentants du Canada répondent en ces termes :

[TRANSLATION] [i]l s'agit d'une question très détaillée, qui devra être consignée soigneusement et fidèlement dans le rapport sur les consultations de la Couronne. Ce dernier peut souligner le fait que le tracé du projet constitue une question cruciale pour les Coldwater. [Non souligné dans l'original.]

[587] L'un des représentants du Canada à la consultation du 7 octobre 2016, au sujet des discussions concernant l'aquifère des Coldwater :

[TRANSLATION] [...] reconnaît que l'aquifère n'a pas été exploré de manière exhaustive, mais explique que le processus [de l'Office] a analysé le projet et que la Couronne ne va pas examiner d'autres analyses indépendantes. C'est que [l'Office] est un tribunal quasi judiciaire disposant d'une importante expertise technique. La Couronne (fédérale et provinciale) ne va pas entreprendre une analyse indépendante de tracés possibles. Cela dit, la Couronne transmettra les préoccupations des Coldwater aux décideurs.

[...]

Les Coldwater demandent à quoi riment les consultations si la Couronne ne fait rien d'autre que remettre un rapport sommaire au [gouverneur en conseil]. [Non souligné dans l'original.]

[588] Plus tard pendant la séance, durant une discussion intitulée [TRANSLATION] « Aperçu de la prise de décision », les Coldwater soutiennent, sur le fondement des discussions tenues avec la Couronne à ce jour, qu'ils doutent qu'il y aura une nouvelle analyse de l'option ouest ou d'autres éléments, comme ils l'avaient demandé. Les représentants du Canada répondent :

[TRANSLATION] [La Couronne] estime que le processus d'audience sur le tracé détaillé et la condition 39 offrent des

alternative routes, however the Crown is not currently considering alternative routes because the [Board] concluded that the applied for pipeline corridor is satisfactory. The Crown will ensure that Coldwater's concerns about the route are provided to the Cabinet, it will then be up to Cabinet to decide if those concerns warrant reconsideration of the current route. [Underlining added.]

e. The experience of Stó:lō

[589] An email sent from the Major Projects Management Office following an April 13, 2016, consultation meeting advised that:

The Crown consultation team for [the Trans Mountain expansion] and the forthcoming Ministerial Representative (or Panel) will hear views on the project and whether there are any outstanding issues not addressed in the [Board's] final report and conditions or [Environment Canada's] assessment of upstream greenhouse gas emissions. This will provide another avenue for participants to provide their views on the upstream [greenhouse gas] assessment for [Trans Mountain expansion]. Any comments will be received and given consideration by the Government of Canada. [Underlining added.]

[590] On May 12, 2016, the Stó:lō wrote to the Minister of Natural Resources, the Honourable James Carr. It wrote about the Crown Consultation Report that:

... we understood [Canada's representative] Mr. Neil to say that the federal decision-maker will be the Governor-in-Council and that [Natural Resources Canada], further to this Crown consultation, will not make recommendations with respect to this project. Instead, its report to the Governor-in-Council will be a summary of what it heard during its consultations with aboriginal peoples with some commentary. We further understood Mr. Whiteside [another federal representative] to say that the Governor-in-Council cannot, based on Crown consultations, add or make changes to the Terms and Conditions of the project as set out by the [Board]. If we have misunderstood these representations, we would appreciate being informed in writing. If we have not misunderstood these representations, we believe that [Natural Resources Canada] is misinterpreting its constitutional obligations and the authority of federal decision-makers. [Underlining added.]

avenues permettant d'examiner d'autres tracés. Cependant, la Couronne n'examine pas d'autres tracés à l'heure actuelle, car [l'Office] a conclu que le couloir indiqué dans la demande est satisfaisant. La Couronne veillera à ce que les préoccupations des Coldwater sur le tracé soient transmises au Cabinet, qui décidera si elles justifient le réexamen du tracé actuel. [Non souligné dans l'original.]

e. L'expérience des Stó:lō

[589] Selon un courriel envoyé par le Bureau de gestion des grands projets à l'issue d'une séance de consultation tenue le 13 avril 2016 :

[TRADUCTION] L'équipe des consultations avec la Couronne [pour le projet d'expansion de Trans Mountain] et le représentant ministériel qui sera annoncé bientôt (ou la formation) prendront connaissance des opinions sur le projet et des questions susceptibles de subsister après la parution du rapport et des conditions finaux [de l'Office] ou de l'évaluation [par Environnement Canada] des émissions de gaz à effet de serre en amont. Les participants disposeront ainsi d'une autre avenue leur permettant d'exprimer leur avis sur l'évaluation [des émissions de gaz à effet de serre] en amont [du projet d'expansion de Trans Mountain]. Tous les commentaires seront consignés et examinés par le gouvernement du Canada. [Non souligné dans l'original.]

[590] Le 12 mai 2016, les Stó:lō écrivent au ministre des Ressources naturelles, l'honorable James Carr au sujet du rapport sur les consultations de la Couronne en ces termes :

[TRADUCTION] [...] si nous avons bien compris, M. Neil [le représentant du Canada] affirme que le décideur fédéral sera le gouverneur en conseil et que [Ressources naturelles Canada], à l'issue des présentes consultations avec la Couronne, ne présentera aucune recommandation à propos du projet. Nous comprenons au contraire que, dans son rapport au gouverneur en conseil, il résumera ce qu'il aura entendu pendant les consultations tenues avec les Peuples autochtones et présentera quelques commentaires. Nous comprenons aussi que M. Whiteside [un autre représentant fédéral] aurait dit que le gouverneur en conseil ne peut, sur le fondement des consultations par la Couronne, modifier les conditions du projet établies par [l'Office] ou en ajouter. Si nous avons mal compris, nous vous saurions gré de bien vouloir nous en informer par écrit. Si nous avons bien compris, nous estimons que [Ressources naturelles Canada] a mal interprété ses obligations constitutionnelles et le pouvoir des décideurs fédéraux. [Non souligné dans l'original.]

[591] The Stó:lō went on to observe that “[a] high level of consultation means more than simply gathering information on aboriginal interests, cross checking those with the Terms and Conditions of the project and reporting those findings to the federal decision-maker”. And that “[a] simple ‘what we heard’ report is inadequate to this task and the Governor-in-Council must be aware of its obligation to either reject or make changes to the project to protect and preserve the aboriginal rights, title and interests of the Stó:lō Collective”.

[592] The Minister responded on July 15, 2016. The Minister agreed that addressing concerns required more than gathering and reporting information from consultation sessions and advised that if the Stó:lō Collective identified concerns that had not been fully addressed by the Board’s terms and conditions consultation would “include efforts to preserve the Aboriginal rights in question.” The Minister encouraged the Stó:lō Collective “to work with the Crown consultation team so that the Stó:lō Collective’s interests are fully understood and articulated in the Crown Consultation and Accommodation Report” (underlining added). The Minister added that “[a]ny accommodation measures or proposals raised during Crown consultations will be included in this report and will inform the Government’s decision on [the Project]”.

f. The experience of Upper Nicola

[593] At a meeting held on March 31, 2016, after Chief McLeod expressed his desire for Upper Nicola’s “intentions to be heard by decision makers, and asked that all of the information shared today be relayed to Minister Carr”, Canada’s representatives responded that “senior decision makers are very involved in this project and the Crown consultation team would be relaying the outcomes and the meeting records from the meeting today up the line”. Canada’s Crown consultation lead noted that “wherever possible he would like to integrate some of the Indigenous words Chief McLeod spoke about into the Crown consultation report as a mechanism to relay the important messages which the Chief is talking about”.

[591] Les Stó:lō ajoutent : [TRADUCTION] « des consultations approfondies ne se résument pas à recueillir des renseignements sur les intérêts autochtones, à comparer ceux-ci aux conditions du projet et à transmettre ces conclusions au décideur fédéral ». Ils affirment également : [TRADUCTION] « [une] simple relation de propos ne suffit pas dans ce cas, et le gouverneur en conseil doit être conscient de son obligation de rejeter le projet ou d’y apporter des modifications visant à protéger les droits, titres et intérêts ancestraux du Collectif Stó:lō ».

[592] Le ministre répond le 15 juillet 2016. Il convient que répondre aux préoccupations ne se résume pas à recueillir et à consigner des renseignements issus des séances de consultation. Il affirme que si le Collectif Stó:lō a des préoccupations subsistant après les conditions imposées par l’Office, les consultations incluront des [TRADUCTION] « efforts visant à préserver les droits ancestraux en question ». Le ministre encourage le Collectif Stó:lō [TRADUCTION] « à collaborer avec l’équipe des consultations avec la Couronne de sorte que les intérêts du Collectif Stó:lō soient bien compris et énoncés dans le rapport sur les consultations et les mesures d’accommodement » (non souligné dans l’original). Le ministre ajoute que [TRADUCTION] « [t]oute mesure d’accommodement ou proposition soulevée au cours des consultations avec la Couronne figurera au rapport et éclairera la décision du gouvernement sur [le projet] ».

f. L’expérience des Upper Nicola

[593] Lors d’une séance tenue le 31 mars 2016, le chef McLeod affirme vouloir que [TRADUCTION] « les intentions [des Upper Nicola] soient entendues par les décideurs et demande que tous les renseignements communiqués aujourd’hui soient relayés au ministre Carr ». Ce à quoi les représentants du Canada répondent : [TRADUCTION] « les décideurs haut placés sont très actifs dans ce dossier, et l’équipe des consultations avec la Couronne transmettra les conclusions et les procès-verbaux de la réunion d’aujourd’hui aux échelons supérieurs ». Le dirigeant de l’équipe des consultations avec la Couronne fait remarquer [TRADUCTION] « dans la mesure du possible, il aimerait intégrer certains propos tenus par le chef McLeod en langue autochtone au rapport sur les consultations de la Couronne pour relayer les messages importants de ce dernier ».

[594] At a meeting on May 3, 2016, immediately prior to the release of the Board’s report and recommendations, Canada’s consultation lead “reiterated the current mandate for the Crown consultation team, which is to listen, learn, understand, and to report up to senior decision makers” (underlining added). Upper Nicola’s legal counsel responded that “the old consultation paradigm, where the Crown’s officials meets with Aboriginal groups to hear from them their perspectives and then to report this information to decision makers, is no longer valid”.

[595] Towards the end of the meeting, in response to a question about a recent media story which claimed that the Prime Minister had instructed his staff to develop a strategy for approving Trans Mountain, a senior advisor to Indigenous and Northern Affairs Canada advised that he had “received no instructions from his department that would change his obligation as a public servant to ensure that he does all he can to remain objective and impartial and to ensure that the views of Aboriginal groups are appropriately and accurately relayed to decision makers”. The Crown consultation lead added that the “Crown consultation team has no view on the project. Its job is to support decision makers with accurate information” (underlining added).

g. The experience of SSN

[596] In an email of July 7, 2015, sent prior to the release of the Board’s draft conditions, SSN was advised by the Major Projects Management Office that the Federal “Crown’s consultation will focus on an exchange of information and dialogue on two key documents”, the Board’s draft conditions and the draft Crown Consultation Report. With respect to the Crown Consultation Report, the email advised that the focus would be to determine “whether the Crown has adequately described the Aboriginal group’s participation in the process, the substantive issues they have raised and the status of those issues (including Aboriginal groups’ views on any outstanding concerns and residual issues arising from Phase III)” (underlining added).

[594] À une séance tenue le 3 mai 2016, juste avant la publication du rapport de l’Office et de ses recommandations, le dirigeant de l’équipe des consultations [TRADUCTION] « réitère le mandat actuel de l’équipe des consultations avec la Couronne, qui consiste à écouter, à apprendre, à comprendre et à faire rapport aux décideurs haut placés » (non souligné dans l’original). L’avocat des Upper Nicola répond que [TRADUCTION] « L’ancien paradigme relatif à la consultation, dans le cadre duquel les représentants de la Couronne rencontrent les groupes autochtones pour écouter leurs perspectives et transmettre les renseignements aux décideurs, ne tient plus ».

[595] Vers la fin de la séance, en réponse à une question sur un article récent prétendant que le premier ministre a ordonné l’élaboration d’une stratégie visant l’approbation du projet Trans Mountain, un conseiller principal d’Affaires autochtones et du Nord Canada indique qu’il n’a [TRADUCTION] « reçu du Ministère aucune instruction modifiant son obligation en tant que fonctionnaire de faire tout en son possible pour demeurer objectif et impartial et veiller à ce que les perspectives des groupes autochtones sont relayées convenablement et fidèlement aux décideurs ». Le dirigeant de l’équipe ajoute que [TRADUCTION] « l’équipe des consultations avec la Couronne n’a aucune opinion sur le projet. Son mandat consiste à appuyer les décideurs en leur fournissant des renseignements exacts » (non souligné dans l’original).

g. L’expérience des SSN

[596] Par un courriel envoyé le 7 juillet 2015, avant la communication des conditions proposées par l’Office, les SSN sont informés par le Bureau de gestion des grands projets que [TRADUCTION] « les consultations de la Couronne [fédérale] porteront sur l’échange de renseignements et le dialogue sur deux principaux documents », soit les conditions proposées par l’Office et l’ébauche du rapport sur les consultations de la Couronne. Quant à ce dernier, le courriel indique que l’objet sera de décider [TRADUCTION] « si la Couronne a bien décrit la participation des groupes autochtones au processus, les questions de fond soulevées et leur traitement (dont l’opinion des groupes autochtones sur les préoccupations qui subsistent, s’il en est, et les autres questions découlant de l’étape III) » (non souligné dans l’original).

[597] In a later email of June 17, 2016, SSN were informed that:

The objective of the Crown consultation team moving forward is to consult collaboratively in an effort to reach consensus on outstanding issues and related impacts on constitutionally protected Aboriginal and treaty rights, as well as options for accommodating any impacts on rights that may need to be considered as part of the decision-making process. The status of these discussions will be documented in a Consultation and Accommodation Report that will help inform future decisions on the proposed project and any accompanying rationale for the government's decisions. [Underlining added.]

h. Conclusion on the mandate of the Crown consultation team

[598] As this review of the evidence shows, members of the Crown consultation team advised the Indigenous applicants on a number of occasions throughout the consultation process that they were there to listen and to understand the applicants' concerns, to record those concerns accurately in the Crown Consultation Report, and to pass the report to the Governor in Council. The meeting notes show the Crown consultation team acted in accordance with this role when discussing the Project, its impact on the Indigenous applicants and their concerns about the Project. The meeting notes show little or no meaningful responses from the Crown consultation team to the concerns of the Indigenous applicants. Instead, too often Canada's response was to acknowledge the concerns and to provide assurance the concerns would be communicated to the decision makers.

[599] As this Court explained in *Gitxaala* at paragraph 279, Canada was required to engage, dialogue and grapple with the concerns expressed to it in good faith by the Indigenous groups impacted by the Project. Meaningful dialogue required someone representing Canada empowered to do more than take notes—someone able to respond meaningfully to the applicants' concerns at some point in time.

[597] Un courriel du 17 juin 2016 informe les SSN de ce qui suit :

[TRADUCTION] L'équipe des consultations avec la Couronne a pour objectif de procéder à la consultation de manière collaborative en vue d'atteindre un consensus sur les questions qui subsistent et les incidences connexes sur les droits ancestraux et issus de traités, qui sont protégés par la Constitution, ainsi que de définir des options permettant l'accommodement des incidences sur les droits susceptibles d'être examinés dans le cadre du processus décisionnel. L'état d'avancement de ces discussions sera consigné dans un rapport sur les consultations et les mesures d'accommodement qui permettra d'éclairer les décisions futures sur le projet proposé et les justifications des décisions du gouvernement. [Non souligné dans l'original.]

h. Conclusion sur le mandat de l'équipe des consultations avec la Couronne

[598] Comme le démontre la preuve qui précède, les membres de l'équipe des consultations avec la Couronne ont informé les demandeurs autochtones à plusieurs reprises pendant le processus de consultation qu'ils étaient là pour écouter et comprendre les préoccupations des demandeurs, pour consigner ces préoccupations de manière fidèle dans le rapport sur les consultations de la Couronne et de transmettre le rapport au gouverneur en conseil. Les procès-verbaux des réunions démontrent que l'équipe a respecté ce rôle dans les discussions du projet, de ses incidences sur les demandeurs autochtones et de leurs préoccupations. Les procès-verbaux ne démontrent guère de véritable réponse de la part de l'équipe aux préoccupations soulevées par les demandeurs autochtones, mais révèlent trop souvent que la réponse du Canada consiste à reconnaître les préoccupations et à assurer aux auteurs de ces dernières qu'elles seraient communiquées aux décideurs.

[599] Comme l'explique la Cour dans l'arrêt *Gitxaala* au paragraphe 279, le Canada est tenu d'engager un dialogue et de se pencher sur les préoccupations communiquées de bonne foi par les demandeurs autochtones sur lesquels le projet aura des incidences. Un véritable dialogue nécessite la présence, pour représenter le Canada, de quelqu'un qui est habilité à faire plus que prendre des notes, quelqu'un qui peut véritablement répondre aux préoccupations des demandeurs à un moment donné.



[600] The exchanges with the applicants demonstrate that this was missing from the consultation process. The exchanges show little to facilitate consultation and show how the Phase III consultation fell short of the mark.

[601] The consultation process fell short of the required mark at least in part because the consultation team's implementation of its mandate precluded the meaningful, two-way dialogue which was both promised by Canada and required by the principles underpinning the duty to consult.

- (iii) Canada's reluctance to depart from the Board's findings and recommended conditions and genuinely engage the concerns of the Indigenous applicants

[602] During Phase III each Indigenous applicant expressed concerns about the suitability of the Board's regulatory review and environmental assessment. These concerns were summarized and reported in the appendix to the Crown Consultation Report maintained for each Indigenous applicant (Tsleil-Waututh appendix, pages 7–8; Squamish appendix, page 4; Coldwater appendix, pages 4–5; Stó:lō appendix, pages 12–14; Upper Nicola appendix, pages 5–6; SSN appendix, page 4). These concerns related to both the Board's hearing process and its findings and recommended conditions. The concerns expressed by the Indigenous applicants included:

- The exclusion of Project-related shipping from the definition of the “designated project” which was to be assessed under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.
- The inability to cross-examine Trans Mountain's witnesses, coupled with what were viewed to be inadequate responses by Trans Mountain to Information Requests.

[600] Les échanges avec les demandeurs démontrent que le processus de consultation était dépourvu d'un tel acteur et que peu d'efforts ont été consacrés à faciliter les consultations. Il ressort de ces échanges que les consultations de l'étape III se sont révélées insuffisantes.

[601] Le processus de consultation était insuffisant, en partie parce que l'interprétation par l'équipe des consultations avec la Couronne de son mandat a fait obstacle au véritable dialogue qu'avait promis le Canada et que requièrent les principes qui sous-tendent l'obligation de consulter.

- (iii) La réticence du Canada à s'écarter des conclusions de l'Office et des conditions qu'il recommande pour traiter véritablement des préoccupations des demandeurs autochtones

[602] Au cours de l'étape III, les demandeurs autochtones ont tous exprimé des préoccupations à propos de l'examen et de l'évaluation environnementale effectués par l'Office sous le régime administratif. Ces préoccupations sont résumées et consignées dans l'annexe du rapport sur les consultations de la Couronne consacrée à chaque demandeur autochtone (annexe concernant les Tsleil-Waututh, pages 7 et 8; annexe concernant les Squamish, page 4; annexe concernant les Coldwater, pages 4 et 5; annexe concernant les Stó:lō, pages 12 à 14; annexe concernant les Upper Nicola, pages 5 et 6; annexe concernant les SSN, page 4). Ces préoccupations concernent le processus d'audience de l'Office ainsi que ses conclusions et les conditions qu'il a recommandées et visent notamment :

- L'exclusion du transport maritime associé au projet de la définition de « projet désigné » faisant l'objet de l'évaluation sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*.
- L'impossibilité de contre-interroger les témoins de Trans Mountain ainsi que les réponses jugées inadéquates de Trans Mountain aux demandes de renseignements.

- The Board's recommended terms and conditions were said to be deficient for a number of reasons, including their lack of specificity and their failure to impose additional conditions (for example, a condition that sacred sites be protected).
- The Board's findings were generic, thus negatively impacting Indigenous groups' ability to assess the potential impact of the Project on their title and rights.
- The Board's legislated timelines were extremely restrictive and afforded insufficient time to review the Project application and to participate meaningfully in the review process.
- The Board hearing process was an inappropriate forum for assessing impacts to Indigenous rights, and the Board's methods and conclusions regarding the significance and duration of the Project's impacts on Indigenous rights were flawed.
- Les conditions recommandées par l'Office, jugées lacunaires pour certaines raisons, dont leur manque de précision, et incomplètes (par exemple l'absence d'obligation de protéger les sites sacrés).
- La nature générale des conclusions de l'Office, qui nuit à la possibilité pour chaque groupe autochtone de déterminer l'effet potentiel du projet sur son titre et ses droits.
- Les délais légaux extrêmement restrictifs, qui n'ont pas donné le temps de prendre connaissance de la demande concernant le projet et de participer véritablement à l'examen.
- Le processus d'audience de l'Office, qui ne se prêtait pas à l'évaluation des effets sur les droits des peuples autochtones, et les méthodes et conclusions de l'Office sur l'importance et la durée des effets du projet sur ces droits étaient viciés.

[603] However, missing from both the Crown Consultation Report and the individual appendices is any substantive and meaningful response to these concerns. Nor does a review of the correspondence exchanged in Phase III disclose sufficient meaningful response to, or dialogue about, the various concerns raised by the Indigenous applicants. Indeed, a review of the record of the consultation process discloses that Canada displayed a closed-mindedness when concerns were expressed about the Board's report and was reluctant to depart from the findings and recommendations of the Board. With rare exceptions Canada did not dialogue meaningfully with the Indigenous applicants about their concerns about the Board's review. Instead, Canada's representatives were focused on transmitting concerns of the Indigenous applicants to the decision makers, and nothing more. Canada was obliged to do more than passively hear and receive the real concerns of the Indigenous applicants.

[604] The evidence on this point comes largely from Tsleil-Waututh and Coldwater.

[603] Or, une véritable réponse au fond à ces préoccupations brille par son absence dans le rapport sur les consultations de la Couronne et les annexes particulières. Un examen de la correspondance échangée lors de l'étape III ne révèle pas plus de véritable réponse suffisante aux préoccupations soulevées par les demandeurs autochtones ou de dialogue à ce sujet. En réalité, il ressort du dossier relatif au processus de consultation que le Canada s'est montré étroit d'esprit quant aux préoccupations exprimées sur le rapport de l'Office et réticent à s'écarter des conclusions et recommandations de ce dernier. Le Canada, à de rares exceptions près, n'a pas engagé de véritable dialogue avec les demandeurs autochtones sur leurs préoccupations au sujet de l'examen par l'Office. Les représentants du Canada se sont plutôt attachés à transmettre ces préoccupations aux décideurs, sans plus. L'obligation du Canada ne se résumait pas à écouter passivement les réelles préoccupations des demandeurs autochtones.

[604] La preuve à cet égard provient en grande partie des Tsleil-Waututh et des Coldwater.

[605] I begin with the evidence of the Director of Tsleil-Waututh's Treaty, Lands and Resources Department, Ernie George. He affirmed that at a meeting held with representatives of Canada on October 21, 2016, to discuss Tsleil-Waututh's view that the Board's process was flawed such that the Governor in Council could not rely on its report and recommendations:

81. Canada expressed that it was extremely reluctant to discuss the fundamental flaws that [Tsleil-Waututh] alleged were present in relation to the [Board] process, and even prior to the meeting suggested that we might simply need to "agree to disagree" on all of those issues. In our view Canada had already determined that it was not willing to take any steps to address the issues that [Tsleil-Waututh] identified and submitted constituted deficiencies in the [Board] process, despite having the power to do so under CEAA and NEBA and itself stating that this was a realistic option at its disposal. [Underlining added.]

[606] Mr. George was not cross-examined on his affidavit.

[607] Canada's reluctance was firmly expressed a few days later at a meeting held on October 27, 2016. Mr. George affirmed:

101. [Tsleil-Waututh] raised its concern that although the [Board] reached similar conclusions as [Tsleil-Waututh] that oil spills in Burrard Inlet would cause significant adverse environmental effects, it disagreed with Drs. Gunton and Broadbent's conclusions as to the likelihood of spills occurring. [Tsleil-Waututh] then asked Canada whether it agreed with those conclusions. Canada was unable to respond because it did not bring its risk experts to the meeting. [Tsleil-Waututh] rearticulated its view that such risks were far too high.

102. At this point, despite the critical importance of this issue, Canada advised [Tsleil-Waututh] that it was unwilling to revisit the [Board's] conclusions and would instead wholly rely on the [Board's] report on this issue. We stated that we did not accept Canada's position, that further engagement on this subject was required, and that we would be willing to bring our experts to a subsequent

[605] Commençons par la preuve d'Ernie George, directeur du département des traités, terres et ressources des Tsleil-Waututh. Lors d'une réunion, tenue le 21 octobre 2016, à laquelle participent des représentants du Canada pour discuter l'opinion des Tsleil-Waututh selon laquelle le processus de l'Office est à ce point vicié que le gouverneur en conseil ne pouvait fonder sa décision sur son rapport et ses recommandations, il tient les propos suivants :

[TRADUCTION] 81. Le Canada s'est dit extrêmement réticent à discuter des vices fondamentaux que [les Tsleil-Waututh] reprochent au processus de [l'Office], et même avant la réunion a laissé entendre qu'il faudrait peut-être simplement « convenir de disconvenir » de toutes ces questions. À notre avis, le Canada a déjà décidé qu'il n'est pas disposé à prendre les mesures visant à régler les problèmes que [les Tsleil-Waututh] ont relevés et qui constituent à leurs yeux des lacunes viciant le processus de [l'Office], et ce même si la LCEE et la LONE l'habilitent à prendre ces mesures et qu'il a lui-même indiqué qu'il s'agissait d'une option réaliste à sa disposition. [Non souligné dans l'original.]

[606] M. George n'a pas été contre-interrogé à cet égard.

[607] La réticence du Canada ressort clairement d'une réunion tenue le 27 octobre 2016. Selon M. George :

[TRADUCTION] 101. Les [Tsleil-Waututh] expriment leur préoccupation selon laquelle [l'Office], même s'il est arrivé à des conclusions semblables à celles [des Tsleil-Waututh] qu'un déversement de pétrole dans la baie Burrard causerait des effets environnementaux négatifs et importants, il ne souscrit pas à l'avis de MM. Gunton et Broadbent sur le risque d'un déversement. Les [Tsleil-Waututh] demandent au Canada s'il souscrit à ces conclusions. Le Canada ne peut répondre, car il n'a pas convié ses experts en risque à la réunion. [Les Tsleil-Waututh] réitèrent leur avis selon lequel les risques sont bien trop élevés.

102. Dans la conjoncture présente, malgré l'importance critique de cette question, le Canada informe [les Tsleil-Waututh] qu'il n'est pas disposé à remettre en question les conclusions de [l'Office] en la matière et qu'il s'en remettra entièrement au rapport de ce dernier. Nous affirmons ne pas être tenus d'accepter la position du Canada, qu'un dialogue accru est nécessaire et que nous sommes

meeting to consider any new material or new technology that Canada might identify. [Underlining added.]

[608] This evidence is consistent with the meeting notes prepared by Canada which reflect that Canada's representatives "indicated that government would rely on the [Board's] report". The notes then record that Tsleil-Waututh's representatives inquired "if the [Government of Canada] was going to rely on the [Board's] report, there was an openness to discuss matters related to gaps in the [Board's] report and what had been ignored". In response, "Canada acknowledged [Tsleil-Waututh's] views on the [Board] process, and indicated that it could neither agree or disagree: both [Tsleil-Waututh] and [Canada] had been intervenors and neither could know how the [Board] panel weighed information provided to it".

[609] Coldwater provided similar evidence relating to its efforts to consult with Canada about the Project's impacts on its aquifer at meetings held on May 4, 2016 and October 7, 2016.

[610] On May 4, 2016, representatives of Coldwater expressed their view that the West Alternative was a much better pipeline route that addressed issues the Board had not addressed adequately. As set out above, Canada's representatives responded that for "specifics such as detailed routing, it is the [Board] which decides those" and added that "[t]he responsibility that the Crown consultation team has is to make sure these issues are reflected in the Crown consultation report, so they can be considered by decision makers".

[611] Canada again expressed the view that the Board's findings were not to be revisited in the Crown consultation process at the meeting of October 7, 2016. In response to a question about the West Alternative, Canada's representatives advised that in the Phase III consultation process it was not for Canada to consider the West

disposés à convier nos experts à une prochaine réunion pour qu'ils examinent les nouveaux éléments ou technologies susceptibles d'être soulevés par le Canada. [Non souligné dans l'original.]

[608] Cette preuve cadre avec les procès-verbaux rédigés par le Canada, selon lesquels les représentants du Canada [TRADUCTION] « indiquent que le gouvernement s'en remettra au rapport de [l'Office] ». Suivant le procès-verbal, les représentants des Tsleil-Waututh demandent [TRADUCTION] « si, dans la mesure où [le gouvernement du Canada] va s'en remettre au rapport de l'Office, il est possible de traiter des lacunes dans le rapport [de l'Office] et des questions passées sous silence », ce à quoi le Canada répond : [TRADUCTION] « le Canada reconnaît l'opinion [des Tsleil-Waututh] sur le processus de [l'Office] et indique n'être ni en accord, ni en désaccord : tant [les Tsleil-Waututh] que [le Canada] sont intervenus et aucun d'eux ne peut savoir comment la formation [de l'Office] a apprécié les renseignements qui lui ont été fournis ».

[609] Les Coldwater ont fourni une preuve semblable quant à leurs efforts de consultation auprès du Canada sur les effets du projet sur leur aquifère lors des séances du 4 mai et du 7 octobre 2016.

[610] Le 4 mai 2016, les représentants des Coldwater expriment leur avis selon lequel l'option ouest représente un tracé préférable et répond à des questions dont l'Office n'a pas adéquatement traité. Comme il est indiqué plus haut, les représentants du Canada répondent que, [TRADUCTION] « [q]uant aux précisions comme le tracé détaillé, c'est [l'Office] qui décide » et ajoutent que [TRADUCTION] « [l]a responsabilité dont a été investie l'équipe des consultations avec la Couronne est de veiller à ce que ces questions soient consignées dans le rapport sur les consultations de la Couronne, de sorte que les décideurs puissent les examiner ».

[611] Lors de la séance tenue le 7 octobre 2016 à propos du processus de consultation, le Canada réitère son avis selon lequel les conclusions de l'Office ne seront pas réexaminées. En réponse à une question sur l'option ouest, les représentants du Canada affirment qu'il n'est pas loisible au Canada, dans le cadre du processus de

Alternative as an alternate measure to mitigate or accommodate Coldwater's concerns. The meeting notes state:

The Crown replied that the [Board] concluded that the current route is acceptable; however the Panel imposed a condition requiring the Proponent to further study the interaction between the proposed pipeline and the aquifer. Tim Gardiner acknowledged that the aquifer hasn't been fully explored, but explained that the [Board] process has analyzed the Project and that the Crown will not be taking an independent analysis beyond that. This is because the [Board] is a quasi-judicial tribunal with significant technical expertise, the Crown (federally and provincially) will not undertake an independent analysis of potential corridor routes. That said, the Crown will take Coldwater's concerns back to decision makers. [Underlining added.]

[612] Canada went on to express its confidence in Board Condition 39 and the detailed route hearing process.

[613] Later, in response to Coldwater's concern that the Board never considered the West Alternative, the meeting notes show that Canada's representatives:

... acknowledged Coldwater's concerns, and explained that when the West Alternative was no longer in the [Board's] consideration, the Crown was not able to question that. [Mr. Whiteside] acknowledged that from Coldwater's perspective this leaves a huge gap. Mr. Whiteside went on to explain that the Proponent's removal of the West Alternative "is not the Crown's responsibility. We are confined to the [Board] report." [Underlining added.]

[614] Finally, in the course of an overview of decision-making held at the end of the October 7, 2016 meeting, Canada advised it was not considering alternative routes "because the [Board] concluded that the applied for pipeline corridor is satisfactory". Canada added that "[t]he Crown will ensure that Coldwater's concerns about the route are provided to the Cabinet, [and] it will then be up to Cabinet to decide if those concerns warrant reconsideration of the current route".

consultation à l'étape III, d'envisager l'option ouest comme une autre mesure d'atténuation ou d'accommodement à l'égard des préoccupations des Coldwater. Pour reprendre un extrait du procès-verbal :

[TRADUCTION] La Couronne répond que [l'Office] estime le tracé actuel acceptable; or, la formation a imposé comme condition au promoteur de pousser les recherches sur l'interaction entre le pipeline proposé et l'aquifère. Tim Gardiner reconnaît que la question de l'aquifère n'a pas été explorée à fond, mais explique que le processus de [l'Office] a permis d'analyser le projet et que la Couronne n'envisage pas une analyse indépendante. [L'Office] est un tribunal quasi judiciaire pourvu d'une expertise technique considérable; la Couronne (fédérale et provinciale) ne procédera pas à une analyse indépendante des tracés possibles. Cela dit, la Couronne transmettra les préoccupations des Coldwater aux décideurs. [Non souligné dans l'original.]

[612] Le Canada manifeste sa confiance dans la condition 39 imposée par l'Office et le processus d'audience sur le tracé détaillé.

[613] À propos de la préoccupation exprimée par les Coldwater selon laquelle l'Office n'a pas envisagé l'option ouest, le procès-verbal indique que les représentants du Canada :

[TRADUCTION] [...] reconnaissent les préoccupations des Coldwater et expliquent que, comme l'option ouest n'est plus envisagée par [l'Office], la Couronne ne peut remettre ce fait en question. [M. Whiteside] reconnaît l'immense trou qui en découle, de l'avis des Coldwater. Mr. Whiteside explique que la suppression de l'option ouest par le promoteur « ne regarde pas la Couronne. Nous sommes restreints au rapport de [l'Office] ». [Non souligné dans l'original.]

[614] Enfin, au cours d'un aperçu de la prise de décision présenté à la fin de la séance du 7 octobre 2016, le Canada affirme qu'il n'envisage pas d'autres tracés parce que [TRADUCTION] « [l'Office] a conclu que le tracé visé dans la demande était satisfaisant ». Le Canada ajoute : [TRADUCTION] « [l]a Couronne veillera à ce que les préoccupations des Coldwater à propos du tracé soient transmises au Cabinet [et] il incombera à ce dernier de décider si ces préoccupations justifient de réexaminer le tracé actuel ».

[615] As this Court had already explained in *Gitxaala*, at paragraph 274, Canada’s position that it was confined to the Board’s findings is wrong. As in *Gitxaala*, Phase III presented an opportunity, among other things, to discuss and address errors, omissions and the adequacy of the recommendations in the Board’s report on issues that vitally concerned the Indigenous applicants. The consequence of Canada’s erroneous position was to seriously limit Canada’s ability to consult meaningfully on issues such as the Project’s impact on each applicant and possible accommodation measures.

[616] Other meeting notes do not record that Canada expressed its reluctance to depart from the Board’s findings in the same terms to other Indigenous applicants. However, there is nothing inconsistent with this position in the notes of the consultation with the other applicants.

[617] For example, in a letter sent to Squamish by the Major Projects Management Office on July 14, 2015, it was explained that the intent of Phase III was:

... not to repeat or duplicate the [Board] review process, but to identify, consider and potentially address any outstanding concerns that have been raised by Aboriginal groups (i.e. concerns that, in the opinion of the Aboriginal group, have not been addressed through the [Board] review process).

[618] Later, Squamish met with the Crown consultation team on September 11, 2015, to discuss the consultation process. At this meeting Squamish raised concerns about, among other things, the adequacy of Canada’s consultation process. In a follow-up letter counsel for Squamish provided more detail about the “Squamish Process”—a proposed process to enable consideration of the Project’s impact upon Squamish’s interests. The process included having community concerns inform the scope of the assessment with the goal of having these concerns substantively addressed by conditions placed on the Project proponent.

[619] Canada responded by letter dated November 26, 2015, in which it reiterated its position that:

[615] Comme l’explique la Cour dans l’arrêt *Gitxaala*, au paragraphe 274, le Canada avait tort de se croire lié par les conclusions de l’Office. Comme dans cette affaire, l’étape III présentait l’occasion, entre autres, de discuter des erreurs et des omissions dans le rapport de l’Office et d’y remédier, ainsi que de réexaminer les recommandations qui en sont issues, et ce à l’égard de questions d’une importance vitale pour les demandeurs autochtones. Cette erreur a eu pour effet de limiter considérablement la faculté pour le Canada d’engager des véritables consultations au sujet de questions, comme les effets du projet sur chaque demandeur et les mesures d’accommodement possibles.

[616] Tous les procès-verbaux ne consignent pas la réticence du Canada à s’écarter des conclusions de l’Office dans les mêmes termes. Toutefois, rien ne dément cette réticence dans les procès-verbaux de séances avec d’autres demandeurs autochtones.

[617] Par exemple, dans une lettre envoyée par le Bureau de gestion des grands projets aux Squamish le 14 juillet 2015, l’intention de l’étape III est expliquée en ces termes :

[TRADUCTION] [...] ne pas répéter ou superposer le processus d’examen de [l’Office], mais recenser et examiner les préoccupations qui subsistent et possiblement y répondre (préoccupations qui, de l’avis des groupes autochtones qui les ont soulevées, n’ont pas été réglées dans le cadre du processus de [l’Office]).

[618] Les Squamish rencontrent le 11 septembre 2015 l’équipe des consultations avec la Couronne pour discuter du processus de consultation. Les Squamish soulèvent alors des préoccupations à l’égard notamment de la qualité de ce processus. Dans une lettre de suivi, l’avocat représentant ce groupe explique le « processus relatif aux Squamish » proposé — qui permet d’étudier les effets du projet sur les intérêts des Squamish. Suivant ce processus, les préoccupations de la communauté éclairent la portée de l’évaluation, de sorte que l’on remédie aux préoccupations en imposant des conditions au promoteur du projet.

[619] Dans une lettre datée du 26 novembre 2015, le Canada réitère sa position selon laquelle :



... there are good reasons for the Crown to rely on the [Board's] review of the Project to inform the consultation process. This approach ensures rigour in the assessment of the potential adverse effects of the Project on a broad range of issues including the environment, health and socio-economic conditions, as well as Aboriginal interests.

[620] The letter went on to advise that:

Information from a formal community level or third-party review process can be integrated into and considered through the [Board] review process if submitted as evidence. For the Trans Mountain Expansion Project, the appropriate time to have done so would have been prior to the evidence filing deadline in May 2015.

[621] Canada went on to express its confidence that the list of issues, scope of assessment and scope of factors examined by the Board would inform a meaningful dialogue between it and Squamish.

[622] In other words, Canada was constrained by the Board's review of the Project. Canada required that evidence of any assessment or review process be first put before the Board, and any dialogue had to be informed by the Board's findings.

[623] A similar example is found in the Crown's consultation with Upper Nicola. At the consultation meeting held on September 22, 2016, Upper Nicola expressed its concern with the Board's economic analysis. The Director General of the Major Projects Management Office responded that "as a rule, the [Governor in Council] is deferential to the [Board's] assessment, but they are at liberty to consider other information sources when making their decision and may reach a different conclusion than the [Board]". The Senior Advisor from Indigenous and Northern Affairs Canada added that "the preponderance of detail in the [Board] report weighs heavy on Ministers' minds".

[624] No dialogue ensued about the legitimacy of Upper Nicola's concern about the Board's economic analysis,

[TRANSCRIPTION] [...] il existe de bonnes raisons expliquant pourquoi la Couronne s'en remet à l'examen du projet par [l'Office] pour éclairer le processus de consultation. Une telle démarche assure la rigueur dans l'évaluation des effets potentiels négatifs du projet sur divers éléments, dont l'environnement, la santé et les conditions socioéconomiques, ainsi que les intérêts autochtones.

[620] La lettre indique aussi :

[TRANSCRIPTION] Les renseignements découlant d'un examen effectué en bonne et due forme par la communauté ou un tiers peuvent être intégrés au processus d'examen de [l'Office] et examinés, dans la mesure où ils sont déposés en preuve. Dans le cas du projet d'expansion du réseau Trans Mountain, il aurait fallu le faire avant la fin du délai pour le dépôt de la preuve, soit en mai 2015.

[621] Le Canada a dit avoir confiance que la liste des questions ainsi que la portée de l'évaluation et des facteurs examinés par l'Office éclaireraient un véritable dialogue avec les Squamish.

[622] Autrement dit, le Canada était restreint à l'examen effectué par l'Office. Le Canada a insisté pour que la preuve relative à toute évaluation ou à tout examen soit d'abord présentée à l'Office et que les conclusions de ce dernier éclairent tout dialogue.

[623] Un exemple semblable ressort des consultations de la Couronne avec les Upper Nicola. Lors de la séance du 22 septembre 2016, les Upper Nicola expriment leur préoccupation à l'égard de l'analyse économique effectuée par l'Office. Le directeur général du Bureau de gestion des grands projets répond en ces termes : [TRANSCRIPTION] « en règle générale, le [gouverneur en conseil] fait preuve de retenue à l'égard de l'évaluation de [l'Office], mais il lui est loisible d'examiner d'autres sources de renseignements avant de prendre sa décision et il peut tirer une conclusion différente de celle de [l'Office] ». Le conseiller principal d'Affaires autochtones et du Nord Canada ajoute que [TRANSCRIPTION] « la prépondérance des détails dans le rapport de [l'Office] pèse lourd dans l'esprit des ministres ».

[624] Aucun dialogue n'a été engagé pour déterminer le bien-fondé de la préoccupation des Upper Nicola sur

although Canada acknowledged “a strong view ‘out there’ that runs contrary to the [Board’s] determination”.

[625] Matters were left that if Upper Nicola could provide more information about what it said was an incorrect characterization of the economic rationale and Indigenous interests, this information would be put before the Ministers.

[626] Put another way, Canada was relying on the Board’s findings. If Upper Nicola could produce information contradicting the Board that would be put before the Governor in Council; it would not be the subject of dialogue between Upper Nicola and Canada’s representatives. Canada did not grapple with Upper Nicola’s concerns, did not discuss with Upper Nicola whether the Board should be asked to reconsider its conclusion about the economics of the Project and did not explain why Upper Nicola’s concern was found to lack sufficient merit to require Canada to address it meaningfully.

[627] As explained above at paragraph 491, Canada can rely on the Board’s process to fulfil, in whole or in part, the Crown’s duty to consult. However, reliance on the Board’s process does not allow Canada to rely unwaveringly upon the Board’s findings and recommended conditions. When real concerns were raised about the hearing process or the Board’s findings and recommended conditions, Canada was required to dialogue meaningfully about those concerns.

[628] The Board is not immune from error and many of its recommendations were just that—proffered but not binding options for Canada to consider open-mindedly, assisted by its dialogue with the Indigenous applicants. Phase III of the consultation process afforded Canada the opportunity, and the responsibility, to dialogue about the asserted flaws in the Board’s process and recommendations. This it failed to do.

l’analyse économique effectuée par l’Office, et ce même si le Canada a reconnu l’existence d’une [TRADUCTION] « opinion répandue contraire à la conclusion tirée par [l’Office] ».

[625] Ainsi, si les Upper Nicolas étayaient leur prétention que le fondement économique et les intérêts autochtones décrits dans le rapport étaient erronés, les ministres en seraient informés.

[626] Autrement dit, le Canada s’en remettait aux conclusions de l’Office. Si les Upper Nicola déposaient des renseignements contredisant l’Office, ces renseignements seraient transmis au gouverneur en conseil; ils ne feraient pas l’objet d’un dialogue entre les représentants du Canada et les Upper Nicola. Le Canada n’a pas traité les préoccupations des Upper Nicola, n’a pas discuté avec ces derniers pour décider s’il convenait de demander à l’Office de réexaminer sa conclusion à propos des enjeux économiques du projet et n’a pas expliqué en quoi la préoccupation des Upper Nicola avait été jugée lacunaire au point de ne pas justifier la tenue d’un véritable examen par le Canada.

[627] Comme nous l’expliquons au paragraphe 491 des présents motifs, le Canada peut s’en remettre au processus de l’Office pour s’acquitter en partie ou intégralement de l’obligation de consulter de la Couronne. Toutefois, le Canada n’est pas tenu d’adopter d’office les conclusions et conditions recommandées par l’Office. Si de réelles préoccupations sont soulevées au sujet du processus d’audience ou des conclusions et conditions, le Canada est tenu d’engager un véritable dialogue à ce sujet.

[628] L’Office n’est pas à l’abri de l’erreur. Nombre de ses recommandations n’étaient que des options — non obligatoires — présentées au Canada, appelé à les examiner avec ouverture, à la lumière de son dialogue avec les demandeurs autochtones. L’étape III du processus de consultation présentait au Canada l’occasion — et la responsabilité — d’établir un dialogue à propos des lacunes du processus et des recommandations de l’Office. Il ne l’a pas saisie.

(iv) Canada's erroneous view that the Governor in Council could not impose additional conditions on the proponent

[629] Canada began and ended Phase III of the consultation process operating on the basis that it could not impose additional conditions on the proponent. This was wrong and limited the scope of necessary consultation.

[630] Thus, on May 25, 2015, towards the end of Phase II, the Major Projects Management Office wrote to Indigenous groups to provide additional information on the scope and timing of Phase III consultation. If Indigenous groups identified outstanding concerns after the Board issued its report, the letter described the options available to Canada as follows:

The Governor in Council has the option of asking the [National Energy Board] to reconsider its recommendation and conditions. Federal and provincial governments could undertake additional consultations prior to issuing additional permits and/or authorizations. Finally, federal and provincial governments can also use existing or new policy and program measures to address outstanding concerns.

[631] Canada expressed the position that these were the available options throughout the consultation process (see, for example, the meeting notes of the consultation meeting held on March 31, 2016, with Coldwater).

[632] Missing was the option of the Governor in Council imposing additional conditions on Trans Mountain.

[633] At a meeting held on April 13, 2016, after Canada's representatives expressed the view that the Crown could not add additional conditions, the Stó:lō's then counsel expressed the contrary view. She asked that Canada's representatives verify with their Ministers whether Canada could attach additional conditions. By letter dated November 28, 2016 (the day before the Project was approved), Canada, joined by the British Columbia Environmental Assessment Office, advised that "the Governor in Council cannot impose its own conditions directly on the proponent as part of its decision" on the certificate of public convenience and necessity.

(iv) L'opinion erronée du Canada selon laquelle le gouverneur en conseil ne pouvait pas imposer d'autres conditions au promoteur

[629] Le Canada a cru, tout au long de l'étape III du processus de consultation, qu'il ne pouvait pas imposer d'autres conditions au promoteur. Cette opinion erronée a restreint la portée des consultations nécessaires.

[630] Ainsi, le 25 mai 2015, vers la fin de l'étape II, le Bureau de gestion des grands projets écrit aux groupes autochtones pour expliquer la portée et le calendrier des consultations de l'étape III. Sa lettre décrit ainsi les voies ouvertes au Canada au cas où des groupes autochtones indiquent des préoccupations qui subsistent après la publication du rapport de l'Office :

[TRADUCTION] Le gouverneur en conseil peut demander à [l'Office national de l'énergie] de revoir ses recommandations et conditions. Les gouvernements fédéral et provincial peuvent procéder à d'autres consultations avant de délivrer les permis ou les autorisations ou avoir recours à des politiques ou programmes existants ou nouveaux pour répondre aux préoccupations.

[631] Selon le Canada, il s'agit des options possibles dans le cadre du processus de consultation (voir par exemple le procès-verbal de la séance du 31 mars 2016 avec les Coldwater).

[632] La possibilité que le gouverneur en conseil impose d'autres conditions à Trans Mountain n'est pas mentionnée.

[633] Lors de la séance du 13 avril 2016, les représentants du Canada affirment que la Couronne ne peut ajouter de conditions, tandis que l'avocate représentant à l'époque les Stó:lō affirme le contraire. Elle demande aux représentants du Canada de vérifier auprès des ministres. Par voie de lettre datée du 28 novembre 2016 (la veille de l'approbation du projet), le Canada, de concert avec le Bureau de l'évaluation environnementale de la Colombie-Britannique, indique que [TRADUCTION] « le gouverneur en conseil ne peut imposer ses propres conditions directement au promoteur dans le cadre de sa décision » sur le certificat d'utilité publique.

[634] This was incorrect. In *Gitxaala*, at paragraphs 163 to 168, this Court explained that when considering whether Canada has fulfilled its duty to consult, the Governor in Council necessarily has the power to impose conditions on any certificate of public convenience and necessity it directs the National Energy Board to issue.

[635] In the oral argument of these applications Canada acknowledged this power to exist, albeit characterizing it to be a power unknown to exist prior to this Court's judgment in *Gitxaala*.

[636] Accepting that the power had not been explained by this Court prior to its judgment in *Gitxaala*, that judgment issued on June 23, 2016, five months before Canada wrote to the Stó:lō advising that the Governor in Council lacked such a power and five months before the Governor in Council approved the Project. The record does not contain any explanation as to why Canada did not correct its position after the *Gitxaala* decision.

[637] The consequence of Canada's erroneous position that the Governor in Council lacked the ability to impose additional conditions on Trans Mountain seriously and inexplicably limited Canada's ability to consult meaningfully on accommodation measures.

- (v) Canada's late disclosure of its assessment of the Project's impact on the Indigenous applicants

[638] As explained above at paragraph 488, the depth of the required consultation increases with the seriousness of the potentially adverse effect upon the claimed title or right. Canada's assessment of the Project's effect on each Indigenous applicant was therefore a critical aspect of the consultation process.

[639] Canada ultimately assessed the Project not to have a high level of impact on the exercise of the Indigenous applicants' "Aboriginal Interests" (a term defined in the Crown Consultation Report to include "asserted or

[634] Cette conclusion est erronée. Dans l'arrêt *Gitxaala*, aux paragraphes 163 à 168, la Cour explique que, pour décider si le Canada s'est acquitté de son obligation de consulter, le gouverneur en conseil est nécessairement habilité à assortir de conditions le certificat d'utilité publique qu'il ordonne à l'Office national de l'énergie de délivrer.

[635] Au cours des arguments présentés de vive voix à l'appui des demandes, le Canada reconnaît ce pouvoir, mais précise qu'il n'existait pas avant l'arrêt *Gitxaala*.

[636] Si l'on accepte que ce pouvoir n'eût pas été expliqué avant l'arrêt *Gitxaala*, rappelons que ce jugement a été rendu le 23 juin 2016, soit cinq mois avant que le Canada écrive aux Stó:lō pour les informer que le gouverneur en conseil ne disposait pas d'un tel pouvoir et cinq mois avant l'approbation du projet par le gouverneur en conseil. Le dossier n'explique aucunement pourquoi le Canada n'a pas corrigé sa position après l'arrêt *Gitxaala*.

[637] La croyance erronée du Canada, selon laquelle le gouverneur en conseil n'était pas habilité à imposer d'autres conditions à Trans Mountain, a limité de manière grave et inexplicable la faculté pour le Canada de procéder à de véritables consultations sur les mesures d'accommodement.

- (v) Communication tardive de l'évaluation de l'effet du projet sur les demandeurs autochtones

[638] Comme nous l'expliquons au paragraphe 488 des présents motifs, plus l'effet négatif potentiel sur le titre ou le droit revendiqué est grave, plus les consultations doivent être approfondies. Par conséquent, l'évaluation faite par le Canada de l'effet du projet sur chaque demandeur autochtone constituait un aspect essentiel du processus de consultation.

[639] Selon le Canada, le projet ne devait pas nuire gravement à l'exercice par les demandeurs autochtones de leurs « intérêts autochtones » (définis dans le rapport sur les consultations de la Couronne comme étant

established Aboriginal rights, including title and treaty rights”). The Project was assessed to have a minor impact on the exercise of the Aboriginal Interests of Squamish and SSN, a minor-to-moderate impact on the Aboriginal Interests of Coldwater and Stó:lō and a moderate impact on the Aboriginal Interests of Tsleil-Waututh and Upper Nicola.

[640] This important assessment was not communicated to the Indigenous applicants until the first week of November 2016, when the second draft of the Crown Consultation Report was provided (the first draft contained placeholder paragraphs in lieu of an assessment of the Project’s impact). Coldwater, Upper Nicola and SSN received the second draft of the Crown Consultation Report on November 1, 2016, Squamish and Stó:lō on November 3, 2016 and Tsleil-Waututh on November 4, 2016. Each was given two weeks to respond to the draft Crown Consultation Report.

[641] By this point in time Squamish, Coldwater, Stó:lō and SSN had concluded their consultation meetings with Canada and no further meetings were held.

[642] Tsleil-Waututh did have further meetings with Canada, but these meetings were for the specific purposes of discussing greenhouse gases, the economic need for the Project and the Oceans Protection Plan.

[643] Upper Nicola did have a consultation meeting with Canada on November 16, 2016, at which time it asked for an extension of time to respond to the second draft of the Crown Consultation Report. In response, Upper Nicola received a two-day extension until November 18, 2016, to provide its comments to Canada. Canada’s representatives explained that “Cabinet typically requires material one month ahead of a decision deadline to enable time to receive and review the report, translate etc. and that we’ve already reduced this down to enable a second round of comments”.

[644] Importantly, Canada’s Crown consultation lead acknowledged that other groups had asked for more time

notamment [TRADUCTION] « les droits ancestraux, revendiqués ou établis, y compris le titre et les droits issus de traités ». Suivant l’évaluation, le projet devait avoir, sur l’exercice des intérêts autochtones, un effet faible dans le cas des Squamish et des SSN, un effet variant de faible à modéré dans le cas des Coldwater et des Stó:lō ainsi qu’un effet modéré dans le cas des Tsleil-Waututh et des Upper Nicola.

[640] Cette importante évaluation n’a été communiquée aux demandeurs autochtones qu’au début de novembre 2016, dans la deuxième ébauche du rapport sur les consultations de la Couronne (la première ébauche contenait des paragraphes vides en lieu et place de l’évaluation des effets du projet). Les Colwater, les Upper Nicola et les SSN ont obtenu la deuxième ébauche du rapport le 1<sup>er</sup> novembre 2016, les Squamish et les Stó:lō, le 3 novembre 2016, et les Tsleil-Waututh, le 4 novembre 2016. Ils disposaient de deux semaines pour y répondre.

[641] À ce moment, les Squamish, les Coldwater, les Stó:lō et les SSN avaient conclu leurs rondes de consultations avec le Canada. Aucune autre séance n’a été tenue.

[642] D’autres séances étaient prévues avec les Tsleil-Waututh, mais concernaient les gaz à effet de serre, la nécessité du projet sur le plan économique et le Plan de protection des océans.

[643] Les Upper Nicola ont participé à une séance de consultation avec le Canada le 16 novembre 2016 où ils ont demandé la prorogation du délai pour répondre à la deuxième ébauche du rapport. Ils ont obtenu deux jours de plus, soit jusqu’au 18 novembre 2016, pour présenter leurs commentaires au Canada. Les représentants du Canada ont expliqué [TRADUCTION] « que le Cabinet nécessite généralement les documents un mois avant la date prévue pour la décision pour lui permettre de recevoir le rapport et d’en prendre connaissance, de le faire traduire, etc., et que nous avons déjà réduit ce délai pour permettre une deuxième ronde de commentaires ».

[644] Fait important, le dirigeant de l’équipe des consultations avec la Couronne a reconnu que d’autres groupes

and the request had been “communicated to senior management and the Minister loud and clear”. Canada’s consultation lead went on to recognize that the time provided to review the second draft “may be too short for some to contribute detailed comments”. There is no evidence that Canada considered granting the requested extension so that the Indigenous groups could provide detailed, thoughtful comments on the second draft of the Crown Consultation Report, particularly on Canada’s assessment of the Project’s impact. Nor does the record shed any light on why Canada did not consider granting the requested extension. The statutory deadline for Cabinet’s decision was December 19, 2016, and the Indigenous applicants had been informed of this.

[645] Ultimately, the Governor in Council approved the Project on November 29, 2016.

[646] The consequence of Canada’s late communication of its assessment of the Project’s impact was mitigated to a degree by the fact that from the outset it had acknowledged, and continues to acknowledge, that it was obliged to consult with the Indigenous applicants at the deeper end of the consultation spectrum. Thus, the assessment of the required depth of consultation was not affected by Canada’s late advice that the Project, in its view, did not have a high level of impact on the claimed rights and title of the Indigenous applicants.

[647] This said, without doubt Canada’s view of the Project’s impact influenced its assessment of both the reasonableness of its consultation efforts and the extent that the Board’s recommended conditions mitigated the Project’s potential adverse effects and accommodated the Indigenous applicants’ claimed rights and title. For this reason, the late delivery of Canada’s assessment of the Project’s impact until after all but one consultation meeting had been held contributed to the unreasonableness of the consultation process.

[648] I now turn to review instances that illustrate Canada’s failure to dialogue meaningfully with the Indigenous applicants.

avaient également demandé la prorogation du délai et que leur demande avait été [TRADUCTION] « communiquée à la haute gestion et au ministre haut et fort ». Il a aussi reconnu que le délai imparti pour l’examen de la deuxième ébauche [TRADUCTION] « est peut-être trop court pour permettre des commentaires détaillés ». Rien ne démontre que le Canada a envisagé d’accorder la prorogation du délai pour donner le temps aux groupes autochtones de fournir des commentaires détaillés et réfléchis sur la deuxième ébauche du rapport, et tout particulièrement sur la partie du rapport portant sur l’évaluation des effets du projet. Le dossier ne permet pas non plus de savoir pourquoi le Canada n’a pas envisagé d’accorder la prorogation demandée. La décision du Cabinet était prévue — par la loi — pour le 19 décembre 2016, et les demandeurs autochtones le savaient.

[645] Le gouverneur en conseil a approuvé le projet le 29 novembre 2016.

[646] Le Canada a atténué en quelque sorte les répercussions de la communication tardive de son évaluation de l’effet du projet en reconnaissant dès le départ, et par la suite, qu’il était tenu d’engager des consultations approfondies avec les demandeurs autochtones. Par conséquent, l’avis tardif du Canada — selon lequel le projet n’allait pas nuire gravement aux droits et titre revendiqués par les demandeurs autochtones — n’a pas nui à l’évaluation de l’importance des consultations nécessaires.

[647] Cela dit, il ne fait aucun doute que l’avis du Canada sur l’effet du projet a teinté son opinion quant au caractère raisonnable de ses efforts de consultation et quant à l’incidence des conditions recommandées par l’Office pour atténuer les effets négatifs potentiels du projet et tenir compte des droits et titre revendiqués par les demandeurs autochtones. C’est pourquoi la communication tardive de l’évaluation du projet — après la tenue de toutes les séances de consultation à l’exception d’une seule — a concouru à rendre le processus de consultation déraisonnable.

[648] Examinons maintenant les exemples illustrant l’absence de véritable dialogue entre le Canada et les demandeurs autochtones.



(vi) Canada's failure to dialogue meaningfully

a. The experience of Tsleil-Waututh

[649] Tsleil-Waututh had conducted its own assessment of the Project's impact on Burrard Inlet and on Tsleil-Waututh's title, rights and interests and traditional knowledge. This assessment, based on the findings of six independent experts and the traditional knowledge of Tsleil-Waututh members, concluded, among other things that:

- The likelihood of oil spills in Burrard Inlet would increase if the Project is implemented, and because spilled oil cannot be cleaned up completely, the consequences in such circumstances would be dire for sensitive sites, habitat and species, and in turn for the Tsleil-Waututh's subsistence economy, cultural activities and contemporary economy.
- Any delay in spilled oil cleanup response would decrease significantly the total volume of oil which could be cleaned up, and in turn increase the negative effects and consequences of a spill.
- The direct effects of marine shipping are likely to add to the effects and consequences of spilled oil, which in turn will further amplify the negative effects of the Project on Tsleil-Waututh's title, rights and interests.
- Tsleil-Waututh could not accept the increased risks, effects and consequences of even another small incident like the 2007 spill at the Westridge Marine Terminal or the 2015 MV Marathassa oil spill, let alone a worst-case spill.

[650] In the view of Tsleil-Waututh, the Board erred by excluding Project-related shipping from the Project's definition. Tsleil-Waututh was also of the view that the Board's conditions did not address their concerns about marine shipping. For example, Tsleil-Waututh noted that

(vi) Défaute par le Canada d'engager un véritable dialogue

a. L'expérience des Tsleil-Waututh

[649] Les Tsleil-Waututh ont effectué leur propre évaluation de l'effet du projet sur la baie Burrard ainsi que sur leurs titre, droits et intérêts et leurs connaissances traditionnelles. Il ressort notamment de cette évaluation, faisant appel à six experts indépendants et aux connaissances traditionnelles des membres des Tsleil-Waututh, les éléments suivants :

- Le risque d'un déversement de pétrole dans la baie Burrard augmente si le projet est mis en œuvre, et, comme le pétrole déversé ne peut être complètement éliminé, les conséquences seraient alors catastrophiques pour les sites, les habitats et les espèces sensibles, et par le fait même, pour l'économie tant de subsistance que moderne des Tsleil-Waututh et leurs activités culturelles.
- Tout retard dans le nettoyage diminue considérablement le volume de pétrole susceptible d'être nettoyé et augmente les conséquences négatives d'un déversement.
- Les effets directs du transport maritime sont susceptibles d'aggraver les conséquences d'un déversement, ce qui aggravera les effets négatifs du projet sur les titre, droits et intérêts des Tsleil-Waututh.
- Les Tsleil-Waututh n'acceptent pas les risques, effets et conséquences accrues susceptibles d'être causés par un incident mineur comme celui de 2007 au terminal maritime Westridge ou celui causé en 2015 par le MV Marathassa, et encore moins ceux causés par un cas grave.

[650] De l'avis des Tsleil-Waututh, l'Office a exclu à tort le transport maritime de la définition du projet, et les conditions imposées par l'Office ne répondaient pas à leurs préoccupations à ce sujet. Par exemple, les Tsleil-Waututh ont signalé que l'Office n'indique pas, à de rares

very few of the Board's conditions set out desired outcomes. Rather, they prescribed a means to secure an unspecified outcome.

[651] At the consultation meeting of October 27, 2016, Canada's representatives repeatedly acknowledged Tsleil-Waututh's view that the Board's conditions were not sufficiently robust, that Project-related shipping ought to have been assessed under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and that the Board's failure to do so resulted in the further failure to impose conditions on marine shipping.

[652] However, when the discussion turned to how to address Tsleil-Waututh's concerns, federal representatives noted that "proposals to strengthen marine shipping management, including nation to nation relationships, would take time to develop and strengthen". They went on to express optimism:

... that progress toward a higher standard of care could occur over the next few years with First Nations, at a nation to nation level, particularly on spill response and emergency preparedness capacities. As baseline capacities increased, risks would be reduced.

[653] This generic and vague response that concerns could be addressed in the future, outside the scope of the Project and its approval, was Canada's only response. Canada did not suggest any concrete measures, such as additional conditions, to accommodate Tsleil-Waututh's concerns about marine shipping.

[654] Nor did Canada propose any accommodation measures at the meeting of October 28, 2016. At this meeting, Tsleil-Waututh sought further discussion about the Project's definition because, in its view, this issue had to be resolved if the Project was to be sent back to the Board for reconsideration. Canada's representatives responded that this was a matter for consideration by the Governor in Council and "it was understood that the scope of the [Board's] review would be litigated".

exceptions près, le résultat escompté des conditions. Il prescrit plutôt seulement un moyen.

[651] Lors de la séance de consultation du 27 octobre 2016, les représentants du Canada ont à maintes reprises reconnu l'opinion des Tsleil-Waututh que les conditions imposées par l'Office n'étaient pas suffisantes et que le transport maritime aurait dû être examiné sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, ce qui a empêché la prise de conditions régissant le transport maritime.

[652] Or, lors des discussions sur les préoccupations des Tsleil-Waututh, les représentants fédéraux ont signalé que [TRADUCTION] « les propositions visant à resserrer la gestion du transport maritime, dont l'établissement de rapports de Nation à Nation, prendraient beaucoup de temps à élaborer et à cultiver ». Ils ont exprimé leur optimisme en ces termes :

[TRADUCTION] [...] l'adoption d'une obligation de diligence plus élevée pourrait se réaliser au cours des prochaines années en collaboration avec les Premières Nations, de Nation à Nation, tout particulièrement en matière d'intervention en cas de déversement et de préparation civile. Plus les capacités de base augmenteront, plus les risques diminueront.

[653] Cette réponse générale et vague, suggérant la possibilité que l'on travaille à l'avenir à régler ces préoccupations, hors du cadre du projet et de son approbation, constitue la seule réponse du Canada. Il n'a pas proposé de mesures concrètes, comme d'autres conditions, pour tenir compte des préoccupations des Tsleil-Waututh à propos du transport maritime.

[654] Le Canada n'a pas proposé non plus de mesures d'accommodement lors de la séance du 28 octobre 2016. Les Tsleil-Waututh y sollicitaient d'autres discussions sur la définition du projet, car la question devait être réglée si le projet était renvoyé à l'Office pour nouvel examen. Les représentants du Canada ont répondu que la question relevait du gouverneur en conseil et que [TRADUCTION] « la portée de l'examen [par l'Office], à notre connaissance, serait tranchée ».

[655] Nor did Canada respond meaningfully to Tsleil-Waututh's concerns in the Crown Consultation Report or in the Tsleil-Waututh appendix.

[656] The appendix, after detailing Tsleil-Waututh's concerns responded as follows:

Sections 4.2.6 and 5.2 of this Report provide an overview of how the Crown has considered accommodation and mitigation measures to address outstanding issues identified by Aboriginal groups. Accommodations proposed by Tsleil-Waututh that the Crown has not responded to directly via letter will be otherwise actively considered by decision-makers weighing Project costs and benefits with the impacts on Aboriginal Interests. [Underlining added.]

[657] Section 4.2.6 of the Crown Consultation Report referred to the proposed Indigenous Advisory and Monitoring Committee and to recognition of the historical impacts of the existing Trans Mountain pipeline. The nascent nature of the Indigenous Advisory and Monitoring Committee is shown by the listing of possible roles the committee "could" play.

[658] Section 5.2 of the Crown Consultation Report dealt with Canada's assessment of the adequacy of consultation. It contains no response to Tsleil-Waututh's specific concerns that the Board's conditions were not sufficiently robust, that Project-related shipping ought to have been assessed under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, and that the Board's failure to do this resulted in the further failure to impose conditions on marine shipping. Section 5.2 [at page 147] did provide Canada's limited response to concerns about the appropriateness of the Board's review process:

With respect to perceived inadequacies in the [Board] review process, the Crown notes the Government's commitment to modernize the [Board] and to restore public trust in federal environmental assessment processes. The Crown further notes that consultations on these processes have been launched and will include the engagement of Indigenous groups. Overall, however, Government, through its Interim Strategy, indicated that no project proponent would be sent back to the beginning, which mean [*sic*] that project [*sic*] currently undergoing regulatory review would continue to do so within the current framework.

[655] Le Canada n'a pas répondu véritablement aux préoccupations des Tsleil-Waututh dans le rapport sur les consultations de la Couronne ni dans l'annexe consacrée à ceux-ci.

[656] L'annexe, à la suite des préoccupations consignées des Tsleil-Waututh, indique :

[TRADUCTION] Les sections 4.2.6 et 5.2 du présent rapport donnent un aperçu des mesures d'accommodement et d'atténuation envisagées par la Couronne pour répondre aux préoccupations qui subsistent selon les groupes autochtones. Les mesures d'accommodement proposées par les Tsleil-Waututh auxquelles la Couronne n'a pas répondu directement par voie de lettre seront envisagées activement par les décideurs qui mettront en balance les coûts et bénéfices du projet avec ses effets sur les intérêts autochtones. [Non souligné dans l'original.]

[657] La section 4.2.6 du rapport sur les consultations de la Couronne mentionne le comité de consultation et de surveillance autochtone proposé et les effets historiques du pipeline Trans Mountain actuel. La liste des rôles possibles du comité témoigne de son état naissant.

[658] La section 5.2 du rapport sur les consultations de la Couronne traite de l'évaluation par le Canada de la qualité des consultations. Il ne répond pas aux préoccupations précises des Tsleil-Waututh selon lesquelles les conditions imposées par l'Office n'étaient pas suffisantes et le transport maritime aurait dû être examiné sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, ce qui a empêché la prise de conditions régissant le transport maritime. Cette section fournit la réponse laconique du Canada aux préoccupations au sujet du processus d'examen :

[TRADUCTION] Quant aux lacunes éventuelles du processus d'examen [de l'Office], la Couronne signale l'engagement du gouvernement à moderniser [l'Office] et à restaurer la confiance du public envers le processus fédéral d'évaluation environnementale. Elle signale également que les consultations sur ces processus ont été lancées et engageront les groupes autochtones. En général, suivant les mesures provisoires adoptées, aucun projet ne retourne à la case départ. Ainsi, l'examen que prévoit le régime administratif se poursuit dans le cadre du régime actuel.

[659] Canada has not pointed to any correspondence in which it meaningfully addressed Tsleil-Waututh's concern that the Board's conditions were not sufficiently robust and that Project-related shipping should not have been excluded from the Project's definition.

[660] Tsleil-Waututh raised valid concerns that touched directly on its asserted title and rights. While Canada strove to understand those concerns accurately, it failed to respond to them in a meaningful way and did not appear to give any consideration to reasonable mitigation or accommodation measures, or to returning the issue of Project-related shipping to the Board for reconsideration.

[661] While Canada moved to implement the Indigenous Advisory and Monitoring Committee and the Oceans Protection Plan, these laudable initiatives were ill-defined due to the fact that each was in its early planning stage. As such, these initiatives could not accommodate or mitigate any concerns at the time the Project was approved, and this record does not allow consideration of whether, as those initiatives evolved, they became something that could meaningfully address real concerns.

b. The experience of Squamish

[662] At the one consultation meeting held in Phase III with Squamish on October 18, 2016, Squamish took the position throughout the meeting that it had insufficient information about the Project's impact on Squamish to make a decision on the Project or to discuss mitigation measures. Reference was made to a lack of information about the fate and behaviour of diluted bitumen if spilled in a marine environment. Squamish also expressed the view that the Governor in Council was equally unable to make a decision on the Project because of research and information gaps about diluted bitumen.

[663] Canada responded:

The Crown recognized that there are uncertainties and information gaps which factor into the project decision. Most decisions are not made with perfect certainty. For instance, fate and behaviour of diluted bitumen in the marine environment has been identified as an information

[659] Le Canada ne renvoie à aucune lettre où il répond véritablement à la préoccupation des Tsleil-Waututh que les conditions imposées par l'Office ne sont pas suffisantes et que le transport maritime associé au projet ne saurait être exclu de la définition de ce dernier.

[660] Les Tsleil-Waututh soulèvent des préoccupations légitimes qui concernent directement les titre et droits revendiqués. Si le Canada a cherché à bien comprendre ces préoccupations, il n'y a pas véritablement répondu, n'a pas semblé réfléchir à des mesures raisonnables d'atténuation ou d'accommodement et n'a pas renvoyé à l'Office la question du transport maritime associé au projet pour réexamen.

[661] Certes, le Canada a décidé de mettre en œuvre le comité de consultation et de surveillance autochtones et le Plan de protection des océans, mais ces initiatives louables, qui n'en étaient qu'à leurs balbutiements, ont été mal définies. Ainsi, elles n'offraient pas de solution visant à atténuer ou à accommoder les préoccupations au moment où le projet a été approuvé. Le dossier dont nous sommes saisis ne permet pas de décider si ces initiatives ont évolué de telle sorte qu'elles pouvaient répondre véritablement aux préoccupations réelles.

b. L'expérience des Squamish

[662] Tout au long de la seule séance de consultation tenue avec les Squamish dans le cadre de l'étape III, le 18 octobre 2016, ces derniers affirment ne pas disposer de suffisamment de renseignements sur l'effet du projet à leur égard pour prendre une décision ou discuter de mesures d'atténuation. Ils mentionnent l'absence de renseignements sur le devenir et le comportement du bitume dilué déversé en milieu marin. Les Squamish expriment également l'avis que le gouverneur en conseil ne saurait prendre de décision sur le projet pour la même raison.

[663] Le Canada répond en ces termes :

[TRADUCTION] La Couronne reconnaît que des incertitudes et un déficit d'information jouent dans la décision sur le projet. La plupart des décisions ne sont pas le fruit d'une certitude absolue. Par exemple, il est admis que les renseignements sur le devenir et le comportement du bitume

gap. The Crown is happy to discuss the level of uncertainty but is unsure how the [Governor in Council] will weigh these issues, such as whether they will decide that uncertainties are acceptable for the project to move forward. It should be noted that the [Governor in Council] can send the [Board] recommendation and any terms and conditions back to the [Board] for reconsideration.  
[Underlining added.]

[664] The meeting notes do not reflect that any discussion ensued about the fate and behaviour of diluted bitumen in water. This is not surprising because the Crown consultation team had effectively told Squamish that any discussion would not factor into the Governor in Council's deliberation and ultimate decision.

[665] In a letter dated the day before the Project was approved, Canada and the British Columbia Environmental Assessment Office wrote jointly to Squamish responding to issues raised by Squamish. With respect to diluted bitumen the letter stated:

Squamish Nation has identified concerns relating to potential spills as well as the fate and behaviour of diluted bitumen. The [Board's] Onshore Pipeline Regulations (OPR) requires a company to develop and implement management and protection programs in order to anticipate, prevent, mitigate and respond to conditions that may adversely affect the safety and security of the general public, the environment, property and, company's personnel and pipelines. A company must follow the legal requirements identified in the *National Energy Board Act* and its associated regulations, other relevant standards, and any conditions contained within the applicable Project certificates or orders.

[666] This generic response is not a meaningful response to Squamish's concern that too little was known about how diluted bitumen would behave if spilled and that this uncertainty made it premature to approve the Project.

[667] The letter went on to review Board conditions, planned government initiatives (such as the Area Response Planning Initiative, Transport Canada's commitment to engage with British Columbia First Nations on issues related to marine safety and the Oceans Protection Program). The letter also referenced research that the Government of Canada was conducting

dilué en milieu marin manquent. La Couronne est disposée à discuter de cette incertitude, mais ne sait pas si le [gouverneur en conseil] décidera qu'une certaine incertitude est acceptable et approuvera le projet. Il faut signaler que le [gouverneur en conseil] peut renvoyer à [l'Office] des recommandations et des conditions pour réexamen.  
[Non souligné dans l'original.]

[664] Le procès-verbal n'indique aucune discussion sur le devenir et le comportement du bitume dilué dans l'eau. Ce n'est guère surprenant, car l'équipe des consultations avec la Couronne avait effectivement dit aux Squamish que le gouverneur en conseil ne tiendrait pas compte des discussions dans ses délibérations ou sa décision finale.

[665] Dans une lettre datée de la veille de l'approbation du projet, le Canada et le Bureau de l'évaluation environnementale de la Colombie-Britannique répondent aux préoccupations soulevées par les Squamish. En ce qui concerne le bitume dilué, la lettre est ainsi rédigée :

[TRADUCTION] La Nation Squamish a exprimé des préoccupations quant au devenir et au comportement du bitume dilué et aux risques de déversement. Le Règlement [de l'Office] sur les pipelines terrestres exige de la compagnie qu'elle élabore et mette en œuvre des programmes de gestion et de protection en vue, outre d'intervenir, de prévoir, prévenir et atténuer les conditions susceptibles de nuire à la sécurité du public, de l'environnement, des biens et du personnel et des oléoducs de la compagnie. La compagnie est assujettie aux prescriptions de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* et de ses règlements, aux autres normes pertinentes, ainsi qu'à toute condition dont sont assortis le certificat et le décret.

[666] Pareilles généralités ne constituent pas une véritable réponse aux préoccupations des Squamish qui craignent que l'on n'en sache pas assez sur le comportement du bitume dilué en cas de déversement et que l'approbation du projet soit ainsi prématurée.

[667] La lettre rappelle ensuite les conditions imposées par l'Office, les initiatives gouvernementales prévues (comme l'initiative régionale de préparation de l'intervention, l'engagement pris par Transports Canada d'engager le dialogue avec les Premières Nations de la Colombie-Britannique sur les questions relatives à la sécurité maritime et le Plan de protection des océans).

on the behaviour and potential impacts of a diluted bitumen spill in a marine environment. While laudable initiatives, they too did not respond meaningfully to Squamish's concern that more needed to be known before the Project was approved.

[668] There is nothing in Canada's response to show that Squamish's concern about diluted bitumen was given real consideration or weight, and nothing to show any consideration was given to any meaningful and tangible accommodation or mitigation measures.

c. The experience of Coldwater

[669] Coldwater's concerns about the Project's impact on its aquifer were described above, at paragraphs 609–610 in the context of Canada's unwillingness to depart from the Board's findings and recommended conditions.

[670] As explained at paragraph 610, when, during the consultation process, Coldwater suggested an alternate route for the pipeline that in its view posed less risk to its drinking water, Canada advised that it is the Board that decides pipeline routing, and the role of the Crown consultation team was to make sure the issue of an alternate route was reflected in the Crown Consultation Report so that it could be considered by the decision makers.

[671] Later during the May 4, 2016 meeting, in response to a question from Coldwater about a detailed route hearing, Brian Nesbitt, a contractor made available to answer questions about the Board, responded:

Brian explained that the Governor in Council would approve the approved, detailed route, but that if someone doesn't agree with that route they can intervene, say a detailed route hearing is required, and propose an alternative route. He stated that the burden of proof is essentially flipped and the landowner has the onus to show that the best route is somewhere other than the approved route.

La lettre mentionne également des recherches effectuées par le gouvernement du Canada sur le comportement du bitume dilué et les effets de ce dernier en cas de déversement en milieu marin. Bien que louables, ces initiatives ne constituent pas une réponse véritable aux préoccupations des Squamish, qui affirmaient qu'il fallait en apprendre davantage avant d'approuver le projet.

[668] Rien dans la réponse du Canada ne démontre qu'il a véritablement accordé de l'attention ou du poids à la préoccupation des Squamish au sujet du bitume dilué ou à des mesures d'atténuation ou d'accommodement concrètes.

c. L'expérience des Coldwater

[669] Les préoccupations des Coldwater concernant l'effet du projet sur leur aquifère sont décrites aux paragraphes 609 et 610 des présents motifs, dans l'analyse de la réticence du Canada à s'écarter des conclusions de l'Office et des conditions recommandées par lui.

[670] Comme nous l'expliquons au paragraphe 610, lors du processus de consultation, les Coldwater ont proposé un tracé qui présentait, à leur avis, moins de risques pour leur eau potable. Le Canada leur a répondu que le tracé du pipeline ressortissait à l'Office et que le rôle de l'équipe des consultations avec la Couronne consistait à veiller à ce que la question relative à l'autre tracé soit consignée dans le rapport sur les consultations de la Couronne pour être examinée par les décideurs.

[671] Au cours de la séance du 4 mai 2016, à une question des Coldwater sur la tenue d'une audience sur le tracé détaillé, Brian Nesbitt, un entrepreneur chargé de répondre à des questions à propos de l'Office, fournit la réponse suivante :

[TRADUCTION] Brian explique que le gouverneur en conseil approuvera le tracé détaillé et approuvé, mais que si quelqu'un s'y oppose, cette personne peut intervenir, demander la tenue d'une audience sur le tracé détaillé et proposer un autre tracé. Il affirme que le fardeau de la preuve est essentiellement renversé et qu'il incombe au propriétaire foncier de démontrer que le tracé optimal n'est pas celui qui a été approuvé.



Brian provided an overview of the Detailed Route Approval Process (DRAP). Alternative routes, even outside the approved ROW corridor, can be proposed. In those cases it falls to the intervening party to make the case for why that route is the best one. In Brian's experience, these arguments have been made in past hearings and sometimes they are successful. He provided the example of a pipeline going through a wooded area where inner city kids would go. If an alternative route is identified in the detailed route hearing, the proponent has to apply for a variance. This might require Governor in Council decisions, depending on how the CPCN is worded. Brian emphasized that the burden of establishing a better route lies with the landowner. [Underlining added.]

[672] A senior advisor for Indigenous and Northern Affairs Canada then agreed that Coldwater would require a very significant variance, a departure of about 10 kilometres from the approved pipeline right-of-way.

[673] Counsel for Coldwater, Melinda Skeels, then replied:

Melinda stated that it does not sound reasonable to expect Coldwater to mount the kind of evidence needed to make the case for that alternative. In her view, this issue needs to be addressed before a certificate is issued. It cannot wait until after.

Melinda stated that it did not seem like a detailed route hearing is a realistic option that would assist in addressing Coldwater's routing concerns.

*Coldwater's recollection is that:* Joseph, Tim and Ross were in general agreement, particularly given the significance of the variance and the fact that the onus would be shifted to Coldwater.

*The Crown's position is that:* The Crown officials would neither have agreed with or disagreed with the above statement.

[674] The senior advisor for Indigenous and Northern Affairs Canada responded:

... reflecting this concern in the Crown Consultation Report is one way to have it before decision makers prior to a decision on the certificate. He said that the routing issue goes to the heart of the CPCN and that the Crown may need to send the Project back to the [Board] to address this.

Brian donne un aperçu du processus d'approbation du tracé détaillé. D'autres tracés, même hors de l'emprise approuvée, peuvent être proposés. Dans ces cas, il incombe à l'intervenant de démontrer que ce tracé est le meilleur choix. D'après l'expérience de Brian, de tels arguments ont été présentés dans d'autres affaires et ont parfois été retenus. Il donne l'exemple d'un oléoduc qui passait par un boisé où se retrouvaient des jeunes de quartiers défavorisés. Si l'audience sur le tracé détaillé fait émerger un autre tracé, le promoteur doit obtenir une modification, ce qui peut exiger une décision de la part du gouverneur en conseil, selon le libellé du certificat d'utilité publique. Brian souligne qu'il incombe au propriétaire foncier d'établir qu'il existe un meilleur tracé. [Non souligné dans l'original.]

[672] Un conseiller principal d'Affaires autochtones et du Nord Canada affirme que les Coldwater nécessiteraient une modification très importante du tracé, qui dévierait sur environ 10 kilomètres de l'emprise approuvée.

[673] L'avocate des Coldwater, Melinda Skeels, réplique en ces termes :

[TRADUCTION] Melinda affirme qu'il ne semble pas raisonnable de s'attendre à ce que les Coldwater montent le dossier de preuve nécessaire pour défendre l'autre tracé. À son avis, cette question doit être tranchée avant la délivrance du certificat; elle ne saurait l'être après.

Melinda dit qu'il ne semble pas que la tenue d'une audience sur le tracé détaillé constitue une option réaliste pour répondre aux préoccupations des Coldwater.

*D'après les souvenirs des Coldwater :* Joseph, Tim et Ross sont généralement d'accord, tout particulièrement vu l'importance de la modification du tracé et du fait que le fardeau de preuve leur incomberait.

*La position de la Couronne :* Les représentants de la Couronne n'auraient pas exprimé leur accord ou désaccord sur cet énoncé.

[674] Le conseiller principal d'Affaires autochtones et du Nord Canada répond en ces termes :

[TRADUCTION] [...] consigner cette préoccupation dans le rapport sur les consultations de la Couronne est une manière de la présenter aux décideurs avant leur décision à l'égard du certificat. Selon lui, la question du tracé est un élément crucial du certificat d'utilité publique, et la Couronne pourrait être contrainte de la renvoyer à [l'Office] pour réexamen.

[675] As explained at paragraph 587 above, Coldwater's request for an analysis of the pipeline route was revisited at the October 7, 2016, consultation meeting. Canada acknowledged that the aquifer had not been fully explored, but expressed confidence in the Board's Condition 39.

[676] In response:

Coldwater expressed its concern that, given the momentum behind the project following a [Governor in Council] approval, it will take a major adverse finding in the Condition 39 report for the West Alternative to become viable. They argued that their aquifer concerns would not be sufficiently mitigated by moving the pipeline within the 150m approved route corridor as part of a detailed route hearing, because the West Alternative was well outside that recommended corridor. Coldwater asked if an approved route corridor had ever been changed because of a report released following a GIC approval.

The [Board] asserted that detailed route hearings in the past had led to routes being changed for various reasons; however he (Brian Nesbitt) was personally unaware of a route being moved outside an approved corridor. However, it is possible if the situation warrants.

...

The Crown replied that Condition 39 was put in place because the Board felt that evidence did not provide enough certainty about the impact of the Project on Coldwater's aquifer. That knowledge gap will have to be addressed, to the [Board's] satisfaction, prior to construction commencing. The Crown appreciates that the Condition does not provide certainty about the possibility of changing the pipeline corridor; however the presence of the Condition indicates that the [Board] is not satisfied with the information currently available. [Underlining added.]

[677] In the Crown Consultation Report Canada acknowledged that a pipeline spill associated with the Project could result in minor to serious impacts to Coldwater's Aboriginal Interests:

The Crown acknowledges the numerous factors that would influence the severity and types of effects associated with

[675] Comme nous l'expliquons au paragraphe 587 des présents motifs, la demande des Coldwater à l'égard de l'analyse du tracé du pipeline est remise sur le tapis à la séance de consultation du 7 octobre 2016. Le Canada, reconnaissant que la question de l'aquifère n'a pas été explorée complètement, exprime néanmoins sa confiance à l'égard de la condition 39 imposée par l'Office.

[676] Il répond :

[TRADUCTION] Les Coldwater expriment leur préoccupation que, les choses s'accélégrant après l'approbation [par le gouverneur en conseil], il faudrait une conclusion défavorable importante dans le rapport sur la condition 39 pour que l'option ouest devienne viable. Ils sont d'avis que le déplacement du pipeline à l'intérieur du couloir approuvé de 150 m après la tenue d'une audience sur le tracé détaillé ne répondrait pas à leurs préoccupations concernant l'aquifère, car l'option ouest se trouve bien au-delà de ce couloir recommandé. Les Coldwater demandent s'il est déjà arrivé qu'un couloir approuvé soit modifié par suite d'un rapport publié après l'approbation par le gouverneur en conseil.

[L'Office] affirme que des tracés ont déjà été modifiés par suite d'une audience sur le tracé détaillé pour diverses raisons; or, il (Brian Nesbitt) n'est personnellement au courant d'aucun cas où le tracé final ne se trouvait pas dans le couloir approuvé. Toutefois, c'est possible si la situation le justifie.

[...]

La Couronne répond que l'Office a imposé la condition 39 parce qu'il estimait que la preuve ne permettait pas d'évaluer avec certitude l'effet du projet sur l'aquifère des Coldwater. Il faudra s'occuper de ce déficit d'information, à la satisfaction de [l'Office], avant le début des travaux. La Couronne reconnaît que la condition n'offre aucune certitude sur la possibilité de modification du couloir. Or, l'existence de la condition révèle que [l'Office] n'est pas satisfait des renseignements actuels. [Non souligné dans l'original.]

[677] Le Canada, dans le rapport sur les consultations de la Couronne, reconnaît qu'un déversement associé au projet risque d'avoir des effets variant de faibles à graves sur les intérêts autochtones des Coldwater :

[TRADUCTION] La Couronne reconnaît les nombreux facteurs qui jouent sur la gravité et le type d'effets qu'un

a pipeline spill, and that an impacts determination that relates the consequences of a spill to specific impacts on Aboriginal Interests has a high degree of uncertainty. The Crown acknowledges that Coldwater relies primarily on an aquifer crossed by the Project for their drinking water, as well as subsistence foods and natural resources, and are at greater risk for adverse effects from an oil spill. To address the concerns raised by Coldwater during the post-[Board] Crown consultation period, [Environmental Assessment Office] proposes a condition that would require, in addition to [Board] Condition 39, characterization of the aquifer recharge and discharge sources and aquifer confinement, and include an assessment of the vulnerability of the aquifer. [Underlining added; footnote omitted.]

[678] Throughout the consultation process, Canada worked to understand Coldwater's concerns, and the British Columbia Environmental Assessment Office imposed a condition requiring a second hydrogeological report for approval by it. However, missing from Canada's consultation was any attempt to explore how Coldwater's concerns could be addressed. Also missing was any demonstrably serious consideration of accommodation—a failure likely flowing from Canada's erroneous position that it was unable to impose additional conditions on the proponent.

[679] Canada acknowledged that the Project would be located within an area of Coldwater's traditional territory where Coldwater was assessed to have a strong *prima facie* claim to Aboriginal title. In circumstances where Coldwater would bear the burden of establishing a better route for the pipeline, and where the advice given to Coldwater by the Board's technical expert was that he was personally unaware of a route being moved out of the approved pipeline corridor, Canada placed its reliance on Condition 39, and so advised Coldwater. However, as Canada acknowledged, this condition carried no certainty about the pipeline route. Nor did the condition provide any certainty as to how the Board would assess the risk to the aquifer.

[680] At the end of the consultation process, and at the time the Project was approved, Canada failed to meaningfully engage with Coldwater, and to discuss and explore options to deal with the real concern about the sole source of drinking water for its Reserve.

déversement est susceptible d'emporter et admet que l'évaluation précise des effets d'un tel déversement sur les intérêts autochtones présente un degré élevé d'incertitude. La Couronne reconnaît que les Coldwater tirent principalement leur eau potable – ainsi que des aliments de subsistance et des ressources naturelles – d'un aquifère que le projet traversera. Le risque que présente un déversement est donc élevé dans leur cas. Pour répondre à leurs préoccupations pendant la période subséquente aux consultations de la Couronne [par l'Office], [le Bureau de l'évaluation environnementale] propose, outre la condition 39 [de l'Office], une condition obligeant à décrire les sources de recharge et d'écoulement de l'aquifère et le confinement de celui-ci et à évaluer sa vulnérabilité. [Non souligné dans l'original; renvoi omis.]

[678] Tout au long du processus de consultation, le Canada a cherché à comprendre les préoccupations des Coldwater, et le Bureau d'évaluation environnementale de la Colombie-Britannique a exigé un second rapport d'étude hydrogéologique pour son approbation. Toutefois, le Canada n'a pas exploré les façons de répondre aux préoccupations des Coldwater. Il n'a pas non plus, à en juger par les faits, envisagé sérieusement de mesures d'accommodement, probablement parce qu'il croyait à tort ne pas être habilité à imposer d'autres conditions au promoteur.

[679] Le Canada reconnaît que le projet sera situé dans une partie du territoire traditionnel des Coldwater où leur revendication du titre ancestral est à première vue solide. Dans ces circonstances — vu qu'il incombe aux Coldwater de démontrer l'existence d'un tracé supérieur et que, selon l'expert de l'Office, le tracé n'a jamais été déplacé en dehors du couloir approuvé —, le Canada dit avoir confiance à l'égard de la condition 39 et en avise les Coldwater. Or, comme l'admet le Canada, cette condition n'apporte aucune certitude quant au tracé du pipeline ou quant à l'évaluation par l'Office des risques pour l'aquifère.

[680] À la fin du processus de consultation et au moment de l'approbation du projet, le Canada n'a pas engagé de véritable dialogue avec les Coldwater ni examiné les moyens de répondre à leurs préoccupations réelles au sujet de l'unique source d'eau potable alimentant leur réserve.

## d. The experience of Stó:lō

[681] As part of the Stó:lō's effort to engage with the Crown on the Project, Stó:lō prepared a detailed technical submission referred to as the "Integrated Cultural Assessment for the Proposed Trans Mountain Expansion Project", also referred to as "ICA". A copy of the ICA was filed with the Board.

[682] The ICA was based on surveys, interviews, meetings and workshops held with over 200 community members from approximately 11 Stó:lō bands. The ICA concluded that the Project posed a significant risk to the unique Indigenous way of life of the Stó:lō, threatening the cultural integrity and survival of core relationships at the heart of the Stó:lō worldview, identity, health and well-being. The ICA also contained 89 recommendations which, if implemented by Trans Mountain or the Crown, were believed by Stó:lō to mitigate the Project's adverse effects on Stó:lō.

[683] To illustrate the nature of the recommendations, section 17.2 of the ICA deals with recommendations to mitigate the Project's impact on fisheries. Section 17.2.1 deals with Management and Planning in the context of fisheries mitigation. The recommended Management and Planning mitigation measures are:

## 17.2.1 Management and Planning

5. Stó:lō Fishing representatives will participate in the development and review of Fisheries Management Plans and water course crossing EPPs before construction and mitigation plans are finalized.

6. Stó:lō representatives will provide input on proposed locations for Hydrostatic test water withdrawal and release.

7. [The proponent] will consult with Stó:lō representatives to develop the Emergency Response Plans in the study area.

8. Stó:lō representatives will consult with community members to determine appropriate restoration plans for

## d. L'expérience des Stó:lō

[681] Dans le cadre de leurs efforts d'engagement avec la Couronne, les Stó:lō ont préparé un mémoire technique détaillé intitulé [TRADUCTION] « Évaluation culturelle intégrée relative au projet d'agrandissement du réseau Trans Mountain » et en ont déposé une copie à l'Office.

[682] Ce mémoire est le fruit de sondages, d'entrevues, de réunions et d'ateliers réalisés auprès de plus de 200 membres d'environ 11 bandes appartenant au Collectif Stó:lō. Suivant le mémoire, le projet présentait un risque important pour le mode de vie traditionnel et unique des Stó:lō et menaçait l'intégrité culturelle et la survie de rapports cruciaux pour la vision du monde, l'identité, la santé et le bien-être des Stó:lō. Le mémoire présentait 89 recommandations qui atténuerait, de l'avis des Stó:lō, les effets négatifs du projet sur les Stó:lō s'ils étaient mis en œuvre par Trans Mountain ou la Couronne.

[683] Pour illustrer la nature des recommandations, examinons la section 17.2 du mémoire, qui concerne les pêches. La section 17.2.1 traite de la gestion et de la planification dans le contexte de l'atténuation des effets sur les pêches. Les mesures d'atténuation de gestion et de planification recommandées sont les suivantes :

## [TRADUCTION] 17.2.1 Gestion et planification

5. Les représentants des pêches des Stó:lō participeront à l'élaboration et à l'examen des plans de gestion des pêches et des plans de protection de l'environnement des points de franchissement des cours d'eau avant les travaux et avant que les plans relatifs aux mesures d'atténuation soient finalisés.

6. Les représentants des Stó:lō présenteront des observations sur les sites proposés pour le prélèvement et le rejet d'eau des essais hydrostatiques.

7. [Le promoteur] consultera les représentants des Stó:lō pour élaborer des plans d'intervention d'urgence dans la région à l'étude.

8. Les représentants des Stó:lō consulteront les membres de la communauté pour déterminer les plans de remise en

water crossings including bank armouring, seed mixes or replanting requirements.

9. Stó:lō fishing representatives must be notified if isolation methods will not work and [the proponent] is considering another crossing method.

10. Stó:lō representatives must be notified as soon as a spill or leak, of any size, is detected.

11. During water quality monitoring program, anything that fails to meet or exceed established guidelines will be reported to a Stó:lō Fisheries Representative within 12 hours.

[684] These measures are specific, brief and generally measured and reasonable. If implemented they would provide more detail to the Board's generic conditions on consultation and require timely notification to the Stó:lō of events that may adversely impact their interests.

[685] During the Board's Information Request process, the Stó:lō pressed Trans Mountain to respond to their 89 recommendations but Trans Mountain did not provide a substantive response. Instead, Trans Mountain provided a general commitment to work with Stó:lō to develop a mutually-acceptable plan for implementation.

[686] The Board did not adopt any of the specific 89 recommendations made by the Stó:lō in its terms and conditions.

[687] At a meeting held with the Crown consultation team on April 13, 2016, before the release of the Board's report, the Stó:lō provided an overview of the development of the ICA and expressed many concerns, including their dissatisfaction with their engagement with Trans Mountain.

[688] The Stó:lō representative stated that, among other things, Trans Mountain was directed by the Board to include Indigenous knowledge in Project planning, but did not. By way of example, the Stó:lō explained that the Fraser River is a tidal (at least up to Harrison River),

état aux points de franchissement des cours d'eau, dont la stabilisation des berges, la variété des semences ou le reboisement.

9. Les représentants des pêches des Stó:lō devront être avisés si la méthode d'isolement ne fonctionne pas et que [le promoteur] envisage une autre méthode de franchissement.

10. Les représentants des Stó:lō devront être avisés dès qu'un déversement ou une fuite est détecté, quelle qu'en soit la taille.

11. Dans le cadre du programme de suivi de la qualité de l'eau, un représentant des pêches des Stó:lō doit être informé dans un délai de douze heures de tout résultat qui n'atteint ou n'excède pas les lignes directrices établies.

[684] Ces mesures sont précises, brèves et généralement modérées et raisonnables. Si elles étaient adoptées, elles seraient plus détaillées que les conditions générales de l'Office issues des consultations et exigeraient que les Stó:lō soient informés rapidement d'incidents susceptibles de nuire à leurs intérêts.

[685] Au cours des rondes de demandes de renseignements, les Stó:lō ont insisté en vain auprès de Trans Mountain qu'elle réponde à leurs 89 recommandations. Trans Mountain a plutôt exprimé un énoncé général selon lequel elle s'engageait à collaborer avec les Stó:lō en vue d'élaborer un plan qui conviendrait aux deux.

[686] L'Office n'a retenu aucune des 89 recommandations précises des Stó:lō dans ses conditions.

[687] Lors d'une séance avec l'équipe des consultations avec la Couronne tenue le 13 avril 2016, avant la publication du rapport de l'Office, les Stó:lō donnent un aperçu de la préparation de leur mémoire et expriment plusieurs préoccupations, dont leur insatisfaction à l'égard de l'engagement de Trans Mountain.

[688] Selon les représentants des Stó:lō, entre autres, l'Office a ordonné à Trans Mountain d'inclure des connaissances autochtones dans la planification du projet, ce qu'elle n'a pas fait. Par exemple, les Stó:lō expliquent que le fleuve Fraser, méandrique, subit l'effet des marées

meandering river, with a wandering gravel bed that is hydrologically connected to many wetlands and waterways crossed by the Project. A map of historical waterways was provided in the ICA, along with a table listing local and traditional knowledge of waterways crossed by the Project. None of this information was considered in Trans Mountain's technical reports. In Stó:lō's view, Trans Mountain's assumptions and maps about the Fraser River were wrong and did not include their traditional knowledge. A year after the ICA was provided to Trans Mountain the Stó:lō met with Trans Mountain's fisheries manager who had never seen the ICA or any of the technical information contained in it.

[689] Additionally, Stó:lō provided details about deficiencies identified in Trans Mountain's evidence filed with the Board about Stó:lō title, rights, interests and Project impacts. For example, Trans Mountain's evidence was to the effect that the Stó:lō had no traditional plant harvesting areas within the Project area. However, the ICA identified and mapped several plant gathering sites within the proposed pipeline corridor. Another example of a deficiency was Trans Mountain's evidence that there were no habitation sites in the Project area; however, the ICA mapped three habitation sites within the proposed pipeline corridor and two habitation sites located within 50 metres of the pipeline corridor.

[690] At a later consultation meeting held September 23, 2016, the Stó:lō reiterated that a key concern was their view that the Board's process had failed to hold the proponent accountable for integrating Stó:lō's traditional use information into the assessment of the Project. The draft Crown Consultation Report overlooked evidence filed by Stó:lō about their traditional land use. Instead, the report repeated oversights in Trans Mountain's evidence presented to the Board. For example, Stó:lō noted the Crown was wrong to state that "[n]o plant gathering sites were identified within the proposed pipeline corridor". The Stó:lō had explained this at the April 13, 2016 meeting.

[691] The Stó:lō Collective was not confident that Trans Mountain would follow through on commitments to

(au moins jusqu'à l'embouchure de la Harrison) et que son lit de gravier actif est lié sur le plan hydrologique à de nombreux marais et cours d'eau que franchira le projet. Le mémoire présente une carte des cours d'eau historiques, ainsi qu'un tableau énumérant les connaissances traditionnelles et locales concernant ces cours d'eau. Les rapports techniques de Trans Mountain n'ont pas tenu compte de ces renseignements. De l'avis des Stó:lō, les hypothèses et les cartes de Trans Mountain concernant le Fraser sont erronées et ne tiennent pas compte de leurs connaissances traditionnelles. Un an après avoir transmis leur mémoire à Trans Mountain, les Stó:lō rencontrent le superviseur des pêches de cette dernière. Il n'a jamais vu le mémoire ni les renseignements techniques qu'il contient.

[689] En outre, les Stó:lō expliquent les lacunes relevées dans la preuve soumise par Trans Mountain à l'Office sur les titre, droits et intérêts des Stó:lō ainsi que sur les effets du projet à leur égard. Par exemple, selon la preuve de Trans Mountain, les Stó:lō ne s'adonnent à aucune activité de cueillette traditionnelle dans la région visée par le projet. Toutefois, leur mémoire recense plusieurs sites de cueillette dans le couloir proposé. Aussi, selon la preuve de Trans Mountain, la région visée par le projet est inhabitée. Or, le mémoire recense trois zones d'habitation dans le couloir proposé et deux zones d'habitation à moins de 50 mètres de ce couloir.

[690] À une autre séance de consultation, le 23 septembre 2016, les Stó:lō répètent leur préoccupation fondamentale que le processus de l'Office n'a pas permis de contraindre le promoteur à intégrer les renseignements sur les usages traditionnels des Stó:lō à l'évaluation du projet. L'ébauche du rapport sur les consultations de la Couronne fait fi de la preuve déposée par les Stó:lō sur l'usage traditionnel des terres et reprend la preuve lacunaire présentée par Trans Mountain à l'Office. Par exemple, les Stó:lō soulignent que la Couronne a tort d'affirmer que [TRADUCTION] « le couloir proposé pour le pipeline ne contient aucun site de cueillette ». Les Stó:lō avaient déjà expliqué cela le 13 avril 2016.

[691] Le Collectif Stó:lō n'est pas convaincu que Trans Mountain respecte ses engagements d'inclure les



include local Indigenous people or traditional knowledge in the development of the Project unless the Board's terms and conditions required Trans Mountain to regularly engage Stó:lō communities in a meaningful way.

[692] Canada's representatives confirmed that the Stó:lō Collective was looking for stronger conditions, more community-specific commitments and more accountability placed on Trans Mountain so that conditions proposed by Stó:lō became regulatory requirements.

[693] The Crown consultation team met with Stó:lō once after the release of the Board's report, on September 23, 2016.

[694] During this meeting the "Collective noted with great concern that the [Board] report came out May 19th, that the [Governor in Council's] decision is due Dec. 19th, and that the Crown was just meeting now (Sept. 23) to consult on the [Board] report with so many potential gaps left to discuss and seek to resolve with tight timelines to do so".

[695] At this meeting the Crown consultation team presented slides summarizing the Board's conclusions. The Stó:lō noted their disagreement with the following findings of the Board:

- "Ability of Aboriginal groups to use the lands, waters and resources for traditional purposes would be *temporarily impacted*" by construction and routine maintenance activities, and that some opportunities for certain activities such as harvesting or accessing sites or areas of [Traditional Land and Resource Use] will be *temporarily interrupted*.";
- "Project's contribution to potential broader cultural impacts related to access and use of natural resources is *not significant*."; and,
- "Impacts would be *short term...*, *limited to brief periods* during construction and routine maintenance ..., *largely confined to the Project footprint* for the pipeline..."

Autochtones de la région ou leurs connaissances traditionnelles dans la planification du projet à moins que les conditions imposées par l'Office exigent de Trans Mountain d'établir de véritables rapports réguliers avec les communautés des Stó:lō.

[692] Les représentants du Canada confirment que le Collectif Stó:lō cherche à resserrer les conditions, à obtenir des engagements particuliers pour sa communauté et une reddition de compte accrue de la part de Trans Mountain de sorte que les conditions qu'il propose deviennent des prescriptions administratives.

[693] L'équipe des consultations avec la Couronne rencontre les Stó:lō une fois après la publication du rapport de l'Office, le 23 septembre 2016.

[694] À cette occasion, [TRADUCTION] « le Collectif est très préoccupé par la situation : le rapport [de l'Office] a été publié le 19 mai, la décision [du gouverneur en conseil] est prévue pour le 19 décembre et la Couronne nous consulte seulement aujourd'hui (le 23 septembre) sur le rapport [de l'Office] alors que tant de lacunes subsistent dont il faut discuter et qu'il faut tenter de régler en si peu de temps ».

[695] L'équipe des consultations avec la Couronne présente alors les conclusions de l'Office résumées sur des diapositives. Les Stó:lō signalent leur désaccord sur les conclusions suivantes :

- « la construction et les activités courantes d'entretien auraient une *incidence temporaire* sur la possibilité pour les groupes autochtones d'utiliser les terres, l'eau et les ressources à des fins traditionnelles et que ces activités *interrompraient temporairement* leurs possibilités de se livrer à certaines activités comme la récolte ou l'accès aux lieux ou à des secteurs [d'usage des terres et des ressources à des fins traditionnelles] »;
- « la contribution du projet aux incidences culturelles plus globales en ce qui concerne l'accès aux ressources naturelles et l'usage de celles-ci est jugée *non importante* »;
- « ces répercussions seraient de *courte durée*, [...] *limitées à de brèves périodes* pendant la construction et l'entretien de routine et que ces effets seront *en grande*

effects would be *reversible in the short to long term, and low in magnitude*.” [Emphasis in original.]

[696] The Stó:lō pointed to the potential permanent impact of the Project on sites of critical cultural importance to Stó:lō and the Project’s impacts related to access and use of natural resources.

[697] With respect to sites of critical cultural importance, the Stó:lō explained that none of the information contained in their ICA influenced the design of the Project or was included in the Project alignment sheets. The failure to include information about cultural sites on the Project alignment sheets meant that various geographic features known to Stó:lō and the proponent were not being factored into Project effects, or avoidance or mitigation efforts. In response to questions, Stó:lō confirmed that even though Trans Mountain was well aware of Stó:lō sites of importance, as detailed in the ICA, Trans Mountain had not recognized them on the right-of-way corridor maps. Stó:lō believed this afforded the sites no protection if the Project was approved.

[698] With respect to Lightning Rock, a culturally significant spiritual and burial site, the Stó:lō noted that Trans Mountain planned to put a staging area in proximity to the site which, in the view of the Stó:lō, would obliterate the site. The Board had imposed Condition 77 relating to Lightning Rock. This condition required Trans Mountain to file a report outlining the conclusions of a site assessment for Lightning Rock, including reporting on consultation with the Stó:lō Collective. However, Stó:lō Cultural Heritage experts had not been able to meet with Trans Mountain to participate in Lightning Rock management plans since September 2015. This was a source of great frustration.

[699] The Stó:lō suggested that the Board’s conditions should specifically list the Indigenous groups Trans Mountain was required to deal with instead of the generic “potentially affected Aboriginal groups” referenced in the Board’s current conditions.

*partie confinés à l’empreinte du projet* du pipeline [...] *réversibles à court ou à long terme et de faible amplitude* ». [En italiques et en gras dans l’original.]

[696] Les Stó:lō soulignent les effets du projet, susceptibles de se révéler permanents sur les sites culturels d’une importance critique pour eux, et sur l’accès aux ressources naturelles et l’usage de ces dernières.

[697] Quant aux sites d’une importance culturelle critique, les Stó:lō expliquent que les renseignements figurant dans leur mémoire n’ont pas éclairé du tout la conception du projet et n’ont pas été inclus dans les cartes-tracés. Comme les renseignements sur les sites culturels n’ont pas été consignés dans les cartes-tracés, il n’a pas été tenu compte de diverses entités géographiques connues des Stó:lō et du promoteur dans les effets du projet ou les efforts visant à les éviter ou les atténuer. En réponse à des questions, les Stó:lō confirment le fait que Trans Mountain connaissait les sites revêtant une importance pour les Stó:lō, énoncés dans le mémoire, mais ne les avait pas indiqués dans les cartes représentant le couloir de l’emprise. Selon les Stó:lō, les sites n’étaient donc pas protégés au cas où le projet est approuvé.

[698] En ce qui concerne Lightning Rock, un site culturel important, utilisé comme cimetière et site spirituel, les Stó:lō soulignent que Trans Mountain envisage d’établir une zone de préparation des travaux à proximité, ce qui détruirait le site selon eux. L’Office a imposé la condition 77 pour protéger l’endroit. Suivant la condition, Trans Mountain doit déposer un compte rendu des enquêtes terrain à l’égard du site, y compris les consultations auprès du Collectif Stó:lō. Toutefois, les experts sur le patrimoine culturel des Stó:lō n’ont pu participer aux travaux avec Trans Mountain sur les plans de gestion concernant Lightning Rock depuis septembre 2015, ce qui cause énormément de frustration.

[699] Les Stó:lō proposent que les conditions imposées par l’Office énumèrent expressément les groupes autochtones avec qui Trans Mountain est tenue de transiger au lieu du terme général « les groupes autochtones éventuellement touchés » qui figure dans les conditions actuelles.

[700] The Stó:lō also requested that they be involved in selecting the Aboriginal monitors working within their territory as contemplated by the Board's conditions. For example, Condition 98 required Trans Mountain to file a plan describing participation by "Aboriginal groups" in monitoring construction of the Project. Stó:lō wanted to ensure these monitors were sufficiently knowledgeable about issues of importance to the Stó:lō.

[701] The September 23, 2016, meeting notes do not indicate any response or meaningful dialogue on the part of the Crown consultation team in response to any of Stó:lō's concerns and suggestions.

[702] Interestingly, at the November 16, 2016, consultation meeting with Upper Nicola, the last of the consultation meetings and the only consultation meeting held after Canada provided the second draft of the Crown Consultation Report setting out Canada's assessment of the Project's impacts, the Crown consultation lead explained:

... "potentially affected Aboriginal groups" has been noted by many Aboriginal groups as too vague in the recommended conditions, and this phrase is repeated throughout the 157 conditions. Makes reference to how the Crown's consultation and accommodation report does address specific Aboriginal groups. Discussed another point on the [Board] condition for "Aboriginal monitors"—where communities would not [*sic*] want locally knowledgeable Aboriginal people to fulfil this role and not someone from farther afield.

[703] Notwithstanding apparently widespread concern about the Board's generic use of the phrase "potentially affected Aboriginal groups" and the need for locally-selected Indigenous monitors, and despite Canada's ability to add new conditions that would impose the desired specificity, Canada failed to meaningfully consider such accommodation.

[704] Canada and the British Columbia Environmental Assessment Office purported to respond to two of Stó:lō's concerns in their letter of November 28, 2016,

[700] Les Stó:lō demandent également voix au chapitre dans la sélection des surveillants autochtones qui travailleront sur leur territoire en application d'une condition imposée par l'Office. Par exemple, la condition 98 exige de Trans Mountain qu'elle dépose un plan décrivant la participation des « groupes autochtones » à la surveillance de la construction. Les Stó:lō veulent veiller à ce que ces surveillants connaissent suffisamment les questions importantes pour les Stó:lō.

[701] Le procès-verbal du 23 septembre 2016 ne révèle aucune réponse ni aucun véritable dialogue de la part de l'équipe des consultations avec la Couronne en réponse aux préoccupations et suggestions des Stó:lō.

[702] Il est intéressant d'examiner les propos suivants prononcés par le dirigeant de l'équipe des consultations avec la Couronne à la séance du 16 novembre 2016 avec les Upper Nicola. Il s'agit de la dernière séance de consultation, et de la seule tenue après la transmission de la seconde ébauche du rapport sur les consultations de la Couronne qui présente l'évaluation des effets du projet par le Canada. Le dirigeant explique :

[TRANSLATION] [...] le terme « groupes autochtones éventuellement touchés » est trop vague selon de nombreux groupes autochtones, et ce terme est repris tout au long des 157 conditions. On renvoie au traitement particulier des groupes autochtones dans le rapport sur les consultations et les mesures d'accommodement. On discute d'un autre point concernant la condition [de l'Office] relative aux « surveillants autochtones » – les communautés ne [*sic*] voudraient des Autochtones connaissant la région pour agir dans ce rôle et non des gens qui viennent de loin.

[703] Malgré la préoccupation qui semble généralisée à propos du terme « groupes autochtones éventuellement touchés » utilisé par l'Office, la nécessité d'engager des surveillants autochtones choisis localement et la faculté pour le Canada d'imposer d'autres conditions qui traduiraient la particularisation voulue, le Canada n'a pas véritablement envisagé ces mesures.

[704] Dans leur lettre du 28 novembre 2016, le Canada et le Bureau de l'évaluation environnementale de la Colombie-Britannique font mine de répondre à deux

to the Stó:lō: the concerns about Traditional Ecological Knowledge and sites of cultural importance.

[705] The Crown “acknowledges the Stó:lō Collective’s view that the [Board] and the proponent overlooked traditional knowledge within the development of the [Board] conditions and Project design.” The Crown discusses these issues in sections III and IV of the Stó:lō Collective appendix (pages 13, 29 and 30 respectively).

[706] I deal with the Stó:lō appendix beginning at paragraph 712 below. As explained below, the Stó:lō appendix does not deal meaningfully with the concerns about Traditional Ecological Knowledge and sites of cultural importance.

[707] The Crown made two more points independent of the Stó:lō Collective appendix. First, it expressed its understanding that the Stó:lō could trigger a detailed route hearing. Second, it encouraged the Stó:lō Collective to continue discussions with the proponent.

[708] In connection with the detailed route hearing, the Crown advised that “[w]ithin the scope of such a hearing exists the potential for the right-of-way to move locations”. There are three points to make about this response. First, as explained above at paragraphs 380 to 384, at a detailed route hearing the right of way may only move within the approved pipeline corridor, otherwise an application must be made to vary the pipeline corridor; second, the onus at a detailed route hearing is on the person requesting the alteration; and, third, Canada failed to consider its ability to impose additional conditions, likely because it was operating under the erroneous view it could not. The ability to trigger a detailed route hearing provided no certainty about how potential adverse effects to areas of significant importance to the Stó:lō would be dealt with. This was not a meaningful response on Canada’s part.

[709] As to the Crown’s suggestion that the Stó:lō Collective continue its discussions with the proponent, no

préoccupations exprimées par les Stó:lō : les connaissances environnementales traditionnelles et les sites revêtant une importance culturelle.

[705] La Couronne [TRADUCTION] « reconnaît l’opinion du Collectif Stó:lō suivant laquelle [l’Office] et le promoteur ont fait fi des connaissances traditionnelles dans l’élaboration des conditions et la conception du projet ». La Couronne traite de ces questions dans les sections III et IV de l’annexe consacrée au Collectif Stó:lō (pages 13, 29 et 30).

[706] Nous examinons l’annexe consacrée aux Stó:lō aux paragraphes 712 et suivants des présents motifs. Comme nous l’expliquons ci-après, cette annexe ne traite pas véritablement des préoccupations exprimées à propos des connaissances environnementales traditionnelles et des sites revêtant une importance culturelle.

[707] La Couronne présente deux autres points qui ne figurent pas dans l’annexe consacrée aux Stó:lō. D’abord, elle comprend que les Stó:lō peuvent demander la tenue d’une audience sur le tracé détaillé. Deuxièmement, elle encourage le Collectif Stó:lō à poursuivre les discussions avec le promoteur.

[708] Quant à l’audience sur le tracé détaillé, la Couronne indique que [TRADUCTION] « [l]a tenue d’une telle audience donne la possibilité d’un déplacement de l’emprise ». Cette réponse appelle trois remarques. Premièrement, comme nous l’expliquons aux paragraphes 380 à 384 des présents motifs, l’emprise peut être déplacée à l’issue d’une telle audience, mais seulement à l’intérieur du couloir proposé, sinon il faut demander la modification du couloir. Deuxièmement, le fardeau incombe alors à la personne qui demande la modification. Troisièmement, le Canada n’a pas envisagé la possibilité d’imposer d’autres conditions, probablement parce qu’il croyait à tort ne pas y être habilité. La possibilité de demander la tenue d’une audience sur le tracé détaillé n’emporte aucune certitude quant au traitement des effets négatifs potentiels du projet sur les sites revêtant une importance pour les Stó:lō. Il ne s’agit pas d’une véritable réponse de la part du Canada.

[709] Quant à la suggestion de la Couronne encourageant le Collectif Stó:lō à poursuivre les discussions

explanation is given as to why this was believed to be an appropriate response to the concerns of the Stó:lō in light of the information they had provided as to the proponent's unwillingness to deal directly with them on a timely basis, or in some cases, at all.

[710] The November 28, 2016, letter also referenced the four accommodation measures the Stó:lō requested in their two-page submission to the Governor in Council. The first asked for a condition to “outline and identify specifics regarding Trans Mountain’s collaboration with and resourcing of the Stó:lō Collective to update construction alignment sheets and EPPs to reflect information provided in the Integrated Cultural Assessment” (March 2014). The Stó:lō were told “The recommendations included in the Stó:lō Collective’s two-page submission of November 17, 2016 will be provided directly to federal and provincial decision makers”.

[711] Leaving aside the point that the letter was sent the day before the Project was approved, none of this is responsive, meaningful, two-way dialogue that the Supreme Court requires as part of the fulfillment of the duty to consult.

[712] Nor is any meaningful response provided in the Stó:lō appendix to the Crown Consultation Report. This is illustrated by the following two examples. First, while the appendix recites that the Stó:lō Collective recommended 89 actions that would assist Trans Mountain to avoid or mitigate adverse effects on their Aboriginal Interests there is no discussion or indication that Canada seriously considered implementing any of the 89 recommended actions, and no explanation as to why Canada did not consider implementing any Stó:lō specific recommendation as an accommodation or mitigation measure. Second, while the appendix acknowledges that the Stó:lō provided examples of Traditional Ecological Knowledge which they felt the proponent and the Board ignored in the Project design, environmental assessment and mitigation planning, no analysis or response to the concern is given.

avec le promoteur, rien n’explique en quoi cette suggestion constitue une réponse adéquate aux préoccupations exprimées par les Stó:lō, ces derniers ayant déjà indiqué la réticence du promoteur à les rencontrer en temps utile ou du tout.

[710] La lettre du 28 novembre 2016 mentionne également les quatre mesures d’accommodement demandées par les Stó:lō dans leur présentation de deux pages au gouverneur en conseil. La première mesure demandait l’adoption d’une condition pour [TRADUCTION] « esquisser et détailler la collaboration de Trans Mountain avec le Collectif Stó:lō en vue de mettre à jour les cartes-tracés et les plans de protection environnementale en fonction du mémoire » (mars 2014). On a répondu aux Stó:lō en ces termes : [TRADUCTION] « Les recommandations figurant dans la présentation de deux pages datée du 17 novembre 2016 seront transmises directement aux décideurs fédéraux et provinciaux ».

[711] Faisons abstraction du fait que la lettre a été envoyée la veille de l’approbation du projet. Rien dans ce qui précède ne peut être assimilé au véritable dialogue tenant compte des préoccupations soulevées que commande l’obligation de consulter identifiée par la Cour suprême.

[712] Rien dans l’annexe consacrée aux Stó:lō dans le rapport sur les consultations de la Couronne ne constitue une véritable réponse non plus. C’est ce qui ressort des deux exemples suivants. Premièrement, l’annexe indique que le Collectif Stó:lō a recommandé la prise de 89 mesures précises par Trans Mountain pour atténuer ou éviter les effets négatifs sur ses intérêts autochtones, mais rien ne révèle que le Canada a sérieusement envisagé de mettre en œuvre l’une ou l’autre de ces mesures recommandées ni n’explique pourquoi il n’en a retenu aucune comme mesure d’accommodement ou d’atténuation. Deuxièmement, l’annexe reconnaît que les Stó:lō ont donné en exemple des connaissances environnementales traditionnelles qui, selon eux, avaient été négligées par le promoteur et l’Office dans la conception du projet, l’évaluation environnementale et la planification en matière d’atténuation. Or, aucune analyse de cette préoccupation n’est fournie et aucune réponse n’y est donnée.

[713] In the portion of the appendix that deals with Canada's assessment of the Project's impacts on the Stó:lō, the Crown relies on the conclusions of the Board to find that the impacts of the Project would be up to minor-to-moderate. Thus, for instance, the appendix repeats the Board's conclusion that if the Project is approved, the Board conditions would either directly or indirectly avoid or reduce potential environmental effects associated with hunting, trapping and gathering. In an attempt to deal with the specific concerns raised by the Stó:lō about the adequacy of the Board's report and its conditions, the appendix recites that:

... the proponent would implement several mitigation measures to reduce potential effects to species important for the Stó:lō Collective's hunting, trapping, and plant gathering activities. The proponent is committed to minimizing the Project footprint to the maximum extent feasible, and all sensitive resources identified on the Environmental Alignment Sheets and environmental tables within the immediate vicinity of the [right-of-way] will be clearly marked before the start of clearing.

[714] While the second draft of the Crown Consultation Report was revised to reference the plant gathering sites identified by Stó:lō in the ICA and in the April and October consultation meetings, Canada continued to rely upon the Board's findings without explaining, for example, how the Board's finding that "Trans Mountain adequately considered all the information provided on the record by Aboriginal groups regarding their traditional uses and activities" (report, page 278) was reliable in the face of the information contained in the ICA.

[715] Nor does Canada explain the source of its confidence in the proponent's commitments in light of the concerns expressed by the Stó:lō that Trans Mountain had failed to follow through on its existing commitments and that without further conditions Stó:lō feared the proponent would not follow through with its commitments to the Board.

[713] Il ressort de l'annexe consacrée aux Stó:lō que la Couronne s'en remet aux conclusions de l'Office pour affirmer que les effets du projet sur ce groupe varient de faibles à modérés. Par exemple, l'annexe reprend la conclusion de l'Office selon laquelle, si le projet est approuvé, les conditions imposées par l'Office permettront d'éviter ou d'atténuer, directement ou non, les effets environnementaux sur la chasse, le piégeage et la cueillette. À propos des préoccupations précises soulevées par les Stó:lō sur la qualité du rapport et des conditions de l'Office, l'annexe indique ce qui suit :

[TRADUCTION] [...] le promoteur mettra en œuvre plusieurs mesures d'atténuation visant à réduire les effets potentiels sur les espèces revêtant de l'importance pour les activités de chasse, de piégeage et de cueillette du Collectif Stó:lō. Le promoteur s'engage à atténuer, dans la mesure du possible, l'empreinte du projet, et toutes les ressources sensibles énumérées dans les cartes-tracés et les tableaux environnementaux dans les environs immédiats de [l'emprise] seront clairement indiqués avant le début du déboisement.

[714] Bien que la deuxième ébauche du rapport sur les consultations de la Couronne ait été révisée pour inclure les sites de cueillette indiqués par les Stó:lō dans leur mémoire et lors des séances de consultation d'avril et d'octobre, le Canada continue de s'en remettre aux conclusions de l'Office, sans autre explication. Par exemple, il ne précise pas pourquoi il continue de souscrire à la conclusion de l'Office selon laquelle « Trans Mountain a tenu compte adéquatement de tous les renseignements consignés au dossier par les groupes autochtones au sujet de leurs usages et de leurs activités à des fins traditionnelles » (rapport, page 288) au vu des renseignements figurant dans le mémoire.

[715] Le Canada n'explique pas non plus pourquoi il se montre confiant à l'égard de l'engagement du promoteur, malgré les préoccupations exprimées par les Stó:lō selon qui Trans Mountain n'a pas respecté ses engagements actuels et risque, en l'absence d'autres conditions, de manquer à ses engagements envers l'Office.



[716] With respect to the Stó:lō's concerns about a Project staging area at Lightning Rock, the appendix noted that Lightning Rock was protected by Board Condition 77 which required the proponent to file with the Board an archaeological and cultural heritage field investigation undertaken to assess the potential impacts of Project construction and operations on the Lightning Rock site. The appendix goes on to note that:

.... However, given that this is a sacred site with burial mounds, Stó:lō Collective have noted that any Project routing through this area is inappropriate given the need to preserve the cultural integrity of the site and the surrounding area. For the Stó:lō Collective, the site surrounding Lightning Rock should be a "no go" area for the Project.

[717] However, Stó:lō's position that Lightning Rock should be a "no go" area is left unresolved and uncommitted upon by Canada.

[718] Another Stó:lō concern detailed by Canada in the appendix, but unaddressed, is the concern of the Stó:lō Collective that the locations of various other culturally important sites do not appear on Trans Mountain's detailed alignment sheets. Examples of such sites include bathing sites within the 150 metre pipeline right-of-way alignment at Bridal Veil Falls, and an ancient pit house located within the pipeline right-of-way. None of these sites are the subject of any Board condition.

[719] The appendix recites Canada's conclusion on these concerns of the Stó:lō as follows:

With regards to specific risk concerns raised by the Stó:lō Collective, the proponent would implement several mitigation measures to reduce potential effects on physical and cultural heritage resources important for the Stó:lō Collective's traditional and cultural practices. The proponent has also committed to reduce potential disturbance to community assets and events by implementing several measures that include avoiding important community features and assets during [right-of-way] finalization, narrowing the [right-of-way] in select areas, scheduling construction to avoid important community events where possible, communication of construction schedules and plans with community officials, and other ongoing consultation and engagement with local and Aboriginal governments.

[716] En réponse à la préoccupation des Stó:lō concernant l'établissement d'une zone de préparation des travaux à Lightning Rock, l'annexe indique que ce site est protégé par la condition 77, qui oblige le promoteur à déposer auprès de l'Office une évaluation du patrimoine archéologique et culturel de ce site visant à déterminer les effets potentiels des travaux et de l'exploitation du projet. Pour reprendre un passage de l'annexe :

[TRADUCTION] Toutefois, il s'agit d'un site sacré, comportant des tertres funéraires. Le Collectif Stó:lō indique que le projet ne saurait être situé à proximité, car il est nécessaire de préserver l'intégrité culturelle du site et de ses environs. De l'avis du Collectif Stó:lō, la zone située autour de Lightning Rock devrait être interdite au projet.

[717] Or, le Canada ne se prononce pas sur l'opinion des Stó:lō suivant lequel la zone environnant Lightning Rock devrait être interdite.

[718] L'annexe présente une autre préoccupation des Stó:lō sans la régler : l'absence sur les cartes-tracés de Trans Mountain d'autres sites revêtant une importance culturelle, dont la présence de zones de baignades à l'intérieur de l'emprise de 150 mètres aux chutes Bridal Veil et d'une ancienne maison semi-souterraine à l'intérieur de l'emprise. L'Office n'a imposé aucune condition à leur égard.

[719] L'annexe résume ainsi la conclusion du Canada à l'égard de ces préoccupations des Stó:lō :

[TRADUCTION] En ce qui concerne les préoccupations précises en matière de risque soulevées par le Collectif Stó:lō, le promoteur mettra en œuvre plusieurs mesures d'atténuation sur les ressources du patrimoine physique et culturel qui revêtent de l'importance pour les pratiques traditionnelles et culturelles du Collectif Stó:lō. Le promoteur s'est aussi engagé à réduire les perturbations possibles sur les biens et les activités communautaires en adoptant plusieurs mesures, dont éviter les éléments et biens communautaires qui revêtent de l'importance pendant les travaux [d'emprise], réduire la largeur [de l'emprise] dans certaines zones, éviter les travaux aux dates d'activités importantes dans la mesure du possible, communiquer le calendrier des travaux et les plans aux représentants de la communauté et entretenir les consultations et l'engagement avec les gouvernements locaux et autochtones.

[720] This is not meaningful, two-way dialogue in response to Stó:lō's real and valid concerns about matters of vital importance to the Stó:lō.

[721] Canada adopts a similar approach to its assessment of the Project's impact on freshwater fishing and marine fishing and harvesting at pages 24 to 27 of the Stó:lō appendix.

[722] The section begins by acknowledging the Stó:lō's deeply established connection to fishing and marine harvesting "which are core to Stó:lō cultural activities and tradition, subsistence and economic purposes"

[723] After summarizing each concern raised by the Stó:lō, Canada responds by adopting the Board's conclusions that the Project's impact will be low-to-moderate and that Board conditions will either directly or indirectly avoid or reduce potential environmental effects on fishing activities.

[724] In the course of this review Canada acknowledges the Board's finding that "Project-related activities could result in low to moderate magnitude effects on freshwater and marine fish and fish habitat, surface water and marine water quality" Appendix 12 to the Board report defines a moderate impact to be one that, among other things, noticeably affects the resource involved.

[725] Canada also acknowledges that during the operational life of the Project fishing and harvesting activities directly affected by the construction and operation of the Westridge Marine Terminal would not occur within the expanded water lease boundaries.

[726] Further, impacts on navigation, specifically in eastern Burrard Inlet, would exist for the lifetime of the Project, and would occur on a daily basis. Project-related marine vessels also would cause temporary disruption to the Stó:lō Collective's marine fishing and harvesting

[720] Il ne s'agit pas d'un véritable dialogue répondant aux préoccupations réelles et légitimes des Stó:lō sur des questions qui revêtent une importance vitale pour ces derniers.

[721] Le Canada adopte une démarche semblable dans son évaluation de l'effet du projet sur les activités de pêche en eau douce et en mer, ainsi que de cueillette, qui figure aux pages 24 à 27 de l'annexe consacrée aux Stó:lō.

[722] Cette section de l'annexe commence par un rappel du rapport démontré des Stó:lō à la pêche et à la récolte maritime [TRADUCTION] « qui se situent au cœur des activités et traditions culturelles des Stó:lō, de leur subsistance et de leur économie ».

[723] Après un résumé de chaque préoccupation soulevée par les Stó:lō, le Canada y répond en reprenant les conclusions de l'Office selon lesquelles les effets du projet varieront de faibles à modérés et que les conditions permettront directement ou indirectement d'éviter ou de réduire les effets environnementaux potentiels du projet sur les activités de pêche.

[724] Dans cet examen, le Canada souscrit à la conclusion de l'Office selon laquelle [TRADUCTION] « les activités associées au projet pourraient avoir des effets d'une ampleur faible à modérée sur le poisson d'eau douce et de mer, l'habitat du poisson, l'eau de surface et la qualité de l'eau de mer ». L'annexe 12 du rapport de l'Office définit l'ampleur modérée comme un effet notable sur la ressource.

[725] Le Canada reconnaît également que les activités de pêche et de récolte directement touchées par la construction et l'exploitation du terminal maritime Westridge ne se produiraient pas à l'intérieur des frontières du bail maritime prolongé pendant la durée utile du projet.

[726] En outre, les effets sur la navigation, tout particulièrement dans l'est de la baie Burrard, se feraient sentir pendant la durée du projet, tous les jours. Les navires associés au projet nuiraient également temporairement aux activités de pêche et de récolte du Collectif Stó:lō.

activities. These disruptions are said “likely to be temporary when accessing fishing sites in the Burrard Inlet that require crossing shipping lanes, as community members would be able to continue their movements shortly after the tanker passes.” This too would occur on a daily basis if the Westridge Marine Terminal were to serve 34 Aframax tankers per month.

[727] Missing however from Canada’s consultation analysis is any mention of the Stó:lō’s constitutionally protected right to fish, and how that constitutionally protected right was taken into account by Canada. Also missing is any explanation as to how the consultation process affected the Crown’s ultimate assessment of the impact of the Project on the Stó:lō. Meaningful consultation required something more than simply repeating the Board’s findings and conditions without grappling with the specific concerns raised by the Stó:lō about those same findings.

e. The experience of Upper Nicola

[728] Throughout the consultation process, Upper Nicola raised the issue of the Project’s impact on Upper Nicola’s asserted title and rights. The issue was raised at the consultation meetings of March 31, 2016, and May 3, 2016, but no meaningful dialogue took place. Canada’s representatives advised at the March meeting that until the Board released its report Canada did not know how the Project could impact the environment and Upper Nicola’s interests and so could not “yet extrapolate to how those changes could impact [Upper Nicola’s] Aboriginal rights and title interests”.

[729] The issue was raised again, after the release of the Board’s report, at the consultation meeting of September 22, 2016. Upper Nicola expressed its disagreement with Canada’s assertion in the first draft of the Crown Consultation Report that potential impacts on its title claim for the pipeline right-of-way included temporary impacts related to construction, and longer-term impacts associated with Project operation. In Upper Nicola’s view, construction did not have a temporary impact on its claim to title. Upper Nicola also stated that Canada had examined the Project’s impact

Ces perturbations sont décrites comme [TRADUCTION] « probablement temporaires en ce qui concerne l’accès aux sites de pêche dans la baie Burrard nécessitant la traversée de couloirs de navigation, car les bateaux de la communauté pourraient poursuivre leur route peu après le passage du navire-citerne ». Si le terminal maritime Westridge accueille 34 Aframax par mois, la perturbation se produirait quotidiennement.

[727] Brillent aussi par leur absence de l’analyse des consultations le droit de pêche constitutionnel des Stó:lō et l’examen par le Canada de ce droit, ainsi qu’une explication sur la manière dont le processus de consultation a joué dans l’évaluation ultime par le Canada des effets du projet sur les Stó:lō. De véritables consultations ne se résumaient pas à réitérer les conclusions de l’Office et ses conditions, sans examiner les préoccupations particulières soulevées par les Stó:lō sur ces conclusions.

e. L’expérience des Upper Nicola

[728] Tout au long du processus de consultation, les Upper Nicola ont soulevé l’effet du projet sur le titre et les droits qu’ils revendiquent. La question est soulevée aux séances de consultation tenues le 31 mars et le 3 mai 2016, sans qu’il y ait de véritable dialogue. Les représentants du Canada affirment à la séance de mars ne pas connaître, avant la publication du rapport de l’Office, la teneur des effets du projet sur l’environnement et les intérêts des Upper Nicolas et ne pas pouvoir [TRADUCTION] « extrapoler de ces changements les effets sur les droits et le titre ancestraux [des Upper Nicola] ».

[729] La question est soulevée à nouveau, après la publication du rapport de l’Office, à la séance de consultation du 22 septembre 2016. Les Upper Nicola ne souscrivent pas à l’affirmation, faite par le Canada dans la première ébauche du rapport sur les consultations de la Couronne, selon laquelle les travaux auront un effet potentiel temporaire sur le titre qu’ils revendiquent sur l’emprise du pipeline tandis que l’exploitation du projet aura un effet à long terme sur ce titre. Selon les Upper Nicola, l’effet des travaux ne sera pas temporaire. En outre, à leur avis, en examinant l’effet du projet sur le titre, le Canada a fait

on title without considering impacts on governance and management, and concerns related to title, such as land and water issues. The meeting notes do not record any response to these concerns.

[730] Nor did Canada respond meaningfully to Upper Nicola's position that the Project would render 16 000 hectares of land unusable or inaccessible for traditional activities. Upper Nicola viewed this to constitute a significant impact that required accommodation of their rights to stewardship, use and governance of the land and water. Canada's response was to acknowledge a letter sent to the Prime Minister in which numerous Indigenous groups had proposed a mitigation measure to ensure they would have a more active role in monitoring and stewardship of the Project. Canada stated that it saw merit in the proposal and that a response to the letter would be forthcoming.

[731] On November 18, 2016, Upper Nicola wrote to the Crown consultation lead to highlight its key, ongoing concerns with the Project and the consultation process. With respect to title, Upper Nicola wrote:

There were areas which the Crown has determined that we have a strong prima facie claim to Aboriginal title and rights. The Crown must therefore acknowledge the significant impacts and infringements of the Project to Upper Nicola/Syilx Title and Rights, including the incidents of Aboriginal title which include: the right to decide how the land will be used; the right of enjoyment and occupancy of the land; the right to possess the land; the right to the economic benefits of the land; and the right to proactively use and manage the land and adequately accommodate these impacts, concerns and infringements. This has not yet been done. [Underlining added.]

[732] Canada and the British Columbia Environmental Assessment Office wrote to Upper Nicola on November 28, 2016, the day before the Project was approved, to respond to the issues raised by Upper Nicola. The only reference to Upper Nicola's asserted title is this brief reference:

*Impacts and Mitigation:* In response to comments received, the Crown has reviewed its analysis and discussion in the Consultation and Accommodation Report on

fi de l'effet sur l'exercice des pouvoirs et la gestion ainsi que des préoccupations concernant le titre, comme les questions relatives aux terres et à l'eau. Le procès-verbal ne relate aucune réponse à ces préoccupations.

[730] Le Canada n'a pas non plus offert de véritable réponse à la thèse des Upper Nicola selon laquelle le projet empêcherait la tenue d'activités traditionnelles sur une zone de 16 000 hectares. Selon eux, il s'agit d'un effet important qui nécessite l'accommodement de leurs droits à l'intendance et à l'utilisation des terres et de l'eau et à l'exercice des pouvoirs visant ces derniers. La réponse du Canada se résumait à accuser réception d'une lettre expédiée au premier ministre par plusieurs groupes autochtones dans laquelle ils proposent, en guise de mesure d'atténuation, de jouer un rôle accru dans la surveillance et l'intendance du projet. Le Canada a déclaré que la proposition avait du bon sens et qu'une réponse serait rédigée.

[731] Le 18 novembre 2016, les Upper Nicola écrivent au dirigeant de l'équipe des consultations avec la Couronne pour souligner leurs principales préoccupations qui subsistent au sujet du projet et du processus de consultation. Au sujet du titre, les Upper Nicola écrivent :

[TRADUCTION] La Couronne a décidé que notre revendication du titre et des droits ancestraux est à première vue solide dans certaines régions. Elle doit donc reconnaître les effets importants du projet sur ce titre et ces droits des Upper Nicola/Syilx et les atteintes à ceux-ci, dont les droits qui découlent du titre ancestral : à l'égard des terres, le droit de décider de leur utilisation, le droit de jouissance et d'occupation, le droit de possession, le droit d'en profiter économiquement et le droit de les utiliser et de les gérer de manière proactive et celui d'obtenir une réponse à ces effets, préoccupations et atteintes. Rien n'a encore été fait. [Non souligné dans l'original.]

[732] Le Canada et le Bureau de l'évaluation environnementale de la Colombie-Britannique répondent aux questions des Upper Nicola dans la lettre du 28 novembre 2016, la veille de l'approbation du projet. Le titre revendiqué est seulement mentionné brièvement ainsi :

[TRADUCTION] *Effets et atténuation* : En réponse aux commentaires reçus, la Couronne a examiné l'analyse présentée dans le rapport sur les consultations et les mesures

the direct and indirect impacts of the Project on Syilx (Okanagan) Nation's rights and other interests. In addition, Upper Nicola identified that the study titled "Upper Nicola Band Traditional Use and Occupancy Study for the Kingsvale Transmission Line in Support of the Trans Mountain Expansion Project" (Kingsvale TUOS) had not been specifically referenced in the Syilx (Okanagan) Nation appendix. Upper Nicola resent the Kingsvale TUOS to the Crown on Friday, November 18 and in response to this information, the Crown reviewed the Kingsvale TUOS, summarized the study's findings in Syilx (Okanagan) Nation's appendix, and considered how this information changes the expected impacts of the Project on Syilx (Okanagan) Nation's Aboriginal rights and title. As a result, conclusions were revised upward for Project impacts on Syilx (Okanagan) Nation's freshwater fishing activities, other traditional and cultural activities, as well as potential impacts on Aboriginal title. [Underlining added.]

[733] No response was made to the request to acknowledge the Project's impacts and infringement of Upper Nicola's asserted title and rights.

[734] In the Upper Nicola appendix, Canada acknowledged that the Project would be located within an area of Syilx Nation's asserted traditional territory where Syilx Nation was assessed to have a strong *prima facie* claim to Aboriginal title and rights. Canada then asserted the Project to have "minor-to-moderate impact on Syilx Nation's asserted Aboriginal title to the proposed Project area". Canada did not address Upper Nicola's governance or title rights in any detail. Canada did refer to section 4.3.5 of the Crown Consultation Report but this section simply reiterates the Board's findings and conditions and the requirement that the proponent continue consultation "with potentially affected Aboriginal groups".

[735] Missing is any explanation as to why moderate impacts to title required no accommodation beyond the environmental mitigation measures recommended by the Board—mitigation measures that were generic and not specific to Upper Nicola.

d'accommodement sur les effets directs et indirects du projet sur les droits et autres intérêts de la Nation Syilx (Okanagan). En outre, les Upper Nicola affirment que l'étude intitulée « Upper Nicola Band Traditional Use and Occupancy Study for the Kingsvale Transmission Line in Support of the Trans Mountain Expansion Project » (Kingsvale TUOS) n'est pas mentionnée dans l'annexe consacrée à la Nation Syilx (Okanagan). Les Upper Nicola ont renvoyé l'étude à la Couronne le vendredi 18 novembre. La Couronne a examiné le document, a résumé ses conclusions dans l'annexe concernant la Nation Syilx (Okanagan) et a cherché à savoir si ces renseignements apportaient des changements aux effets prévus du projet sur les droits et le titre ancestraux de la Nation Syilx (Okanagan). Par conséquent, les conclusions sur les effets du projet sur les activités de pêche en eau douce et d'autres activités traditionnelles et culturelles de la Nation Syilx (Okanagan) ont été révisées à la hausse ainsi que pour les effets sur le titre ancestral. [Non souligné dans l'original.]

[733] La demande de reconnaissance des effets du projet et de l'atteinte aux droits et au titre revendiqués par les Upper Nicola est restée lettre morte.

[734] Dans l'annexe concernant les Upper Nicola, le Canada reconnaît que le projet sera situé dans une zone appartenant au territoire traditionnel revendiqué par la Nation Syilx, à l'égard duquel cette dernière a une revendication à première vue solide de titre et de droits ancestraux. Selon le Canada, le projet aura [TRADUCTION] « un effet variant de faible à modéré sur le titre ancestral revendiqué par la Nation Syilx à l'égard de la zone visée par le projet ». Le Canada n'a pas examiné en détail les préoccupations des Upper Nicola relatives à l'exercice des pouvoirs et au droit au titre. Certes, le Canada renvoie à la section 4.3.5 du rapport sur les consultations de la Couronne. Or, cette section ne fait que réitérer les conclusions de l'Office et les conditions imposées par ce dernier et mentionne que le promoteur est tenu de poursuivre les consultations [TRADUCTION] « avec les groupes autochtones éventuellement touchés ».

[735] Brille par son absence toute explication quant à savoir pourquoi des effets modérés sur le titre ne justifient aucune autre mesure d'accommodement que les mesures d'atténuation environnementale génériques — non particulières aux Upper Nicola — recommandées par l'Office.

[736] Throughout Phase III, Upper Nicola had proposed numerous potential mitigation measures and had requested accommodation related to stewardship, use and governance of the water. No response was given as to why Canada rejected this request. This was not meaningful, two-way dialogue or reasonable consultation.

f. The experience of SSN

[737] Canada met with SSN twice during Phase III. At the first meeting, on August 3, 2016, SSN expressed the desire to have consultation go beyond the environmental assessment process which they felt was insufficient to tackle the issues that affected their territory. SSN sought to move forward on a nation to nation basis and wished to formalize a nation to nation consultation protocol using the Project as a starting point for further consultation.

[738] In response, Canada and representatives of British Columbia asked that the SSN be prepared to review a draft memorandum of understanding for consultation about the Project (affidavit of Jeanette Jules, paragraph 70).

[739] The meeting notes reflect that at the first meeting on August 3, 2016, SSN also raised as accommodation or mitigation measures that: the Project conditions be more specific with respect to safety and emergency preparedness response, warning notifications to communities and opportunities for training; and, that there be provision for both a spillage fee and a revenue tax imposed on the proponent for the benefit of SSN. The meeting notes do not reflect any dialogue or response from Canada to these proposals.

[740] On September 9, 2016, the Crown consultation lead sent a two-page draft memorandum of understanding to the SSN (two pages not including the signature page).

[741] At the second and last meeting on October 6, 2016, the SSN advised that they desired the proponent to submit to a review of the Project by the SSN, but that the proponent was unwilling to undergo another review. The SSN also repeated their desire for the federal and

[736] Tout au long de l'étape III, les Upper Nicola proposent nombre de mesures d'atténuation possibles et demandent des accommodements visant l'eau, en matière d'intendance, d'utilisation et d'exercice du pouvoir. Rien n'explique pourquoi le Canada rejette la demande. Il ne s'agit pas d'un véritable dialogue ni d'une consultation raisonnable.

f. L'expérience des SSN

[737] Le Canada rencontre les SSN à deux reprises pendant l'étape III. La première fois, le 3 août 2016, les SSN disent souhaiter que les consultations transcendent l'évaluation environnementale, insuffisante à leurs yeux pour répondre aux questions touchant leur territoire. Les SSN désirent arriver à une entente sur un protocole de consultation de Nation à Nation avec le projet pour point de départ de consultations ultérieures.

[738] En réponse, le Canada et les représentants de la Colombie-Britannique demandent aux SSN de prendre connaissance d'une ébauche de protocole d'entente visant les consultations sur le projet (affidavit de Jeanette Jules, paragraphe 70).

[739] Suivant le procès-verbal de cette première séance, les SSN soulèvent les mesures d'accommodement ou d'atténuation suivantes : que les conditions du projet relatives à la sécurité et à la protection civile, aux avertissements aux communautés et aux possibilités de formation soient précisées et que des droits de déversement et une taxe soient imposés au promoteur à l'avantage des SSN. Le procès-verbal ne révèle aucun dialogue ou réponse de la part du Canada à ces propositions.

[740] Le 9 septembre 2016, le dirigeant de l'équipe des consultations avec la Couronne fait parvenir une ébauche de protocole d'entente aux SSN (tenant sur deux pages, sans la page de signature).

[741] Lors de la seconde — et dernière — séance de consultation, le 6 octobre 2016, les SSN indiquent vouloir que le promoteur se soumette à un examen du projet par les SSN, mais que ce dernier ne voit pas d'un bon œil la tenue d'un autre examen. Les SSN réitèrent



provincial Crowns to allow SSN to impose a resource development tax on proponents whose projects are located in the SSN's traditional territory. In response, the Crown raised the difficulty in implementing the tax and having the Project undergo assessment by the SSN before the mandated decision deadline of December 19, 2016.

[742] At this meeting Canada sought comments on the draft memorandum of understanding. Jeanette Jules, a counsellor with the Kamloops Indian Band swore in an affidavit filed in support of SSN's application for judicial review that:

At [the October 6, 2016] meeting, the majority of the time was spent on discussing the content of the [memorandum of understanding], that is, what would engagement with the Crowns on the Project look like. We did not spend any time discussing the routing of the pipeline Project at Pipsell or SSN's concerns about the taking up of new land in the Lac du Bois Grasslands Protected area, although I did voice concerns about those issues again at that meeting. At the end of the meeting, the Crowns committed to revising the [memorandum of understanding] and to setting up another meeting to discuss it with us. [Underlining added.]

[743] The meeting notes state that toward the end of the meeting SSN expressed the desire to have a terrestrial spill response centre stationed in their reserve. SSN contemplated that funding for the centre should be raised through a per-barrel spillage fee charged on product flowing through the pipeline.

[744] Thereafter, no memorandum of understanding was finalized and no further meetings took place between Canada and the SSN. Ms. Jules swears that:

I fully expected that between our last meeting with Canada and the Province of BC and the [Governor in Council] decision to approve the Project, we would come to an agreement on the terms of a [memorandum of understanding] and have had meaningful engagement with the Crowns about pipeline routing and SSN's other concerns raised in its final argument.

[745] Ms. Jules was not cross-examined on her affidavit.

leur souhait d'être autorisés par les Couronnes fédérale et provinciale à prélever une taxe sur le développement des ressources aux promoteurs dont les projets sont situés dans le territoire traditionnel des SSN. En réponse, la Couronne mentionne les difficultés que soulèvent une telle mesure fiscale et un nouvel examen du projet par les SSN avant l'échéance du 19 décembre 2016.

[742] Lors de cette séance, le Canada sollicite des commentaires sur l'ébauche du protocole d'entente. Jeanette Jules, conseillère au sein de la Bande indienne de Kamloops, affirme dans un affidavit déposé au soutien de la demande de contrôle judiciaire présentée par les SSN :

[TRADUCTION] À la réunion [du 6 octobre 2016], le plus clair du temps est consacré à la discussion sur la teneur du [protocole d'entente], c'est-à-dire la nature de l'engagement avec les Couronnes sur le projet. Nous n'avons pas abordé le tracé du pipeline à Pipsell ou les préoccupations des SSN sur les autres terres nécessaires dans l'aire protégée des prairies du Lac du Bois, et ce même si j'ai soulevé ces préoccupations à nouveau à la réunion. À la fin de la réunion, les Couronnes se sont engagées à réviser le [protocole d'entente] et à organiser une autre réunion pour en discuter avec nous. [Non souligné dans l'original.]

[743] Le procès-verbal de la réunion révèle que vers la fin de la réunion, les SSN indiquent vouloir que le centre d'intervention en cas de déversement terrestre soit situé dans leur réserve. Les SSN envisagent le financement du centre par le prélèvement de droits à cette fin sur chaque baril de produit transitant par le pipeline.

[744] Le protocole d'entente n'a jamais été adopté, et aucune autre séance n'a été tenue entre le Canada et les SSN. Selon l'affidavit souscrit par M<sup>me</sup> Jules :

[TRADUCTION] Je m'attendais pleinement à ce qu'on arrive à une entente sur les modalités [du protocole] entre le moment de notre dernière séance avec le Canada et la province de la Colombie-Britannique et la décision [du gouverneur en conseil] d'approuver le projet et qu'on ait un véritable dialogue avec les Couronnes sur le tracé du pipeline et les autres préoccupations soulevées par les SSN dans leur dernier argument.

[745] M<sup>me</sup> Jules n'a pas été contre-interrogée au sujet de son affidavit.

[746] In the November 28, 2016, letter sent to the SSN by Canada and the British Columbia Environmental Assessment Office they wrote:

We also would like to take this opportunity to provide you with additional information or responses to concerns that Stk'emlúps te Secwépemc Nation has raised with the Crown.

At the October 6, 2016 meeting with SSN, in addition to reiterating SSN's plan on undertaking its own assessment of the project, SSN outlined a proposal for an SSN resource development tax that they charge directly to proponents whose projects are in their traditional territory, and that SSN wants the federal and provincial Crown's to make the jurisdictional room necessary for the tax to be implemented. These proposals have been added to the SSN specific appendix for consideration by decision makers.

[747] This is not a meaningful response to the proposals made by the SSN. The only response made to the resource development tax during the consultation meetings was the difficulty this would pose to meeting Canada's decision deadline (notwithstanding that SSN had sought consultation on a broader basis than the Project—the Project was contemplated by SSN to be a starting point).

[748] The SSN appendix to the Crown Consultation Report faithfully records SSN's concerns about the review process, noting, in part, that:

SSN stated that the [Board] hearing process is an inappropriate forum for assessing impacts to their Aboriginal rights. SSN also expressed concern about the [Board] process' legislated timelines and the way these timelines were unilaterally imposed on them. SSN considers this timeline extremely restrictive and does not believe it affords SSN sufficient time to review the application and participate meaningfully in the review process. SSN has stated that their ability to participate in the process is further hampered by a lack of capacity funding from either the [Board] or the Crown. SSN has expressed a view that related regulatory (i.e. permitting) processes are not well-coordinated, which they believe results in an incomplete sharing of potential effects to SSN Interests. They refer to the perceived disconnected process between the proposed Project and proposed Ajax Mine application review. SSN are not satisfied with the current crown engagement model

[746] Le 28 novembre 2016, le Canada et le Bureau d'évaluation environnementale de la Colombie-Britannique écrivent aux SSN en ces termes :

[TRADUCTION] Nous aimerions profiter de l'occasion pour vous fournir un complément d'information ou des réponses aux préoccupations soulevées par la Nation Stk'emlúps te Secwépemc.

Lors de la séance du 6 octobre 2016, les SSN ont rappelé leur intention d'entreprendre leur propre évaluation du projet et ont esquissé une proposition de taxe sur le développement des ressources qu'ils prélèveraient directement sur les promoteurs dont les projets seraient situés dans leur territoire traditionnel, indiquant souhaiter que les Couronnes fédérale et provinciale facilitent le prélèvement de la taxe. Ces propositions ont été ajoutées à l'annexe consacrée aux SSN pour examen par les décideurs.

[747] Il ne s'agit pas d'une véritable réponse aux propositions faites par les SSN. La seule réponse fournie à la proposition sur la taxe sur le développement des ressources concerne les difficultés qu'une telle initiative causerait au respect de l'échéance prescrite pour la décision par le Canada (sans compter que les SSN avaient demandé des consultations transcendant le projet — selon eux, le projet ne constituait que le point de départ).

[748] L'annexe consacrée aux SSN dans le rapport sur les consultations de la Couronne consigne fidèlement les préoccupations des SSN sur le processus d'examen et indique :

[TRADUCTION] Les SSN affirment que le processus d'audience [de l'Office] ne se prête pas à l'évaluation des effets sur les droits ancestraux. Les SSN soulèvent également des préoccupations sur le calendrier légal du processus et son imposition unilatérale à eux. Selon les SSN, le calendrier est extrêmement restrictif et ils n'estiment pas qu'ils disposent d'assez de temps pour examiner la demande et participer véritablement au processus d'examen. Les SSN affirment que leur faculté de participer au processus est également limitée par un financement inadéquat de la capacité de la part de [l'Office] ou de la Couronne. Ils sont d'avis que les processus administratifs connexes (c.-à-d. relatifs aux permis) ne sont pas coordonnés, ce qui a pour résultat d'empêcher la communication intégrale des effets possibles sur les intérêts des SSN. Ils mentionnent les filières selon eux complètement distinctes du projet proposé et de l'examen de la demande

and the lack of addressing SSN's needs for a nation-to-nation dialogue about their concerns and interests, and have proposed that the Crown develop a [memorandum of understanding] to address these issues and provide a framework for the dialogue moving forward.

...

SSN have requested Nation-to-Nation engagement related to the broader issue of land management and decision making within their territory. SSN requested a consultation protocol agreement be developed, starting with a [memorandum of understanding] for Nation-to-Nation consultation, which would take the form of a trilateral agreement between SSN, BC and Canada. SSN recommended a framework of sustainable Crown funding to participate in the [memorandum of understanding] process, leading to a sustainable funding model to support ongoing land use management within SSN's territory.

At the October 6, 2016 meeting, SSN outlined a proposal for an SSN resource development tax that they charge directly to proponents whose projects are in their traditional territory. SSN wants the federal and provincial Crown's [*sic*] to make the jurisdictional room necessary for the tax to be implemented. [Underlining added.]

[749] Missing from the appendix is any advice to the Governor in Council that Canada committed to providing a draft memorandum of understanding to SSN and any advice about the status of the memorandum of understanding. Also missing is any indication of what, if any, impact this had on Canada's view of the consultation process.

[750] In the SSN appendix Canada acknowledged that "the Project would be located within an area of Tk'emlúps te Secwe'pemc and Skeetchestn's traditional territory assessed as having a strong *prima facie* claim to Aboriginal title". Canada had also assessed its duty to consult SSN as being at the deeper end of the consultation spectrum.

[751] Notwithstanding, Canada did not provide any meaningful response to SSN's proposed mitigation measures, and conducted no meaningful, two-way dialogue about SSN's concerns documented on pages 3 to 7 of the SSN appendix.

visant la mine Ajax proposée. Les SSN ne sont pas satisfaits du modèle actuel de dialogue avec la Couronne et de la réticence à répondre au besoin exprimé par les SSN à l'égard d'un dialogue de Nation à Nation sur leurs préoccupations et intérêts et proposent à la Couronne d'établir un [protocole d'entente] visant à répondre à ces questions et à fournir un cadre régissant le dialogue à l'avenir.

[...]

Les SSN demandent un dialogue de Nation à Nation sur la question générale de gestion des terres et de prise de décision dans leur territoire. Les SSN demandent l'établissement d'un protocole de consultation, à commencer par un [protocole d'entente] en vue d'une consultation de Nation à Nation, qui constituerait une entente trilatérale entre les SSN, la C.-B. et le Canada. Les SSN recommandent l'établissement d'un cadre de financement durable par la Couronne pour permettre la participation au processus [relatif au protocole d'entente], ce qui mènerait à un modèle de financement durable visant à soutenir la gestion de l'utilisation des terres dans le territoire des SSN.

Lors de la séance du 6 octobre 2016, les SSN proposent une taxe sur le développement des ressources qu'ils prélèveraient des promoteurs qui exploitent des projets dans leur territoire traditionnel. Les SSN demandent aux Couronnes fédérale et provinciale de faciliter le prélèvement de cette taxe. [Non souligné dans l'original.]

[749] L'annexe ne présente au gouverneur en conseil aucun renseignement indiquant que le Canada s'est engagé à fournir une ébauche de protocole d'entente aux SSN ni sur l'état d'avancement des travaux à cet égard. L'annexe est également muette sur l'effet, s'il en est, que ces préoccupations ont eues sur l'avis du Canada quant au processus de consultation.

[750] Dans l'annexe consacrée aux SSN, le Canada reconnaît que [TRADUCTION] « le projet sera situé dans le territoire traditionnel des Tk'emlúps te Secwe'pemc et Skeetchestn, qui ont une revendication à première vue solide du titre ancestral ». Le Canada avait conclu, envers les SSN, à une obligation de consulter située à l'extrémité supérieure du continuum en la matière.

[751] Quoiqu'il en soit, le Canada n'a pas fourni de véritable réponse aux mesures d'atténuation proposées par les SSN et n'a pas engagé de véritable dialogue à propos des préoccupations soulevées par les SSN consignées aux pages 3 à 7 de l'annexe qui leur est consacrée.

[752] This was not reasonable consultation as required by the jurisprudence of the Supreme Court of Canada.

(vii) Conclusion on Canada's execution of the consultation process

[753] As explained above at paragraphs 513 to 549, the consultation framework selected by Canada was reasonable and sufficient. If Canada properly executed it, Canada would have discharged its duty to consult.

[754] However, based on the totality of the evidence I conclude that Canada failed in Phase III to engage, dialogue meaningfully and grapple with the concerns expressed to it in good faith by the Indigenous applicants so as to explore possible accommodation of these concerns.

[755] Certainly Canada's consultation team worked in good faith and assiduously to understand and document the concerns of the Indigenous applicants and to report those concerns to the Governor in Council in the Crown Consultation Report. That part of the Phase III consultation was reasonable.

[756] However, as the above review shows, missing was a genuine and sustained effort to pursue meaningful, two-way dialogue. Very few responses were provided by Canada's representatives in the consultation meetings. When a response was provided it was brief, and did not further two-way dialogue. Too often the response was that the consultation team would put the concerns before the decision-makers for consideration.

[757] Where responses were provided in writing, either in letters or in the Crown Consultation Report or its appendices, the responses were generic. There was no indication that serious consideration was given to whether any of the Board's findings were unreasonable or wrong. Nor was there any indication that serious consideration was given to amending or supplementing the Board's recommended conditions.

[752] Il ne s'agit pas des consultations raisonnables qu'exige la jurisprudence de la Cour suprême du Canada.

(vii) Conclusion sur la manière dont le Canada a mené le processus de consultation

[753] Comme nous l'expliquons aux paragraphes 513 à 549 des présents motifs, le cadre de consultation choisi par le Canada était raisonnable et suffisant. Si le Canada l'avait mené correctement, il se serait acquitté de son obligation de consulter.

[754] Cependant, à la lumière de la totalité de la preuve, je conclus que le Canada, à l'étape III, n'a pas engagé de véritable dialogue et ne s'est pas penché sur les préoccupations qui avaient été exprimées de bonne foi par les demandeurs autochtones de manière à ce que soient envisagées des mesures d'accommodement possibles.

[755] Certes, l'équipe des consultations a travaillé de bonne foi et assidûment pour comprendre et consigner les préoccupations des demandeurs autochtones et les transmettre au gouverneur en conseil dans le rapport sur les consultations de la Couronne. Cet aspect des consultations de l'étape III était raisonnable.

[756] Or, comme le démontre notre analyse, il manquait un effort réel et soutenu d'engager un véritable dialogue. Les représentants du Canada ont fourni très peu de réponses lors des séances de consultation. Les quelques réponses se sont révélées laconiques, et ne favorisaient pas la tenue d'un véritable dialogue. Trop souvent la réponse consistait à affirmer que l'équipe des consultations transmettrait les préoccupations aux décideurs.

[757] Les réponses fournies par écrit — par voie de lettre ou du rapport sur les consultations avec la Couronne ou de ses annexes — étaient générales. Rien n'indiquait que l'on accordât une attention sérieuse au caractère raisonnable ou non ou à l'exactitude des conclusions de l'Office ni à la possibilité de modifier les conditions recommandées par l'Office ou d'y suppléer.

[758] Canada acknowledged it owed a duty of deep consultation to each Indigenous applicant. More was required of Canada.

[759] The inadequacies of the consultation process flowed from the limited execution of the mandate of the Crown consultation team. Missing was someone representing Canada who could engage interactively. Someone with the confidence of Cabinet who could discuss, at least in principle, required accommodation measures, possible flaws in the Board's process, findings and recommendations and how those flaws could be addressed.

[760] The inadequacies of the consultation process also flowed from Canada's unwillingness to meaningfully discuss and consider possible flaws in the Board's findings and recommendations and its erroneous view that it could not supplement or impose additional conditions on Trans Mountain.

[761] These three systemic limitations were then exacerbated by Canada's late disclosure of its assessment that the Project did not have a high level of impact on the exercise of the applicants' "Aboriginal Interests" and its related failure to provide more time to respond so that all Indigenous groups could contribute detailed comments on the second draft of the Crown Consultation Report.

[762] Canada is not to be held to a standard of perfection in fulfilling its duty to consult. However, the flaws discussed above thwarted meaningful, two-way dialogue. The result was an unreasonable consultation process that fell well short of the required mark.

[763] The Project is large and presented genuine challenges to Canada's effort to fulfil its duty to consult. The evaluation of Canada's fulfillment of its duty must take this into account. However, in largest part the concerns of the Indigenous applicants were quite specific and focussed and thus quite easy to discuss, grapple with and respond to. Had Canada's representatives met with each of the Indigenous applicants immediately following the

[758] Le Canada reconnaît qu'il avait à l'égard de chaque demandeur autochtone une obligation de consultations approfondies. Une telle obligation commandait plus.

[759] Les lacunes du processus de consultation découlent de l'interprétation stricte de son mandat par l'équipe des consultations avec la Couronne. Il manquait la présence d'un représentant du Canada habilité à établir un dialogue : une personne jouissant de la confiance du Cabinet qui aurait pu discuter, au moins en principe, des mesures d'accommodement nécessaires, des lacunes possibles dans le processus, les conclusions et les recommandations de l'Office et de la manière d'y remédier.

[760] Les lacunes du processus de consultation découlent également de la réticence du Canada à envisager la possibilité de lacunes dans les conclusions et les recommandations de l'Office et à en discuter ainsi que de son avis erroné suivant lequel il n'était pas habilité à imposer d'autres conditions à Trans Mountain.

[761] Ces trois limites systémiques ont été exacerbées par la communication tardive par le Canada de son évaluation suivant laquelle le projet ne nuirait pas de manière importante à l'exercice par les demandeurs de leurs « intérêts autochtones » et par son défaut d'accorder aux groupes autochtones la prorogation du délai de réponse de sorte qu'ils puissent fournir des commentaires détaillés au sujet de la deuxième ébauche du rapport sur les consultations de la Couronne.

[762] Le Canada n'est pas tenu à une norme de perfection pour s'acquitter de son obligation de consulter. Or, les lacunes précédentes ont nui à la tenue d'un véritable dialogue. Il en a résulté un processus de consultation déraisonnable et nettement insuffisant.

[763] Le projet est de taille et présentait de véritables défis au Canada lorsqu'il s'agissait de s'acquitter de son obligation de consulter. L'examen de la manière dont le Canada s'en est acquitté doit tenir compte de ce fait. Or, en grande partie, les préoccupations des demandeurs autochtones étaient très précises et circonscrites. Ainsi, il aurait dû être facile d'en discuter et d'y répondre. Si les représentants du Canada avaient rencontré chaque

release of the Board's report, and had Canada's representatives executed a mandate to engage and dialogue meaningfully, Canada could well have fulfilled the duty to consult by the mandated December 19, 2016 deadline.

#### E. Remedy

[764] In these reasons I have concluded that the Board failed to comply with its statutory obligation to scope and assess the Project so as to provide the Governor in Council with a "report" that permitted the Governor in Council to make its decision whether to approve the Project. The Board unjustifiably excluded Project-related shipping from the Project's definition.

[765] This exclusion of Project-related shipping from the Project's definition permitted the Board to conclude that section 79 of the *Species at Risk Act* did not apply to its consideration of the effects of Project-related shipping. Having concluded that section 79 did not apply, the Board was then able to conclude that, notwithstanding its conclusion that the operation of Project-related vessels is likely to result in significant adverse effects to the Southern resident killer whale, the Project was not likely to cause significant adverse environmental effects.

[766] This finding—that the Project was not likely to cause significant adverse environmental effects—was central to its report. The unjustified failure to assess the effects of Project-related shipping under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and the resulting flawed conclusion about the environmental effects of the Project was critical to the decision of the Governor in Council. With such a flawed report before it, the Governor in Council could not legally make the kind of assessment of the Project's environmental effects and the public interest that the legislation requires.

[767] I have also concluded that Canada did not fulfil its duty to consult with and, if necessary, accommodate the Indigenous applicants.

[768] It follows that Order in Council P.C. 2016-1069 should be quashed, rendering the certificate of public

demandeur autochtone dès la publication du rapport de l'Office, et s'ils avaient compris que leur mandat consistait à engager un véritable dialogue, le Canada se serait certainement acquitté de son obligation de consulter avant l'échéance prescrite du 19 décembre 2016.

#### E. Réparation

[764] Dans les présents motifs, je conclus que l'Office a manqué à son obligation légale de déterminer la portée du projet et de l'évaluer de sorte à fournir au gouverneur en conseil un « rapport » lui permettant de décider d'approuver ou non le projet. L'Office a exclu à tort le transport maritime de la définition du projet.

[765] En excluant le transport maritime de la définition du projet, l'Office a conclu que l'article 79 de la *Loi sur les espèces en péril* ne s'appliquait pas à son examen des effets du transport maritime associé au projet. Ainsi, il pouvait affirmer qu'en dépit de sa conclusion selon laquelle l'exploitation de navires associés au projet était susceptible de causer des effets nocifs importants sur l'épaulard résident du sud, le projet n'était pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants.

[766] Cette conclusion — selon laquelle le projet n'était pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants — forme le cœur de son rapport. L'omission injustifiée d'évaluer les effets du transport maritime associé au projet sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* et la conclusion viciée qui en a résulté sur les effets environnementaux du projet se sont révélées cruciales pour la décision du gouverneur en conseil. Doté d'un tel rapport vicié, le gouverneur en conseil n'était pas habilité à procéder à l'évaluation des effets environnementaux du projet et de l'intérêt public exigée par la loi.

[767] Je conclus également que le Canada ne s'est pas acquitté de son obligation de consulter les demandeurs autochtones et de les accommoder au besoin.

[768] Il s'ensuit que le décret C.P. 2016-1069 devrait être annulé, et le certificat d'utilité publique approuvant



convenience and necessity approving the construction and operation of the Project a nullity. The issue of Project approval should be remitted to the Governor in Council for prompt redetermination.

[769] In that redetermination the Governor in Council must refer the Board's recommendations and its terms and conditions back to the Board, or its successor, for reconsideration. Pursuant to section 53 of the *National Energy Board Act*, the Governor in Council may direct the Board to conduct that reconsideration taking into account any factor specified by the Governor in Council. As well, the Governor in Council may specify a time limit within which the Board shall complete its reconsideration.

[770] Specifically, the Board ought to reconsider on a principled basis whether Project-related shipping is incidental to the Project, the application of section 79 of the *Species at Risk Act* to Project-related shipping, the Board's environmental assessment of the Project in the light of the Project's definition, the Board's recommendation under subsection 29(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and any other matter the Governor in Council should consider appropriate.

[771] Further, Canada must re-do its Phase III consultation. Only after that consultation is completed and any accommodation made can the Project be put before the Governor in Council for approval.

[772] As mentioned above, the concerns of the Indigenous applicants, communicated to Canada, are specific and focussed. This means that the dialogue Canada must engage in can also be specific and focussed. This may serve to make the corrected consultation process brief and efficient while ensuring it is meaningful. The end result may be a short delay, but, through possible accommodation the corrected consultation may further the objective of reconciliation with Indigenous peoples.

la construction et l'exploitation du projet est par le fait même annulé. La question de l'approbation du projet devrait être renvoyée au gouverneur en conseil pour qu'il prenne rapidement une nouvelle décision.

[769] Le gouverneur en conseil doit alors renvoyer à l'Office ou à son successeur les recommandations et conditions de celui-ci pour nouvel examen. Aux termes de l'article 53 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, le gouverneur en conseil peut ordonner à l'Office de procéder au nouvel examen en tenant compte de tout facteur précisé par le gouverneur en conseil. Aussi, il est loisible au gouverneur en conseil d'imposer à l'Office un délai pour le nouvel examen.

[770] Plus particulièrement, l'Office devrait réexaminer, à la lumière des principes, les questions suivantes, à savoir si le transport maritime associé au projet est accessoire au projet, l'application de l'article 79 de la *Loi sur les espèces en péril* au transport maritime associé au projet, l'évaluation environnementale du projet par l'Office à la lumière de la définition du projet, la recommandation faite par l'Office sous le régime du paragraphe 29(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* et toute autre question que le gouverneur en conseil estime indiquée.

[771] En outre, le Canada est tenu de recommencer les consultations de l'étape III. Le projet ne pourra être présenté au gouverneur en conseil qu'une fois les consultations terminées et les mesures d'accommodement prises.

[772] Comme nous le mentionnons, les préoccupations des demandeurs autochtones communiquées au Canada sont précises et circonscrites, et le dialogue auquel le Canada est tenu peut être à l'avenant. Ainsi, il est possible de se pourvoir d'un processus de consultation corrigé bref et efficace, mais véritable. Si le résultat final est susceptible de se faire attendre un peu, le processus de consultation corrigé, grâce aux mesures d'accommodement possibles, pourrait favoriser la réconciliation avec les peuples autochtones.

## F. Proposed Disposition

[773] For these reasons I would dismiss the applications for judicial review of the Board's report in Court Dockets A-232-16, A-225-16, A-224-16, A-217-16, A-223-16 and A-218-16.

[774] I would allow the applications for judicial review of the Order in Council P.C. 2016-1069 in Court Dockets A-78-17, A-75-17, A-77-17, A-76-17, A-86-17, A-74-17, A-68-17 and A-84-17, quash the Order in Council and remit the matter to the Governor in Council for prompt redetermination.

[775] The issue of costs is reserved. If the parties are unable to agree on costs they may make submissions in writing, such submissions not to exceed five pages.

[776] Counsel are thanked for the assistance they have provided to the Court.

MONTIGNY J.A.: I agree.

WOODS J.A.: I agree.

## APPENDIX

*National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7

**Report**

**52 (1)** If the Board is of the opinion that an application for a certificate in respect of a pipeline is complete, it shall prepare and submit to the Minister, and make public, a report setting out

(a) its recommendation as to whether or not the certificate should be issued for all or any portion of the pipeline, taking into account whether the pipeline is and will be required by the present and future public convenience and necessity, and the reasons for that recommendation; and

(b) regardless of the recommendation that the Board makes, all the terms and conditions that it considers necessary or desirable in the public interest to which the certificate will be subject if the Governor in Council

## F. Dispositif proposé

[773] Pour ces motifs, je rejetterais les demandes de contrôle judiciaire du rapport de l'Office dans les dossiers A-232-16, A-225-16, A-224-16, A-217-16, A-223-16 et A-218-16.

[774] J'accueillerais les demandes de contrôle judiciaire du décret C.P. 2016-1069 dans les dossiers A-78-17, A-75-17, A-77-17, A-76-17, A-86-17, A-74-17, A-68-17 et A-84-17, j'annulerais le décret et renverrais l'affaire au gouverneur en conseil pour qu'il prenne rapidement une nouvelle décision.

[775] La question des dépens sera tranchée ultérieurement. Si les parties sont incapables de s'entendre sur le montant des dépens, elles sont autorisées à présenter des observations par écrit, d'au plus cinq pages.

[776] Nous remercions les avocats et avocates de leur concours.

LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE WOODS, J.C.A. : Je suis d'accord.

## ANNEXE

*Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7

**Rapport de l'Office**

**52 (1)** S'il estime qu'une demande de certificat visant un pipeline est complète, l'Office établit et présente au ministre un rapport, qu'il doit rendre public, où figurent :

a) sa recommandation motivée à savoir si le certificat devrait être délivré ou non relativement à tout ou partie du pipeline, compte tenu du caractère d'utilité publique, tant pour le présent que pour le futur, du pipeline;

b) quelle que soit sa recommandation, toutes les conditions qu'il estime utiles, dans l'intérêt public, de rattacher au certificat si le gouverneur en conseil donne instruction à l'Office de le délivrer, notamment des

were to direct the Board to issue the certificate, including terms or conditions relating to when the certificate or portions or provisions of it are to come into force.

#### Factors to consider

(2) In making its recommendation, the Board shall have regard to all considerations that appear to it to be directly related to the pipeline and to be relevant, and may have regard to the following:

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

#### Environmental assessment

(3) If the application relates to a designated project within the meaning of section 2 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the report must also set out the Board's environmental assessment prepared under that Act in respect of that project.

#### Time limit

(4) The report must be submitted to the Minister within the time limit specified by the Chairperson. The specified time limit must be no longer than 15 months after the day on which the applicant has, in the Board's opinion, provided a complete application. The Board shall make the time limit public.

#### Excluded period

(5) If the Board requires the applicant to provide information or undertake a study with respect to the pipeline and the Board, with the Chairperson's approval, states publicly that this subsection applies, the period that is taken by the applicant to comply with the requirement is not included in the calculation of the time limit.

conditions quant à la prise d'effet de tout ou partie du certificat.

#### Facteurs à considérer

(2) En faisant sa recommandation, l'Office tient compte de tous les facteurs qu'il estime directement liés au pipeline et pertinents, et peut tenir compte de ce qui suit :

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

#### Évaluation environnementale

(3) Si la demande vise un projet désigné au sens de l'article 2 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, le rapport contient aussi l'évaluation environnementale de ce projet établi par l'Office sous le régime de cette loi.

#### Délai

(4) Le rapport est présenté dans le délai fixé par le président. Ce délai ne peut excéder quinze mois suivant la date où le demandeur a, de l'avis de l'Office, complété la demande. Le délai est rendu public par l'Office.

#### Période exclue du délai

(5) Si l'Office exige du demandeur, relativement au pipeline, la communication de renseignements ou la réalisation d'études et déclare publiquement, avec l'approbation du président, que le présent paragraphe s'applique, la période prise par le demandeur pour remplir l'exigence n'est pas comprise dans le calcul du délai.

**Public notice of excluded period**

(6) The Board shall make public the dates of the beginning and ending of the period referred to in subsection (5) as soon as each of them is known.

**Extension**

(7) The Minister may, by order, extend the time limit by a maximum of three months. The Governor in Council may, on the recommendation of the Minister, by order, further extend the time limit by any additional period or periods of time.

**Minister's directives**

(8) To ensure that the report is prepared and submitted in a timely manner, the Minister may, by order, issue a directive to the Chairperson that requires the Chairperson to

(a) specify under subsection (4) a time limit that is the same as the one specified by the Minister in the order;

(b) issue a directive under subsection 6(2.1), or take any measure under subsection 6(2.2), that is set out in the order; or

(c) issue a directive under subsection 6(2.1) that addresses a matter set out in the order.

**Order binding**

(9) Orders made under subsection (7) are binding on the Board and those made under subsection (8) are binding on the Chairperson.

**Publication**

(10) A copy of each order made under subsection (8) must be published in the *Canada Gazette* within 15 days after it is made.

**Report is final and conclusive**

(11) Subject to sections 53 and 54, the Board's report is final and conclusive.

**Order to reconsider**

**53 (1)** After the Board has submitted its report under section 52, the Governor in Council may, by order, refer the recommendation, or any of the terms and conditions, set out in the report back to the Board for reconsideration.

**Avis publics – période exclue**

(6) L'Office rend publiques, sans délai, la date où commence la période visée au paragraphe (5) et celle où elle se termine.

**Prorogations**

(7) Le ministre peut, par arrêté, proroger le délai pour un maximum de trois mois. Le gouverneur en conseil peut, par décret pris sur la recommandation du ministre, accorder une ou plusieurs prorogations supplémentaires.

**Instructions du ministre**

(8) Afin que le rapport soit établi et présenté en temps opportun, le ministre peut, par arrêté, donner au président instruction :

a) de fixer, en vertu du paragraphe (4), un délai identique à celui indiqué dans l'arrêté;

b) de donner, en vertu du paragraphe 6(2.1), les instructions qui figurent dans l'arrêté, ou de prendre, en vertu du paragraphe 6(2.2), les mesures qui figurent dans l'arrêté;

c) de donner, en vertu du paragraphe 6(2.1), des instructions portant sur une question précisée dans l'arrêté.

**Caractère obligatoire**

(9) Les décrets et arrêtés pris en vertu du paragraphe (7) lient l'Office et les arrêtés pris en vertu du paragraphe (8) lient le président.

**Publication**

(10) Une copie de l'arrêté pris en vertu du paragraphe (8) est publiée dans la *Gazette du Canada* dans les quinze jours de sa prise.

**Caractère définitif**

(11) Sous réserve des articles 53 et 54, le rapport de l'Office est définitif et sans appel.

**Décret ordonnant un réexamen**

**53 (1)** Une fois que l'Office a présenté son rapport en vertu de l'article 52, le gouverneur en conseil peut, par décret, renvoyer la recommandation ou toute condition figurant au rapport à l'Office pour réexamen.

**Factors and time limit**

(2) The order may direct the Board to conduct the reconsideration taking into account any factor specified in the order and it may specify a time limit within which the Board shall complete its reconsideration.

...

**Order regarding issuance or non-issuance**

**54 (1)** After the Board has submitted its report under section 52 or 53, the Governor in Council may, by order,

(a) direct the Board to issue a certificate in respect of the pipeline or any part of it and to make the certificate subject to the terms and conditions set out in the report; or

(b) direct the Board to dismiss the application for a certificate.

**Reasons**

(2) The order must set out the reasons for making the order.

**Time limit**

(3) The order must be made within three months after the Board's report under section 52 is submitted to the Minister. The Governor in Council may, on the recommendation of the Minister, by order, extend that time limit by any additional period or periods of time. If the Governor in Council makes an order under subsection 53(1) or (9), the period that is taken by the Board to complete its reconsideration and to report to the Minister is not to be included in the calculation of the time limit.

**Order is final and conclusive**

(4) Every order made under subsection (1) or (3) is final and conclusive and is binding on the Board.

**Obligation of Board**

(5) The Board shall comply with the order made under subsection (1) within seven days after the day on which it is made.

**Facteurs et délais**

(2) Le décret peut préciser tout facteur dont l'Office doit tenir compte dans le cadre du réexamen ainsi que le délai pour l'effectuer.

[...]

**Décret concernant la délivrance du certificat**

**54 (1)** Une fois que l'Office a présenté son rapport en application des articles 52 ou 53, le gouverneur en conseil peut, par décret :

a) donner à l'Office instruction de délivrer un certificat à l'égard du pipeline ou d'une partie de celui-ci et de l'assortir des conditions figurant dans le rapport;

b) donner à l'Office instruction de rejeter la demande de certificat.

**Motifs**

(2) Le gouverneur en conseil énonce, dans le décret, les motifs de celui-ci.

**Délais**

(3) Le décret est pris dans les trois mois suivant la remise, au titre de l'article 52, du rapport au ministre. Le gouverneur en conseil peut, par décret pris sur la recommandation du ministre, proroger ce délai une ou plusieurs fois. Dans le cas où le gouverneur en conseil prend un décret en vertu des paragraphes 53(1) ou (9), la période que prend l'Office pour effectuer le réexamen et faire rapport n'est pas comprise dans le calcul du délai imposé pour prendre le décret.

**Caractère définitif**

(4) Les décrets pris en vertu des paragraphes (1) ou (3) sont définitifs et sans appel et lient l'Office.

**Obligation de l'Office**

(5) L'Office est tenu de se conformer au décret pris en vertu du paragraphe (1) dans les sept jours suivant sa prise.

**Publication**

(6) A copy of the order made under subsection (1) must be published in the *Canada Gazette* within 15 days after it is made.

*Canadian Environmental Assessment Act*, 2012, S.C. 2012, c. 19, s. 52

**Definitions**

2 (1) ...

*designated project* means one or more physical activities that

- (a) are carried out in Canada or on federal lands;
- (b) are designated by regulations made under paragraph 84(a) or designated in an order made by the Minister under subsection 14(2); and
- (c) are linked to the same federal authority as specified in those regulations or that order.

It includes any physical activity that is incidental to those physical activities. (*projet désigné*)

...

**Environmental effects**

5 (1) For the purposes of this Act, the environmental effects that are to be taken into account in relation to an act or thing, a physical activity, a designated project or a project are

- (a) a change that may be caused to the following components of the environment that are within the legislative authority of Parliament:
  - (i) fish and fish habitat as defined in subsection 2(1) of the *Fisheries Act*,
  - (ii) aquatic species as defined in subsection 2(1) of the *Species at Risk Act*,
  - (iii) migratory birds as defined in subsection 2(1) of the *Migratory Birds Convention Act, 1994*, and
  - (iv) any other component of the environment that is set out in Schedule 2;

**Publication**

(6) Une copie du décret pris en vertu du paragraphe (1) est publiée dans la *Gazette du Canada* dans les quinze jours de sa prise.

*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, ch. 19, art. 52

**Définitions**

2 (1) [...]

*projet désigné* Une ou plusieurs activités concrètes :

- a) exercées au Canada ou sur un territoire domanial;
- b) désignées soit par règlement pris en vertu de l'alinéa 84a), soit par arrêté pris par le ministre en vertu du paragraphe 14(2);
- c) liées à la même autorité fédérale selon ce qui est précisé dans ce règlement ou cet arrêté.

Sont comprises les activités concrètes qui leur sont accessoires. (*designated project*)

[...]

**Effets environnementaux**

5 (1) Pour l'application de la présente loi, les effets environnementaux qui sont en cause à l'égard d'une mesure, d'une activité concrète, d'un projet désigné ou d'un projet sont les suivants :

- a) les changements qui risquent d'être causés aux composantes ci-après de l'environnement qui relèvent de la compétence législative du Parlement :
  - (i) les poissons et leur habitat, au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les pêches*,
  - (ii) les espèces aquatiques au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les espèces en péril*,
  - (iii) les oiseaux migrateurs au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*,
  - (iv) toute autre composante de l'environnement mentionnée à l'annexe 2;



**(b)** a change that may be caused 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 where the physical activity, the designated project or the project is being carried out, or

**(iii)** outside Canada; and

**(c)** with respect to aboriginal peoples, an effect occurring in Canada of any change that may be caused to the environment on

**(i)** health and socio-economic conditions,

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

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

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

...

#### Factors

**19 (1)** The environmental assessment of a designated project must take into account the following factors:

**(a)** the environmental effects of the designated project, including the environmental effects of malfunctions or accidents that may occur in connection with the designated project and any cumulative environmental effects that are likely to result from the designated project in combination with other physical activities that have been or will be carried out;

**(b)** the significance of the effects referred to in paragraph (a);

**(c)** comments from the public — or, with respect to a designated project that requires that a certificate be issued in accordance with an order made under section 54 of the *National Energy Board Act*, any interested party — that are received in accordance with this Act;

**(d)** mitigation measures that are technically and economically feasible and that would mitigate any

**b)** les changements qui risquent d'être causés à l'environnement, selon le cas :

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

**(ii)** dans une province autre que celle dans laquelle la mesure est prise, l'activité est exercée ou le projet désigné ou le projet est réalisé,

**(iii)** à l'étranger;

**c)** s'agissant des peuples autochtones, les répercussions au Canada des changements qui risquent d'être causés à l'environnement, selon le cas :

**(i)** en matière sanitaire et socio-économique,

**(ii)** sur le patrimoine naturel et le patrimoine culturel,

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

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

[...]

#### Éléments

**19 (1)** L'évaluation environnementale d'un projet désigné prend en compte les éléments suivants :

**a)** les effets environnementaux du projet, y compris ceux causés par les accidents ou défaillances pouvant en résulter, et les effets cumulatifs que sa réalisation, combinée à celle d'autres activités concrètes, passées ou futures, est susceptible de causer à l'environnement;

**b)** l'importance des effets visés à l'alinéa a);

**c)** les observations du public — ou, s'agissant d'un projet dont la réalisation requiert la délivrance d'un certificat au titre d'un décret pris en vertu de l'article 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, des parties intéressées — reçues conformément à la présente loi;

**d)** les mesures d'atténuation réalisables, sur les plans technique et économique, des effets environnementaux négatifs importants du projet;

significant adverse environmental effects of the designated project;

(e) the requirements of the follow-up program in respect of the designated project;

(f) the purpose of the designated project;

(g) alternative means of carrying out the designated project that are technically and economically feasible and the environmental effects of any such alternative means;

(h) any change to the designated project that may be caused by the environment;

(i) the results of any relevant study conducted by a committee established under section 73 or 74; and

(j) any other matter relevant to the environmental assessment that the responsible authority, or — if the environmental assessment is referred to a review panel — the Minister, requires to be taken into account.

...

#### Recommendations in environmental assessment report

**29 (1)** If the carrying out of a designated project requires that a certificate be issued in accordance with an order made under section 54 of the *National Energy Board Act*, the responsible authority with respect to the designated project must ensure that the report concerning the environmental assessment of the designated project sets out

(a) its recommendation with respect to the decision that may be made under paragraph 31(1)(a) in relation to the designated project, taking into account the implementation of any mitigation measures that it set out in the report; and

(b) its recommendation with respect to the follow-up program that is to be implemented in respect of the designated project.

...

#### Governor in Council's decision

**31 (1)** After the responsible authority with respect to a designated project has submitted its report with respect to the environmental assessment or its reconsideration report under section 29 or 30, the Governor in Council may, by

e) les exigences du programme de suivi du projet;

f) les raisons d'être du projet;

g) les solutions de rechange réalisables sur les plans technique et économique, et leurs effets environnementaux;

h) les changements susceptibles d'être apportés au projet du fait de l'environnement;

i) les résultats de toute étude pertinente effectuée par un comité constitué au titre des articles 73 ou 74;

j) tout autre élément utile à l'évaluation environnementale dont l'autorité responsable ou, s'il renvoie l'évaluation environnementale pour examen par une commission, le ministre peut exiger la prise en compte.

[...]

#### Recommendations dans le rapport d'évaluation environnementale

**29 (1)** Si la réalisation d'un projet désigné requiert la délivrance d'un certificat au titre d'un décret pris en vertu de l'article 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, l'autorité responsable à l'égard du projet veille à ce que figure dans le rapport d'évaluation environnementale relatif au projet :

a) sa recommandation quant à la décision pouvant être prise au titre de l'alinéa 31(1)a) relativement au projet, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation qu'elle précise dans le rapport;

b) sa recommandation quant au programme de suivi devant être mis en oeuvre relativement au projet.

[...]

#### Décisions du gouverneur en conseil

**31 (1)** Une fois que l'autorité responsable à l'égard d'un projet désigné a présenté son rapport d'évaluation environnementale ou son rapport de réexamen en application des articles 29 ou 30, le gouverneur en conseil peut, par

order made under subsection 54(1) of the *National Energy Board Act*

**(a)** decide, taking into account the implementation of any mitigation measures specified in the report with respect to the environmental assessment or in the reconsideration report, if there is one, that the designated project

**(i)** is not likely to cause significant adverse environmental effects,

**(ii)** is likely to cause significant adverse environmental effects that can be justified in the circumstances, or

**(iii)** is likely to cause significant adverse environmental effects that cannot be justified in the circumstances; and

**(b)** direct the responsible authority to issue a decision statement to the proponent of the designated project that

**(i)** informs the proponent of the decision made under paragraph (a) with respect to the designated project and,

**(ii)** if the decision is referred to in subparagraph (a)(i) or (ii), sets out conditions — which are the implementation of the mitigation measures and the follow-up program set out in the report with respect to the environmental assessment or the reconsideration report, if there is one — that must be complied with by the proponent in relation to the designated project.

*Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29

**Licences, permits, etc., under other Acts of Parliament**

**77 (1)** Despite any other Act of Parliament, any person or body, other than a competent minister, authorized under any Act of Parliament, other than this Act, to issue or approve a licence, a permit or any other authorization that authorizes an activity that may result in the destruction of any part of the critical habitat of a listed wildlife species may enter into, issue, approve or make the authorization only if the person or body has consulted with the competent minister, has considered the impact on the species' critical habitat and is of the opinion that

**(a)** all reasonable alternatives to the activity that would reduce the impact on the species' critical habitat have

décret pris en vertu du paragraphe 54(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* :

**a)** décider, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation précisées dans le rapport d'évaluation environnementale ou, s'il y en a un, le rapport de réexamen, que la réalisation du projet, selon le cas :

**(i)** n'est pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants,

**(ii)** est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants qui sont justifiables dans les circonstances,

**(iii)** est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants qui ne sont pas justifiables dans les circonstances;

**b)** donner à l'autorité responsable instruction de faire une déclaration qu'elle remet au promoteur du projet dans laquelle :

**(i)** elle donne avis de la décision prise par le gouverneur en conseil en vertu de l'alinéa a) relativement au projet,

**(ii)** si cette décision est celle visée aux sous-alinéas a)(i) ou (ii), elle énonce les conditions que le promoteur est tenu de respecter relativement au projet, à savoir la mise en œuvre des mesures d'atténuation et du programme de suivi précisés dans le rapport d'évaluation environnementale ou, s'il y en a un, le rapport de réexamen.

*Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29

**Permis prévus par une autre loi fédérale**

**77 (1)** Malgré toute autre loi fédérale, toute personne ou tout organisme, autre qu'un ministre compétent, habilité par une loi fédérale, à l'exception de la présente loi, à délivrer un permis ou une autre autorisation, ou à y donner son agrément, visant la mise à exécution d'une activité susceptible d'entraîner la destruction d'un élément de l'habitat essentiel d'une espèce sauvage inscrite ne peut le faire que s'il a consulté le ministre compétent, s'il a envisagé les conséquences négatives de l'activité pour l'habitat essentiel de l'espèce et s'il estime, à la fois :

**a)** que toutes les solutions de rechange susceptibles de minimiser les conséquences négatives de l'activité pour

been considered and the best solution has been adopted;  
and

(b) all feasible measures will be taken to minimize the impact of the activity on the species' critical habitat.

#### Non-application

(1.1) Subsection (1) does not apply to the National Energy Board when it issues a certificate under an order made under subsection 54(1) of the *National Energy Board Act*.

#### Application of section 58

(2) For greater certainty, section 58 applies even though a licence, a permit or any other authorization has been issued in accordance with subsection (1).

...

#### Notification of Minister

79 (1) Every person who is required by or under an Act of Parliament to ensure that an assessment of the environmental effects of a project is conducted, and every authority who makes a determination under paragraph 67(a) or (b) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* in relation to a project, must, without delay, notify the competent minister or ministers in writing of the project if it is likely to affect a listed wildlife species or its critical habitat.

#### Required action

(2) The person must identify the adverse effects of the project on the listed wildlife species and its critical habitat and, if the project is carried out, must ensure that measures are taken to avoid or lessen those effects and to monitor them. The measures must be taken in a way that is consistent with any applicable recovery strategy and action plans.

#### Definitions

(3) The following definitions apply in this section.

*person* includes an association, an organization, a federal authority as defined in subsection 2(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, and any body that is set out in Schedule 3 to that Act. (*personne*)

l'habitat essentiel de l'espèce ont été envisagées, et la meilleure solution retenue;

b) que toutes les mesures possibles seront prises afin de minimiser les conséquences négatives de l'activité pour l'habitat essentiel de l'espèce.

#### Non-application

(1.1) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'Office national de l'énergie lorsqu'il délivre un certificat conformément à un décret pris en vertu du paragraphe 54(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*.

#### Application de l'interdiction

(2) Il est entendu que l'article 58 s'applique même si l'autorisation a été délivrée ou l'agrément a été donné en conformité avec le paragraphe (1).

[...]

#### Notification du ministre

79 (1) Toute personne qui est tenue, sous le régime d'une loi fédérale, de veiller à ce qu'il soit procédé à l'évaluation des effets environnementaux d'un projet et toute autorité qui prend une décision au titre des alinéas 67a) ou b) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* relativement à un projet notifiant sans tarder le projet à tout ministre compétent s'il est susceptible de toucher une espèce sauvage inscrite ou son habitat essentiel.

#### Réalisation excomptées

(2) La personne détermine les effets nocifs du projet sur l'espèce et son habitat essentiel et, si le projet est réalisé, veille à ce que des mesures compatibles avec tout programme de rétablissement et tout plan d'action applicable soient prises en vue de les éviter ou de les amoindrir et les surveiller.

#### Définitions

(3) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

*personne* S'entend notamment d'une association de personnes, d'une organisation, d'une autorité fédérale au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* et de tout organisme mentionné à l'annexe 3 de cette loi. (*person*)

**project** means

- (a) a designated project as defined in subsection 2(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* or a project as defined in section 66 of that Act;
- (b) a project as defined in subsection 2(1) of the *Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Act*; or
- (c) a development as defined in subsection 111(1) of the *Mackenzie Valley Resource Management Act*. (*projet*)

**projet**

- a) Projet désigné au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* ou projet au sens de l'article 66 de cette loi;
- b) projet de développement au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'évaluation environnementale et socio-économique au Yukon*;
- c) projet de développement au sens du paragraphe 111(1) de la *Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie*. (**project**)

A-78-16  
2017 FCA 201

A-78-16  
2017 CAF 201

**Apotex Inc.** (*Appellant*)

**Apotex Inc.** (*appelante*)

v.

c.

**Pfizer Inc., Pharmacia Aktiebolag and Pfizer Canada Inc.** (*Respondents*)

**Pfizer Inc., Pharmacia Aktiebolag et Pfizer Canada Inc.** (*intimées*)

*INDEXED AS: APOTEX INC. v. PFIZER INC.*

*RÉPERTORIÉ : APOTEX INC. c. PFIZER INC.*

Federal Court of Appeal, Gauthier, Stratas and Boivin J.J.A.—Toronto, February 22; Ottawa, October 2, 2017.

Cour d'appel fédérale, juges Gauthier, Stratas et Boivin, J.C.A.—Toronto, 22 février; Ottawa, 2 octobre 2017.

*Patents — Infringement — Appeal from Federal Court decision dismissing appellant's motion for partial summary judgment — Appellant contending that respondents' failure to pay proper application fee for issuance of Canadian Patent No. 1339132 ('132 patent) invalidating '132 patent but Federal Court disagreeing — When application that resulted in issuance of '132 patent filed, patent applicant not claiming small entity status — Applicable fee payable as large entity for \$300 submitted — All fees paid on basis applicant large entity — However, final fee payable was \$700 for applications filed by large entities before October 1, 1989 — In present case, additional \$50 paid to Patent Office on incorrect assumption that payment corrected previous payment error — Thereafter, '132 patent issued — Payment errors never corrected within deadline after Patent Act, s. 78.6(1) coming into force — Ultimately, proper application fee never paid; Federal Court so finding — Motion for summary judgment arising in related proceeding appellant instituting to claim damages resulting from delay in obtaining notice of compliance for product allegedly infringing '132 patent — Whether Federal Court erring when it found that failure to pay proper application fee not invalidating '132 patent; whether appellant could rely on 1989 Act, s. 73(1) as fact or default thereunder that rendered '132 patent void pursuant to 1989 Act, s. 59 — Federal Court adopting incorrect approach in interpreting 1989 Act, s. 73 but error not meaning judgment wrong in law — 1989 Act, s. 73(1) not expressly dealing with impact on patent issued — Object of 1989 Act, s. 73(1) to provide tool for Commissioner of Patents to collect fees — Appellant arguing that 1989 Act, s. 59 rendering '132 patent void — Appellant's simple, literal approach to s. 59 in particular would lead to absurd results, disregarded scheme, object of Act — Defects in pre-patent issuance process not coming within ambit of provisions dealing expressly with voidance of patent, like 1989 Act, s. 53, cannot be relied upon by alleged infringer to render patent void — Since 1869, Parliament using precise wording when intending*

*Brevets — Contrefaçon — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la requête en jugement sommaire partiel de l'appelante — L'appelante a soutenu que le défaut des intimées de s'acquitter des bonnes taxes réglementaires applicables à la délivrance du brevet canadien n° 1339132 (le brevet '132) a eu pour effet d'invalider ce dernier, mais la Cour fédérale n'a pas souscrit à cet avis — Lorsque la demande qui a finalement abouti à la délivrance du brevet '132 a été déposée, la demanderesse n'a pas déclaré être une petite entité — Le paiement des taxes de 300 \$ qui s'appliquaient aux grandes entités a été remis — Toutes les taxes ont été acquittées sur le fondement que la demanderesse était une grande entité — Or, le montant de la taxe finale à payer à l'égard des demandes déposées par les grandes entités avant le 1<sup>er</sup> octobre 1989 était de 700 \$ — Dans la présente affaire, un paiement complémentaire de 50 \$ a été fait au Bureau des brevets sur le fondement de la conviction erronée que ce paiement remédiait à l'erreur de paiement antérieure — Le brevet '132 a ensuite été délivré — Les erreurs de paiement n'ont jamais été corrigées avant la date limite après l'entrée en vigueur de l'art. 78.6(1) de la Loi sur les brevets — Par conséquent, la taxe correcte applicable à la demande n'a jamais été acquittée, comme l'a conclu la Cour fédérale — La requête en jugement sommaire partiel a été présentée dans le contexte d'une instance introduite par l'appelante pour demander que des dommages-intérêts lui soient versés, car la délivrance d'un avis de conformité à l'égard d'un produit qui, affirmait-on, contrefaisait le brevet '132, avait tardé — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a conclu à tort que le défaut d'acquitter correctement la taxe applicable à la demande n'invalidait pas le brevet '132, et si l'appelante pouvait invoquer la situation prévue à l'art. 73(1) de la Loi de 1989 comme fait ou manquement qui a rendu le brevet nul en vertu de l'art. 59 de la même loi — La Cour fédérale a interprété erronément l'art. 73 de la Loi de 1989, mais cette erreur ne signifiait pas que son jugement était erroné en droit — L'art. 73(1) de la Loi de 1989 n'aborde pas de manière*



*to deal with matters that could void patent — Defences to actions for infringement not based on administrative law principles but on patent law — This is law to which s. 59 referring to — Fact alleged infringer can raise certain defences not changing nature of proceeding — Federal Court properly concluding that appellant could not rely on 1989 Act, s. 73 to void '132 patent — Act in question not act or default that came within ambit of 1989 Act, s. 59 — Appeal dismissed.*

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellant's motion for partial summary judgment. The appellant contended that the respondents' failure to pay the proper application fee for the issuance of Canadian Patent No. 1339132 (the '132 patent) invalidated the '132 patent. The Federal Court disagreed. The main issue was the interpretation of various provisions of the *Patent Act* as it existed on September 30, 1989 (the 1989 Act), which applied given the time of the application for the patent and its issuance.

On September 12, 1989, the application that ultimately resulted in the issuance of the '132 patent was filed. At the time, the applicant did not claim small entity status. The then applicable fee payable as a large entity in the amount of \$300 was submitted. Except for the final fee to be paid once the notice of allowance was issued, all the prescribed fees relating to the '132 patent were paid on the basis that the applicant was a large entity as per the relevant *Patent Rules*. After receiving the notice of allowance in November 1996, a fee of \$300 was paid, which was an error. The final fee payable was \$700 for applications filed by large entities prior to October 1, 1989. Then, in 1997, an additional \$50 was paid to the Patent Office on the erroneous belief that this payment corrected the previous payment error. The Patent Office accepted the \$350 fee as full payment and the '132 patent was issued on July 29, 1997. After subsection 78.6(1) of the *Patent Act* came into force on February 1, 2006, patentees had 12 months to correct

*expresse son effet sur un brevet délivré — Cette disposition se voulait un outil de perception des taxes pour le commissaire aux brevets — L'appelante a fait valoir que l'art. 59 de la Loi de 1989 entraînait la nullité du brevet '132 — L'approche simple et littérale à l'interprétation de l'art. 59 préconisée par l'appelante mènerait à un résultat absurde et faisait abstraction de l'esprit et de l'objet de la loi — Les défauts survenus dans le processus préalable à la délivrance d'un brevet qui ne tombent pas sous le coup des dispositions qui visent expressément l'annulation d'un brevet, comme l'art. 53 de la Loi de 1989, ne peuvent être invoqués par un contrefacteur présumé pour faire déclarer nul un brevet — Depuis 1869, le législateur emploie des termes précis lorsqu'il veut traiter de situations susceptibles d'entraîner la nullité d'un brevet — Les moyens de défense opposables aux actions en contrefaçon ne sont pas fondés sur les principes de droit administratif; ils sont fondés sur le droit des brevets — C'est le droit auquel renvoie l'art. 59 — Que le contrefacteur présumé puisse invoquer certains moyens de défense ne change pas la nature de l'instance — La Cour fédérale a conclu à bon droit que l'appelante ne pouvait pas invoquer l'art. 73 de la Loi de 1989 pour faire annuler le brevet '132 — La situation qui y est prévue ne constituait pas un fait ou manquement qui tombe sous le coup de l'art. 59 de la Loi de 1989 — Appel rejeté.*

Il s'agissait de l'appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la requête en jugement sommaire partiel de l'appelante. L'appelante a soutenu que le défaut des intimées d'acquitter les bonnes taxes réglementaires applicables à la délivrance du brevet canadien n° 1339132 (le brevet '132) a eu pour effet d'invalider ce dernier. La Cour fédérale n'a pas souscrit à cet avis. La principale question concernait l'interprétation de diverses dispositions de la *Loi sur les brevets* telle qu'elle existait le 30 septembre 1989 (la Loi de 1989), et qui s'appliquait vu le moment où la demande a été présentée et celui où le brevet a été délivré.

Le 12 septembre 1989, la demande qui a finalement abouti à la délivrance du brevet '132 a été déposée. La demanderesse n'a pas alors déclaré être une petite entité. Le paiement des taxes de 300 \$ qui s'appliquaient alors aux grandes entités a été remis. Toutes les taxes réglementaires relatives au brevet '132, à l'exception de la taxe finale à payer après la délivrance de l'avis d'acceptation, ont été acquittées sur le fondement que la demanderesse était une grande entité au sens des *Règles sur les brevets* applicables. Une taxe de 300 \$ a été acquittée après réception de l'avis d'acceptation au mois de novembre 1996. C'était une erreur. Le montant de la taxe finale à payer à l'égard des demandes déposées par les grandes entités avant le 1<sup>er</sup> octobre 1989 était de 700 \$. Ensuite, en 1997, un paiement complémentaire de 50 \$ a été fait au Bureau des brevets sur le fondement de la conviction erronée que ce paiement remédiait à l'erreur de paiement antérieure. Le Bureau des brevets a accepté la taxe de 350 \$ comme paiement intégral

past payment errors but these errors were not corrected by the deadline. The Patent Office acknowledged receipt of payment from the patent agent as a large entity and the record was amended to indicate this status. In the end result, the proper application fee payable back in 1997 was never paid and the Federal Court so found.

The motion for partial summary judgment before the Federal Court arose in the context of a proceeding under section 8 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* instituted by the appellant to claim damages resulting from the delay in obtaining its notice of compliance for a product which allegedly infringed the '132 patent. In response to the said section 8 proceedings, the respondents alleged, among other things, that the appellant had been infringing the '132 patent.

The appellant contended, *inter alia*, that since the proper application fee had not been paid in full, as a matter of law under subsection 73(1) of the 1989 Act, the application was forfeited as of May 19, 1997.

The issues were whether or not the Federal Court erred when it found that the failure to pay the proper application fee did not invalidate the '132 patent and whether the appellant could rely on subsection 73(1) in the 1989 Act as a fact or default thereunder that rendered the patent void pursuant to section 59 in the 1989 Act.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The Federal Court adopted an incorrect approach in its interpretation of section 73 of the 1989 Act. It referred to a later version of section 73 of the *Patent Act* and to the *Patent Rules*. However, this error did not mean that its judgment was wrong in law.

Subsection 73(1) of the 1989 Act does not expressly deal with its impact on a patent issued, especially when it results from inadvertent mutual mistakes. The object of subsection 73(1) of the 1989 Act was to provide a tool for the Commissioner of Patents to collect fees. The appellant argued in particular that in this case there was a fact or default as stated in section 59 of the 1989 Act that rendered the '132 patent void. The appellant's simple and literal approach to section 59 in particular would lead to absurd results and disregarded the scheme and object of the Act. As determined by previous case law, defects in the pre-patent issuance

et le brevet '132 a été délivré le 29 juillet 1997. Après l'entrée en vigueur du paragraphe 78.6(1) de la *Loi sur les brevets* le 1<sup>er</sup> février 2006, les brevetés disposaient de 12 mois pour corriger les erreurs de paiement antérieures. Or, ces erreurs n'ont pas été corrigées avant la date limite. Le Bureau des brevets a accusé réception du paiement fait par l'agent des brevets au titre d'une grande entité et les dossiers ont été modifiés en conséquence. Par conséquent, la taxe correcte applicable à la demande en 1997 n'a jamais été acquittée, comme l'a conclu la Cour fédérale.

La requête en jugement sommaire partiel a été présentée à la Cour fédérale dans le contexte d'une instance introduite par l'appelante en application de l'article 8 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, pour demander que des dommages-intérêts lui soient versés, car la délivrance d'un avis de conformité à l'égard d'un produit qui, affirmait-on, contrefaisait le brevet '132, avait tardé. En réponse à cette instance fondée sur l'article 8, les intimées ont fait valoir notamment que l'appelante contrefaisait le brevet '132.

L'appelante a soutenu notamment que, étant donné que la taxe applicable à la demande n'avait pas été payée intégralement, la demande était frappée de déchéance à compter du 19 mai 1997, par application du paragraphe 73(1) de la Loi de 1989.

Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a conclu à tort que le défaut d'acquitter correctement la taxe applicable à la demande n'invalide pas le brevet '132, et si l'appelante pouvait invoquer la situation prévue au paragraphe 73(1) de la Loi de 1989 comme fait ou manquement qui a rendu le brevet nul en vertu de l'article 59 de la même loi.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

La Cour fédérale a interprété erronément l'article 73 de la Loi de 1989. Elle a renvoyé à une version ultérieure de l'article 73 de la *Loi sur les brevets* et aux *Règles sur les brevets*. Cette erreur ne signifiait toutefois pas que son jugement était erroné en droit.

Le paragraphe 73(1) de la Loi de 1989 n'aborde pas de manière expresse son effet sur un brevet délivré, particulièrement dans le cas d'erreurs non intentionnelles de part et d'autre. Cette disposition se voulait un outil de perception des taxes pour le commissaire aux brevets. L'appelante a fait valoir plus particulièrement dans cette affaire qu'il y avait un fait ou manquement qui, d'après l'article 59 de la Loi de 1989, entraînait la nullité du brevet '132. L'approche simple et littérale à l'interprétation de l'article 59 préconisée par l'appelante mènerait à un résultat absurde et faisait abstraction de l'esprit et de l'objet de la loi. Ainsi qu'il a été conclu dans les

process that do not come within the ambit of provisions dealing expressly with the voidance of a patent, like section 53 of the 1989 Act, cannot be relied upon by an alleged infringer to render a patent void.

There was no need to determine whether the word “forfeited” (in French “*périmée*”) in subsection 73(1) has the same meaning as the word “abandoned” (in French “*abandonnée*”) used in the various provisions of the 1989 Act. The events referred to in those provisions occur in the pre-patent issuance period and the legislator provided for an opportunity to reinstate or restore the application after its status (abandoned or forfeited) was changed by the operation of the law. Since 1869, Parliament has used precise wording when it intended to deal with matters that could void a patent. Defences to actions for infringement are not based on administrative law principles but are based on patent law. This is the law to which section 59 refers to. An action for infringement is a statutory right. The fact that the alleged infringer can raise certain defences does not change the nature of the proceeding. It is not a judicial review. It would be absurd in the overall context of the 1989 Act to construe section 59 as enabling an alleged infringer to void a patent say ten years later or even after its expiration, on the basis that the petitioner was a few pennies short. This is all the more so considering that the proposed interpretation of section 73 would have inconsistent and unfair consequences. Courts will apply the law, even if it leads to absurd results, but only if it is impossible to interpret it another way, which was not the case here. The Federal Court properly concluded that the appellant could not rely on section 73 of the 1989 Act to void the patent. It was not an act or default that came within the ambit of section 59 of the 1989 Act.

A final comment was made that, considering the importance of patents nowadays and the importance given to intellectual property law in trade treaties, courts should obviously be careful before adopting an interpretation that would put Canada at odds with its trading partners. The purposive interpretation of the 1989 Act provided did not require the addition or the recognition of the new grounds of invalidity that the appellant’s view respecting sections 27 and 59 of the 1989 Act would entail and that could be in direct conflict with those generally recognized in England, Europe and the United States.

décisions antérieures, les défauts survenus dans le processus préalable à la délivrance d’un brevet qui ne tombent pas sous le coup des dispositions qui visent expressément l’annulation d’un brevet, comme l’article 53 de la Loi de 1989, ne peuvent être invoqués par un contrefacteur présumé pour faire déclarer nul un brevet.

Il n’était pas nécessaire de décider si l’expression « frappée de déchéance » (en anglais « *forfeited* ») employée au paragraphe 73(1) a le même sens que le mot « abandonnée » (en anglais « *abandoned* ») qui figure dans d’autres dispositions de la Loi de 1989. Les faits mentionnés dans ces dispositions se produisent au cours de la période préalable à la délivrance d’un brevet, et le législateur a prévu la possibilité de rétablir la demande après un changement de son état (abandonnée ou frappée de déchéance) par l’effet de la loi. Depuis 1869, le législateur emploie des termes précis lorsqu’il veut traiter de situations susceptibles d’entraîner la nullité d’un brevet. Les moyens de défense opposables aux actions en contrefaçon ne sont toutefois pas fondés sur les principes de droit administratif; ils sont fondés sur le droit des brevets. C’est le droit auquel renvoie l’article 59. L’action en contrefaçon est un droit prévu par la loi. Que le contrefacteur présumé puisse invoquer certains moyens de défense ne change pas la nature de l’instance. Il ne s’agit pas d’un contrôle judiciaire. Il serait absurde, à la lumière du contexte général de la Loi de 1989, de donner à l’article 59 une interprétation qui permettrait à un contrefacteur présumé de faire annuler un brevet, disons, dix ans plus tard ou même après son expiration, au motif que le demandeur avait payé quelques cents en moins, d’autant plus que l’interprétation qu’il est proposé de donner à l’article 73 aurait des conséquences contradictoires et injustes. Les cours appliquent le droit, même si cela mène à des résultats absurdes, mais seulement s’il est impossible de l’interpréter autrement. Ce n’était pas le cas en l’espèce. La Cour fédérale a conclu à bon droit que l’appelante ne pouvait pas invoquer l’article 73 de la Loi de 1989 pour faire annuler le brevet. La situation qui y est prévue ne constituait pas un fait ou manquement qui tombe sous le coup de l’article 59 de la Loi de 1989.

Une dernière remarque a été formulée, à savoir que compte tenu de l’importance des brevets de nos jours et de celle accordée au droit de la propriété intellectuelle dans les accords commerciaux, les cours devraient évidemment faire preuve de prudence avant d’adopter une interprétation qui opposerait le Canada à ses partenaires commerciaux. L’interprétation téléologique de la Loi de 1989 ne nécessitait pas l’ajout ou la reconnaissance des nouveaux moyens d’invalidité que la thèse de l’appelante sur les articles 27 et 59 de la Loi de 1989 entraînerait et qui seraient incompatibles avec ceux qui sont généralement reconnus en Angleterre, en Europe et aux États-Unis.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*An Act respecting Patents of Invention*, S.C. 1869, c. 11, ss. 6, 23, 24, 26, 27, 29.  
*An Act to amend the Patent Act*, S.C. 2005, c. 18, s. 2.  
*Economic Action Plan 2014 Act, No. 2*, S.C. 2014, c. 39, s. 138.  
*Intellectual Property Law Improvement Act*, S.C. 1993, c. 15, s. 52.  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 45.  
*Patent Act*, R.S.C. 1906, c. 69, ss. 17, 34, 47.  
*Patent Act*, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 63(2).  
*Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4, s. 12(2), 27, 29, 30, 36(2),(3), 40, 46, 53, 54, 59, 61(1),(2), 73, 78.6.  
*Patent Act (The)*, S.C. 1923, c. 23, ss. 19, 43.  
*Patent Act, 1935 (The)*, S.C. 1935, c. 32, s. 41.  
*Patent Act, 1949* (U.K.), 12, 13 & 14 Geo. 6, c. 87, s. 32.  
*Patent Rules*, C.R.C., c. 1250, Sch. I, Form 1, Sch. II, Form 30.  
*Patent Rules*, SOR/96-423, Sch. I, Form 1, Sch. II.  
*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 8.

## CASES CITED

## FOLLOWED:

*Fada Radio Ltd. v. Canadian General Electric Co.*, [1927] S.C.R. 520, [1927] 3 D.L.R. 922 affg [1927] Ex. C.R. 107, [1927] 1 D.L.R. 1184.

## APPLIED:

*Corlac Inc. v. Weatherford Canada Ltd.*, 2011 FCA 228, 422 N.R. 49, leave to appeal to S.C.C. refused, [2012] 2 S.C.R. vii; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193.

## DISTINGUISHED:

*Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, 2003 FCA 121, [2003] 4 F.C. 67, leave to appeal to S.C.C. refused [2003] 3 S.C.R. vi; *Corlac Inc. v. Weatherford Canada Ltd.*, 2011 FCA 228, 422 N.R. 49, leave to appeal to S.C.C. refused, [2012] 2 S.C.R. vii (as to applicable version of statute).

## CONSIDERED:

*Procter & Gamble Co. v. Beecham Canada Ltd.* (1982), 40 N.R. 313, 61 C.P.R. (2d) 1 (F.C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [1982] 1 S.C.R. v; *Miller v. Canada*

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Acte concernant les Brevets d'Invention*, S.C. 1869, ch. 11, art. 6, 23, 24, 26, 27, 29.  
*Loi d'actualisation du droit de la propriété intellectuelle*, L.C. 1993, ch. 15, art. 52.  
*Loi de 1935 sur les brevets*, S.C. 1935, ch. 32, art. 41.  
*Loi d'Interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 45.  
*Loi des Brevets*, S.C. 1923, ch. 23, art. 19, 43.  
*Loi des brevets*, S.R.C. 1906, ch. 69, art. 17, 34, 47.  
*Loi modifiant la Loi sur les brevets*, L.C. 2005, ch. 18, art. 2.  
*Loi n° 2 sur le plan d'action économique de 2014*, L.C. 2014, ch. 39, art. 138.  
*Loi sur les brevets*, S.R.C. 1970, ch. P-4, art. 63(2).  
*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 12(2), 27, 29, 30, 36(2),(3), 40, 46, 53, 54, 59, 61(1),(2), 73, 78.6.  
*Patent Act, 1949* (R.-U.), 12, 13 & 14 Geo. 6, ch. 87, art. 32.  
*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 8.  
*Règles sur les brevets*, C.R.C., ch. 1250, ann. I, formule 1, ann. II, formule 30.  
*Règles sur les brevets*, DORS/96-423, ann. 1, formule 1, ann. II.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION SUIVIE :

*Fada Radio Ltd. v. Canadian General Electric Co.*, [1927] R.C.S. 520 confirmant [1927] R.C. de l'É. 107, [1927] 1 D.L.R. 1184.

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Corlac Inc. c. Weatherford Canada Ltd.*, 2011 CAF 228, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2012] 2 R.C.S. vii; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, 1998 CanLII 837.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2003 CAF 121, [2003] 4 C.F. 67, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2003] 3 R.C.S. vi; *Corlac Inc. c. Weatherford Canada Ltd.*, 2011 CAF 228, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2012] 2 R.C.S. vii (en ce qui concerne la version applicable de la loi).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Procter & Gamble Co. c. Beecham Canada Ltd.*, [1982] A.C.F. n° 10 (C.A.) (QL), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1982] 1 R.C.S. v; *Miller c. Canada*

(Attorney General), 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149, leave to appeal to S.C.C. refused, [2003] 1 S.C.R. xiv.

REFERRED TO:

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Lovell Manufacturing Co. and Maxwell Ltd. v. Beatty Bros. Ltd.* (1962), 41 C.P.R. 18 (Ex. Ct.); *Flexi-Coil Ltd. v. Bourgault Industries Ltd.* (1999), 237 N.R. 74, 86 C.P.R. (3d) 221 (F.C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [2000] 1 S.C.R. xi; *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, 2006 FCA 323, [2007] 3 F.C.R. 588, leave to appeal to S.C.C. refused, [2007] 1 S.C.R. v; *Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, 2001 FCT 879, [2002] 1 F.C. 325; *ATCO Gas & Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *2747-3174 Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, (1996), 140 D.L.R. (4th) 577; *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.*, 2009 FC 991, 80 C.P.R. (4th) 1, aff'd 2010 FCA 240, 90 C.P.R. (4th) 327, leave to appeal to S.C.C. refused, [2011] 2 S.C.R. v; *Bristol-Myers Co. (Johnson's) Application*, [1975] R.P.C. 127 (H.L.).

AUTHORS CITED

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham, Ont.: Lexis Nexis, 2014.

APPEAL from a Federal Court decision (2016 FC 136, [2017] 1 F.C.R. 3) dismissing the appellant's motion for partial summary judgment within a proceeding under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* instituted by the appellant to claim damages resulting from the delay in obtaining its notice of compliance for a product that allegedly infringed the respondents' patent. Appeal dismissed.

APPEARANCES

*Harry Radomski and Nando De Luca* for appellant.  
*Orestes Pasparakis, Jordana Sanft and David Yi* for respondents.

SOLICITORS OF RECORD

*Goodmans LLP*, Toronto, for appellant.  
*Norton Rose Fulbright Canada LLP*, Toronto, for respondents.

(Procureur général), 2002 CAF 370, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2003] 1 R.C.S. xiv.

DÉCISIONS CITÉES :

*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Lovell Manufacturing Co. and Maxwell Ltd. v. Beatty Bros. Ltd.* (1962), 41 C.P.R. 18 (C. de l'É.); *Flexi-Coil Ltd. c. Bourgault Industries Ltd.*, 1999 CanLII 7650 (C.A.F.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2000] 1 R.C.S. xi; *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, 2006 CAF 323, [2007] 3 R.C.F. 588, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2007] 1 R.C.S. v; *Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2001 CFPI 879, [2002] 1 C.F. 325; *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, 2009 CF 991, conf. par 2010 CAF 240, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2011] 2 R.C.S. v; *Bristol-Myers Co. (Johnson's) Application*, [1975] R.P.C. 127 (H.L.).

DOCTRINE CITÉE

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6<sup>e</sup> éd., Markham, Ont. : Lexis Nexis, 2014.

APPEL de la décision par laquelle la Cour fédérale (2016 CF 136, [2017] 1 R.C.F. 3) a rejeté la requête en jugement sommaire partiel de l'appelante dans le contexte d'une instance introduite par l'appelante sous le régime du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* pour demander que des dommages-intérêts lui soient versés, car la délivrance d'un avis de conformité à l'égard d'un produit qui, affirmait-on, contrefaisait le brevet des intimées, avait tardé. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

*Harry Radomski et Nando De Luca* pour l'appelante.  
*Orestes Pasparakis, Jordana Sanft et David Yi* pour les intimées.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Goodmans LLP*, Toronto, pour l'appelante.  
*Norton Rose Fulbright Canada S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Toronto, pour les intimées.



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

[1] GAUTHIER J.A.: This is an appeal of the decision of Diner J. of the Federal Court dismissing Apotex Inc.'s (Apotex) motion for partial summary judgment. Apotex contended that the respondents' failure to pay the proper application fee for the issuance of Canadian Patent No. 1339132 (the '132 patent) invalidated the patent. The Federal Court disagreed: 2016 FC 136, [2017] 1 F.C.R. 3 [Federal Court reasons]. Apotex appeals.

[2] The facts relevant to this appeal are not in dispute. The main issue before us is the interpretation of various provisions of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, as it existed on September 30, 1989 (the 1989 Act). This version of the *Patent Act* applies given the time of the application for the patent and its issuance. The parties have agreed that the issue can be properly determined by way of summary judgment.

[3] The version of the *Patent Act* at issue is important because both parties relied on case law that involved a later version of the *Patent Act* and the applicable *Patent Rules*, C.R.C., c. 1250 (as of June 1989) (the 1989 Rules) (see book of authorities, Vol. 1, tab 7). They also refer to amendments adopted since 1989. This even includes the latest amendment (not yet in force) in the *Economic Action Plan 2014 Act, No. 2*, S.C. 2014, c. 39 (Economic Action Plan Act), which makes it clear that non-payment of fees payable before the issuance of a patent will not invalidate the said patent (Economic Action Plan Act, section 138).

[4] This is the first and most likely the last case involving section 73 of the 1989 Act. It is always dangerous and often inappropriate to consider amendments post-dating the version of the statute under review (*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, section 45). In fact, I believe

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

[1] LA JUGE GAUTHIER, J.C.A. : La Cour est saisie de l'appel de la décision par laquelle le juge Diner de la Cour fédérale a rejeté la requête en jugement sommaire partiel d'Apotex Inc. (Apotex). Apotex soutenait que le défaut des intimées de s'acquitter des bonnes taxes réglementaires applicables à la délivrance du brevet canadien n° 1339132 (le brevet '132) avait eu pour effet d'invalider ce dernier. La Cour fédérale n'a pas souscrit à cet avis (2016 CF 136, [2017] 1 R.C.F. 3 [motifs de la Cour fédérale]). Apotex interjette appel de cette décision.

[2] Les faits pertinents dans le cadre du présent appel ne sont pas contestés. La principale question dont la Cour est saisie concerne l'interprétation de diverses dispositions de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, telle qu'elle existait le 30 septembre 1989 (la Loi de 1989). Vu le moment où la demande de brevet a été présentée et celui où il a été délivré, c'est cette version de la *Loi sur les brevets* qui est applicable. Les parties ont convenu que la question peut être tranchée par voie de jugement sommaire.

[3] La version de la *Loi sur les brevets* est importante parce que les deux parties ont invoqué une jurisprudence qui portait sur une version ultérieure de la *Loi sur les brevets* et des *Règles sur les brevets*, C.R.C., ch. 1250 (en date du mois de juin 1989) (les Règles de 1989) applicables (voir le cahier des lois, règlements, jurisprudence et doctrine, vol. 1, onglet 7). Elles mentionnent également des modifications adoptées depuis 1989. Cela inclut même la dernière modification (non en vigueur), apportée par le truchement de la *Loi n° 2 sur le plan d'action économique de 2014*, L.C. 2014, ch. 39 (la Loi sur le plan d'action économique), qui précise que le défaut de payer les taxes dues avant la délivrance d'un brevet n'a pas pour effet d'invalider le brevet (Loi sur le plan d'action économique, article 138).

[4] C'est la première affaire portant sur l'article 73 de la Loi de 1989, et probablement la dernière. Il est toujours dangereux et rarement judicieux de tenir compte de modifications qui sont ultérieures à la version de la loi en cause (*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21,



that this resulted in the Federal Court adopting an incorrect approach in its interpretation of section 73 of the 1989 Act. It referred to a later version of section 73 of the *Patent Act* (R.S.C., 1985, c. P-4, section 73, as am. by *Intellectual Property Law Improvement Act*, S.C. 1993, c. 15, section 52) and to the *Patent Rules*, SOR/96-423 enacted in 1996. However, as will be seen, this error does not mean that its judgment was wrong in law.

[5] For the reasons that follow, I am of the view that the appeal should be dismissed.

### I. Factual Background

[6] On September 12, 1989, the application that ultimately resulted in the issuance of the '132 patent was filed. At the time, the applicant did not claim small entity status (see 1989 Rules, Schedule I, Form 1 and the petition filed (appeal book, Vol. 3, page AB0494)). The then applicable fee payable as a large entity in the amount of \$300 was submitted at the same time as the \$100 payable to file an assignment (see 1989 Rules, Schedule II and the cover letter of the petition (appeal book, Vol. 3, page AB0493)).

[7] There is no evidence that the status of the applicant was changed at any time before the issuance of the patent by filing a Form 30 (see 1989 Rules, Schedule I). In fact, it appears, and this is not disputed, that except for the final fee to be paid once the notice of allowance was issued, all the prescribed fees in respect of the application and the maintenance of the '132 patent until its expiration in 2014 were paid on the basis that the applicant (this includes its successors in title) was a large entity as per the relevant *Patent Rules*.

[8] One will never know exactly how the errors occurred, but after receiving the notice of allowance in November 1996, the patent agent paid a fee of \$300. This was an error. The final fee payable was \$700 for applications filed by large entities prior to October 1, 1989. Then, on April 18, 1997, the patent agent wrote to the

article 45). En fait, je suis d'avis que c'est ce qui a mené la Cour fédérale à interpréter erronément l'article 73 de la Loi de 1989. Elle a renvoyé à une version ultérieure de l'article 73 de la *Loi sur les brevets* (L.R.C. (1985), ch. P-4, article 73, modifiée par la *Loi d'actualisation du droit de la propriété intellectuelle*, L.C. 1993, ch. 15, article 52) et aux *Règles sur les brevets*, DORS/96-423, adoptées en 1996. Comme nous le verrons, cette erreur ne signifie toutefois pas que son jugement était erroné en droit.

[5] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis qu'il y a lieu de rejeter le présent appel.

### I. Contexte factuel

[6] Le 12 septembre 1989, la demande qui a finalement abouti à la délivrance du brevet '132 a été déposée. La demanderesse n'a pas alors déclaré être une petite entité (voir les Règles de 1989, annexe I, formule 1 et la pétition déposée (dossier d'appel, vol. 3, p. AB0494)). Le paiement des taxes de 300 \$ qui s'appliquaient alors aux grandes entités a été remis en même temps que le paiement des 100 \$ à payer pour le dépôt d'une cession (voir les Règles de 1989, annexe II et la lettre de présentation de la pétition (dossier d'appel, vol. 3, p. AB0493)).

[7] Il n'existe aucune preuve de changement du statut de la demanderesse avant la délivrance du brevet qui aurait été effectué par le dépôt d'une formule 30 (voir les Règles de 1989, annexe I). En fait, il semble — et personne ne le conteste — que toutes les taxes réglementaires relatives à la demande et au maintien en état du brevet '132 jusqu'à son expiration en 2014, à l'exception de la taxe finale à payer après la délivrance de l'avis d'acceptation, aient été acquittées sur le fondement que la demanderesse (ainsi que ses successeurs en titre) était une grande entité au sens des *Règles sur les brevets* applicables.

[8] On ne saura jamais exactement comment les erreurs se sont produites, mais l'agent des brevets a acquitté une taxe de 300 \$ après avoir reçu l'avis d'acceptation au mois de novembre 1996. C'était une erreur. Le montant de la taxe finale à payer à l'égard des demandes déposées par les grandes entités avant le 1<sup>er</sup> octobre 1989 était

Patent Office to say that due to a clerical error only \$300 had been paid and an additional \$50 (at the time the applicable final fee for a small entity on an application filed before October 1, 1989, was \$350) was included.

[9] Despite the expert evidence and the witnesses examined, and given the status of the applicant that should have been recorded in the Patent Office at the relevant time (i.e. large entity), it is not clear why the Patent Office accepted the \$350 fee as full payment. Whatever the reason, the Commissioner of Patents (the Commissioner) issued the '132 patent on July 29, 1997.

[10] After subsection 78.6(1) of the *Patent Act* (see Appendix) came into force on February 1, 2006, patentees had 12 months to correct past payment errors. The applicant did not correct these errors by the end of the 12-month period. After receiving from the Patent Office a list of all patents which may require a top-up payment under section 78.6, the patent agent was instructed by the patentee to ensure that any additional fees due as a large entity should be paid forthwith. Rather than forwarding an additional payment, the patent agent wrote to the Patent Office stating: “Pursuant to 78.6 of the *Patent Act*, be advised that the entity status of this patent is large. Confirmation of this fact would be appreciated”. Although it may be that the agent thought that the prescribed fee had been paid in full given that the status of the applicant since the filing of the petition was that of a large entity, there is no real explanation as to why the said agent did not discover that he had not paid the correct amount of the final fee due on receipt of the notice of allowance. When examined in 2014, he had no recollection of this file and most of his file had been destroyed sometime in 2002. Rather than clarifying why the '132 patent was on the list of patents sent to the patent agent given that it was always a large entity, the Patent Office acknowledged receipt of payment as a large entity and that their record had been amended to indicate this status. Again two mistakes.

de 700 \$. Ensuite, le 18 avril 1997, l'agent des brevets a écrit au Bureau des brevets pour l'informer du fait qu'un paiement de seulement 300 \$ avait été fait en raison d'une erreur administrative et qu'un paiement complémentaire de 50 \$ (la taxe finale applicable à l'époque dans le cas d'une petite entité à l'égard d'une demande déposée avant le 1<sup>er</sup> octobre 1989 était de 350 \$) était inclus.

[9] Malgré la preuve d'expert et les témoins interrogés, et vu le statut de la demanderesse qui aurait dû être consigné au Bureau des brevets au moment pertinent (c.-à-d. une grande entité), il est difficile de savoir pour quelle raison le Bureau des brevets a accepté la taxe de 350 \$ comme paiement intégral. Quoi qu'il en soit, le commissaire aux brevets (le commissaire) a délivré le brevet '132 le 29 juillet 1997.

[10] Après l'entrée en vigueur du paragraphe 78.6(1) de la *Loi sur les brevets* (voir l'annexe) le 1<sup>er</sup> février 2006, les brevetés disposaient de 12 mois pour corriger les erreurs de paiement antérieures. Or, la demanderesse n'a pas corrigé les erreurs avant la fin de la période de 12 mois. Après avoir reçu du Bureau des brevets la liste de tous les brevets susceptibles de nécessiter un paiement complémentaire aux termes de l'article 78.6, l'agent des brevets a reçu la directive du breveté de veiller au paiement immédiat de toute taxe additionnelle exigible d'une grande entité. Plutôt que d'envoyer un paiement complémentaire, l'agent des brevets a écrit au Bureau des brevets en ces termes : [TRADUCTION] « Veuillez noter que le statut associé à ce brevet est celui de grande entité pour l'application de l'article 78.6 de la *Loi sur les brevets*. La confirmation de ce fait serait appréciée ». Certes, il est possible que l'agent ait cru que la taxe réglementaire avait été payée intégralement étant donné que la demanderesse n'avait jamais eu le statut de petite entité depuis le dépôt de la pétition, rien n'explique réellement la raison pour laquelle cet agent n'a pas découvert qu'il n'avait pas acquitté correctement la taxe finale lors de la réception de l'avis d'acceptation. Lorsqu'il a été interrogé en 2014, il ne se souvenait pas de ce dossier et a dit que son dossier avait été détruit en grande partie en 2002. Plutôt que de préciser la raison pour laquelle le brevet '132 était inscrit à la liste envoyée à l'agent des brevets, vu que le statut de la demanderesse n'avait jamais changé,

[11] In the end result, the proper application fee payable back in 1997 was never paid and the Federal Court so found (Federal Court reasons, at paragraph 37).

[12] The motion for partial summary judgment before the Federal Court arose in the context of a proceeding under section 8 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, instituted by Apotex on June 14, 2013, to claim damages resulting from the delay in obtaining its notice of compliance for a product which allegedly infringed the '132 patent. In their statement of defence and counterclaim filed in response to the said section 8 proceedings, the respondents allege, among other things, that Apotex had been infringing the '132 patent. Apotex defended the counterclaim, alleging that the '132 patent is invalid for various reasons. One reason it asserted was the failure to pay the proper application fee.

## II. Issue

[13] As mentioned, there is only one question before us: whether or not the Federal Court erred when it found that the failure to pay the proper application fee does not invalidate the '132 patent.

[14] This is a question of law reviewable on the standard of correctness (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 8).

## III. Positions of the Parties

[15] Apotex says that the Commissioner of Patents did not have the power to issue the '132 patent. The Commissioner could only issue the patent when all the requirements for issuing a patent under the 1989 Act had been met (section 27). Apotex contends that as the proper application fee had not been paid in full, as a matter of

le Bureau des brevets a accusé réception du paiement fait au titre d'une grande entité et a indiqué avoir modifié ses dossiers en conséquence. Deux autres erreurs.

[11] Par conséquent, la taxe correcte applicable à la demande en 1997 n'a jamais été acquittée, comme l'a conclu la Cour fédérale (motifs de la Cour fédérale, paragraphe 37).

[12] La requête en jugement sommaire partiel a été présentée à la Cour fédérale dans le contexte d'une instance introduite par Apotex le 14 juin 2013 en application de l'article 8 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, pour demander que des dommages-intérêts lui soient versés, car la délivrance d'un avis de conformité à l'égard d'un produit qui, affirmait-on, contrefaisait le brevet '132, avait tardé. Dans leur défense et leur demande reconventionnelle déposées en réponse à cette instance fondée sur l'article 8, les intimées font valoir notamment qu'Apotex contrefaisait le brevet '132. Apotex a opposé à la demande reconventionnelle la thèse selon laquelle le brevet '132 n'était pas valide pour diverses raisons. Notamment parmi celles-ci était le non-paiement de la bonne taxe réglementaire applicable.

## II. Question en litige

[13] Comme il est mentionné plus haut, la Cour est saisie d'une seule question : la Cour fédérale a-t-elle conclu à tort que le défaut d'acquitter correctement de la taxe applicable à la demande n'invaliderait pas le brevet '132?

[14] Il s'agit d'une question de droit susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, paragraphe 8).

## III. Thèses des parties

[15] Apotex affirme que le commissaire n'avait pas le pouvoir de délivrer le brevet '132. Le commissaire ne pouvait délivrer le brevet que lorsque toutes les conditions prévues à la Loi de 1989 avaient été remplies (article 27). Apotex soutient que, étant donné que la taxe applicable à la demande n'avait pas été payée intégralement,

law under subsection 73(1) of the 1989 Act, the application was forfeited as of May 19, 1997. This is a fact or default on which Apotex can rely as a defence against allegations of infringement within the meaning of section 59 of the 1989 Act because it renders the '132 patent void. In support of this contention, Apotex relies heavily on the reasoning of this Court in *Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, 2003 FCA 121, [2003] 4 F.C. 67 (*Dutch*) (leave to appeal to S.C.C. refused, [[2003] 3 S.C.R. vi], 29738 (December 11, 2003)).

[16] The respondents urge us to be guided by the reasoning of this Court in *Corlac Inc. v. Weatherford Canada Ltd.*, 2011 FCA 228, 422 N.R. 49 (*Weatherford*) (leave to appeal to S.C.C. refused, 34459 (March 29, 2012) [[2012] 2 S.C.R. vii]). *Weatherford* concerned whether an applicant's error in fulfilling a requirement for a patent application under section 73 (as it stood in 1996) (see Appendix) can be considered a "fact or default" (section 59) an alleged infringer could rely upon as a defence to infringement after a patent has issued. Interpreting section 73 (as it stood in 1996) purposively, the Court found that the legislator did not intend such fact or default to void a patent. In reaching this conclusion, the Court relied on what it considered a long line of cases which refused to consider various acts or defaults during the prosecution of the application, i.e., the pre-patent issuance period, as acts or defaults that can be relied upon in an infringement action or a counterclaim seeking to invalidate a patent (*Lovell Manufacturing Co. and Maxwell Ltd. v. Beatty Bros. Ltd.* (1962), 41 C.P.R. 18 (Ex. Ct.), at page 40; *Flexi-Coil Ltd. v. Bourgault Industries Ltd.* (1999), 237 N.R. 74, 86 C.P.R. (3d) 221 (F.C.A.), at paragraph 31, leave to appeal to S.C.C. refused, 27273 (March 23, 2000) [[2000] 1 S.C.R. xi]; *Procter & Gamble Co. v. Beecham Canada Ltd.* (1982), 40 N.R. 313, 61 C.P.R. (2d) 1 (F.C.A.) (*Procter & Gamble*), at paragraphs 68 and 69 [of 1982 CarswellNat 604 (WestlawNext Can)], leave to appeal to S.C.C. refused, 16993 (May 10, 1982) [[1982] 1 S.C.R. v]; *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, 2006 FCA 323, [2007] 3 F.C.R. 588, at paragraph 47, leave to appeal to S.C.C. refused, 31754 (May 10, 2007) [[2007] 1 S.C.R. v]).

la demande était frappée de déchéance à compter du 19 mai 1997, par application du paragraphe 73(1) de la Loi de 1989. Apotex peut opposer ce fait ou manquement en défense aux infractions de contrefaçon au sens de l'article 59 de la Loi de 1989 qu'on lui reproche parce qu'il entraîne la nullité du brevet '132. Apotex fonde sa thèse en grande partie sur le raisonnement suivi par notre Cour dans l'affaire *Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2003 CAF 121, [2003] 4 C.F. 67 (*Dutch*) (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 29738 (11 décembre 2003) [[2003] 3 R.C.S. vi]).

[16] Les intimées nous exhortent à suivre le raisonnement de notre Cour dans l'arrêt *Corlac Inc. c. Weatherford Canada Ltd.*, 2011 CAF 228 (*Weatherford*) (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 34459 (29 mars 2012) [[2012] 2 R.C.S. vii]). Cette affaire portait sur la question de savoir si l'erreur commise par la demanderesse à l'égard d'une condition d'une demande de brevet en vertu de l'article 73 (dans sa version en vigueur en 1996) (voir l'annexe) était susceptible d'être opposée, comme « fait ou manquement » (article 59), à l'action en contrefaçon par la défenderesse après la délivrance d'un brevet. Adoptant une interprétation téléologique de l'article 73 (dans sa version en vigueur en 1996), la Cour a conclu que le législateur ne voulait pas qu'un tel fait ou manquement entraîne la nullité du brevet. Elle a rendu sa décision sur le fondement de ce qu'elle estime constituer un long courant jurisprudentiel interdisant la prise en compte de faits ou manquements survenus au cours de la poursuite relative à la demande, c.-à-d., la période préalable à la délivrance du brevet, dans le cadre d'une action en contrefaçon ou d'une demande reconventionnelle en vue de faire déclarer un brevet invalide (*Lovell Manufacturing Co. and Maxwell Ltd. v. Beatty Bros. Ltd.* (1962), 41 C.P.R. 18 (C. de l'É), page 40; *Flexi-Coil Ltd. c. Bourgault Industries Ltd.*, 1999 CanLII 7650 (C.A.F.), paragraphe 31, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27273 (23 mars 2000) [[2000] 1 R.C.S. xi]; *Procter & Gamble Co. c. Beecham Canada Ltd.*, [1982] A.C.F. n° 10 (C.A.) (QL) (*Procter & Gamble*), paragraphes 65-66, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 16993 (10 mai 1982) [[1982] 1 R.C.S. v]; *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, 2006 CAF 323, [2007] 3 R.C.F. 588, paragraphe 47, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 31754 (10 mai 2007) [[2007] 1 R.C.S. v]).

[17] Apotex points out that *Weatherford* was based on a different pre-patent issuance error, i.e., a different branch of section 73. Thus, it should be distinguished. Alternatively, at paragraph 90 in its memorandum, Apotex submits that this Court should overrule *Weatherford* based on *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149 (*Miller*) (leave to appeal to S.C.C. refused, 29501 (April 17, 2003) [[2003] 1 S.C.R. xiv]). Apotex did not pursue this submission in oral argument at the hearing. In any event, I can summarily reject this submission. Apotex did not meet its burden of establishing that *Weatherford* was “manifestly wrong, in the sense that the Court overlooked a relevant statutory provision, or a case that ought to have been followed” (*Miller*, at paragraph 10).

[18] In oral argument at the hearing, neither party asked this Court to overrule any other cases. Rather, faced with authorities against their positions, they submitted that they be distinguished on their facts. It is worth noting that none of the cases, particularly *Dutch* and *Weatherford*, dealt with subsection 73(1) of the 1989 Act. Where the parties differ is on the relevance to the case before us of the reasoning adopted in each of those decisions. Assessing this is the task of the Court in this appeal.

[19] We have before us a question of law and so correctness is the standard of review. I will proceed with my own analysis of the relevant provisions of the 1989 Act and the most salient authorities relied upon by the parties.

#### IV. Legislative Provisions

[20] The most relevant provisions of the 1989 Act read as follows:

##### APPLICATION FOR PATENTS

Who may obtain patents

27. (1) Subject to this section, any inventor or legal representative of an inventor of an invention that was

[17] Apotex fait valoir que l’arrêt *Weatherford* portait sur une erreur différente commise avant la délivrance du brevet, à savoir sur un autre volet de l’article 73. Il y a donc lieu de faire une distinction. De façon subsidiaire, Apotex soutient, au paragraphe 90 de son mémoire, que notre Cour devrait renverser l’arrêt *Weatherford* sur le fondement de l’arrêt *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370 (*Miller*) (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 29501 (17 avril 2003) [[2003] 1 R.C.S. xiv]). Apotex n’a pas poursuivi cet argument lors des plaidoiries. Quoi qu’il en soit, je peux le rejeter sommairement. Apotex ne s’est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer que la décision dans l’arrêt *Weatherford* était « manifestement erronée, du fait que la Cour n’aurait pas tenu compte de la législation applicable ou d’un précédent qui aurait dû être respecté » (*Miller*, paragraphe 10).

[18] Lors des plaidoiries, ni l’une ni l’autre des parties n’a demandé à notre Cour de rompre avec d’autres arrêts. En réplique aux précédents invoqués qui étaient défavorables à leurs thèses, elles ont plutôt demandé à notre Cour de reconnaître que les faits de l’espèce étaient différents de ceux des précédents. Il est utile de mentionner qu’aucune de ces affaires, même les arrêts *Dutch* et *Weatherford*, ne portait sur le paragraphe 73(1) de la Loi de 1989. Les parties diffèrent d’avis sur la pertinence du raisonnement adopté dans chacune pour l’affaire qui nous occupe. Il appartient à notre Cour d’évaluer cette pertinence dans le cadre du présent appel.

[19] Nous sommes saisis d’une question de droit; la norme de la décision correcte est donc applicable. J’effectuerai ma propre analyse des dispositions pertinentes de la Loi de 1989 et des principaux précédents invoqués par les parties.

#### IV. Dispositions légales

[20] Les dispositions les plus pertinentes de la Loi de 1989 sont rédigées comme suit :

##### DEMANDES DE BREVETS

Qui peut obtenir des brevets

27. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, l’auteur de toute invention ou le représentant

(a) not known or used by any other person before he invented it,

(b) not described in any patent or in any publication printed in Canada or in any other country more than two years before presentation of the petition hereunder mentioned, and

(c) not in public use or on sale in Canada for more than two years prior to his application in Canada,

may, on presentation to the Commissioner of a petition setting out the facts, in this Act termed the filing of the application and, on compliance with all other requirements of this Act, obtain a patent granting to him an exclusive property in the invention.

#### Applications for patents out of Canada

(2) Any inventor or legal representative of an inventor who applies in Canada for a patent for an invention for which application for patent has been made in any other country by that inventor or his legal representative before the filing of the application in Canada is not entitled to obtain in Canada a patent for that invention unless his application in Canada is filed, either

(a) before issue of any patent to that inventor or his legal representative for the same invention in any other country, or

(b) if a patent has issued in any other country, within twelve months after the filing of the first application by that inventor or his legal representative for patent for that invention in any other country.

#### What may not be patented

(3) No patent shall issue for an invention that has an illicit object in view, or for any mere scientific principle or abstract theorem.

...

légal de l'auteur d'une invention peut, sur présentation au commissaire d'une pétition exposant les faits, appelée dans la présente loi le « dépôt de la demande », et en se conformant à toutes les autres prescriptions de la présente loi, obtenir un brevet qui lui accorde l'exclusive propriété d'une invention qui n'était pas

a) connue ou utilisée par une autre personne avant que lui-même l'ait faite;

b) décrite dans un brevet ou dans une publication imprimée au Canada ou dans tout autre pays plus de deux ans avant la présentation de la pétition ci-après mentionnée;

c) en usage public ou en vente au Canada plus de deux ans avant le dépôt de sa demande au Canada.

#### Demandes de brevets à l'étranger

(2) Un inventeur ou représentant légal d'un inventeur, qui a fait une demande de brevet au Canada pour une invention à l'égard de laquelle une demande de brevet a été faite dans tout autre pays par cet inventeur ou par son représentant légal avant le dépôt de sa demande au Canada, n'a pas le droit d'obtenir au Canada un brevet couvrant cette invention sauf si sa demande au Canada est déposée :

a) soit avant la délivrance d'un brevet à cet inventeur ou à son représentant légal couvrant cette même invention dans tout autre pays;

b) soit, si un brevet a été délivré dans un autre pays, dans un délai de douze mois à compter du dépôt de la première demande, par cet inventeur ou son représentant légal, d'un brevet pour cette invention dans tout autre pays.

#### Ce qui n'est pas brevetable

(3) Il ne peut être délivré de brevet pour une invention dont l'objet est illicite, non plus que pour de simples principes scientifiques ou conceptions théoriques.

[...]



## LEGAL PROCEEDINGS IN RESPECT OF PATENTS

Void in certain cases, or valid only for parts

**53.** (1) A patent is void if any material allegation in the petition of the applicant in respect of the patent is untrue, or if the specification and drawings contain more or less than is necessary for obtaining the end for which they purport to be made, and the omission or addition is wilfully made for the purpose of misleading.

Exception

(2) Where it appears to a court that the omission or addition referred to in subsection (1) was an involuntary error and it is proved that the patentee is entitled to the remainder of his patent, the court shall render a judgment in accordance with the facts, and shall determine the costs, and the patent shall be held valid for that part of the invention described to which the patentee is so found to be entitled.

Copies of judgment

(3) Two office copies of the judgment rendered under subsection (1) shall be furnished to the Patent Office by the patentee, one of which shall be registered and remain of record in the Office and the other attached to the patent and made a part of it by a reference thereto.

...

## INFRINGEMENT

...

Defence

**59.** The defendant, in any action for infringement of a patent may plead as matter of defence any fact or default which by this Act or by law renders the patent void, and the court shall take cognizance of that pleading and of the relevant facts and decide accordingly.

...

## FORFEITURE AND RESTORATION OF APPLICATIONS

Forfeiture of applications

**73.** (1) Where the prescribed fees stated to be payable in a notice of allowance of patent are not paid within six

## PROCÉDURES JUDICIAIRES RELATIVES AUX BREVETS

Nul en certains cas, ou valide en partie seulement

**53.** (1) Le brevet est nul si la pétition du demandeur, relative à ce brevet, contient quelque allégation importante qui n'est pas conforme à la vérité, ou si le mémoire descriptif et les dessins contiennent plus ou moins qu'il n'est nécessaire pour démontrer ce qu'ils sont censés démontrer, et si l'omission ou l'addition est volontairement faite pour induire en erreur.

Exception

(2) S'il apparaît au tribunal que pareille omission ou addition est le résultat d'une erreur involontaire, et s'il est prouvé que le breveté a droit au reste de son brevet, le tribunal rend jugement selon les faits et statue sur les frais. Le brevet est réputé valide quant à la partie de l'invention décrite à laquelle le breveté est reconnu avoir droit.

Copies du jugement

(3) Le breveté transmet au Bureau des brevets deux copies authentiques de ce jugement. Une copie en est enregistrée et conservée dans les archives du Bureau, et l'autre est jointe au brevet et y est incorporée au moyen d'un renvoi.

[...]

## CONTREFAÇON

[...]

Défense

**59.** Dans toute action en contrefaçon de brevet, le défendeur peut invoquer comme moyen de défense tout fait ou manquement qui, d'après la présente loi ou en droit, entraîne la nullité du brevet; le tribunal prend connaissance de cette défense et des faits pertinents et statue en conséquence.

[...]

## DÉCHÉANCE ET RÉTABLISSEMENT DES DEMANDES

Déchéance des demandes

**73.** (1) Lorsque les taxes réglementaires déclarées être payables dans un avis d'acceptation de brevet ne sont

months from the date of the notice, the application for patent is thereupon forfeited.

#### Restoration

(2) A forfeited application may be restored and a patent granted thereon on application to the Commissioner within six months from the incurrance of the forfeiture, on payment with the application for restoration, in addition to the fees payable on the grant of the patent, of a further prescribed fee.

#### Idem

(3) A restored application is subject to amendment and re-examination.

### V. Analysis

[21] At the outset, I wish to say more about the decisions of this Court in *Dutch* and *Weatherford*.

#### A. Dutch

[22] In *Dutch*, when the patent application No. 2146904 (the '904 application) was filed in April 1995, the applicant paid the application filing fees on the basis that it was a small entity. This was in error: all the parties acknowledged that the applicant could not claim it had a small entity status as of November 25, 1994 (*Dutch*, at paragraph 18).

[23] *Dutch* arose on an application for judicial review of a decision of the Commissioner to accept a top-up payment and effectively reinstate the application (*Dutch*, at paragraph 20).

[24] The appeal also involved a second issue regarding Patent No. 2121388 (the '388 patent), in respect of which, the application was filed in April 1994 claiming a small entity status (*Dutch*, at paragraphs 10 and 12). With respect to the '388 patent, it was admitted that, at the time, the applicant did meet the definition of “small entity”.

pas acquittées dans un délai de six mois à compter de la date de l’avis, la demande de brevet est alors frappée de déchéance.

#### Rétablissement

(2) Une demande frappée de déchéance peut être rétablie, et un brevet peut être accordé en conséquence sur requête adressée au commissaire dans un délai de six mois à compter du moment de la déchéance, sur versement, lors de la demande de rétablissement, outre les taxes exigibles à la concession du brevet, d’une taxe réglemmentaire additionnelle.

#### Idem

(3) Une demande rétablie est sujette à modification et à nouvel examen.

### V. Analyse

[21] D’emblée, je veux faire certaines observations au sujet des jugements rendus par notre Cour dans les affaires *Dutch* et *Weatherford*.

#### A. L’arrêt Dutch

[22] Dans l’affaire *Dutch*, en déposant la demande de brevet n° 2146904 (la demande '904) au mois d’avril 1995, la demanderesse avait payé la taxe applicable au dépôt comme petite entité. C’était une erreur : les parties ont reconnu que la demanderesse ne pouvait plus prétendre avoir le statut de petite entité depuis le 25 novembre 1994 (arrêt *Dutch*, paragraphe 18).

[23] L’affaire *Dutch* concerne une demande de contrôle judiciaire de la décision du commissaire, qui avait accepté un paiement complémentaire et avait ainsi rétabli la demande (*Dutch*, paragraphe 20).

[24] L’appel faisait également intervenir une seconde question, qui concernait le brevet n° 2121388 (le brevet '388), à l’égard duquel la demande avait été déposée au mois d’avril 1994 par une personne prétendant être une petite entité (*Dutch*, paragraphes 10 et 12). En ce qui concerne le brevet '388, il a été admis qu’à ce moment-là, la demanderesse répondait bel et bien à la définition de « petite entité ».

[25] Considering the prescribed form for the petition (hereinafter called the application) to be filed at the relevant times (see *Patent Rules*, Schedule I, Form 1), the applicant in respect of both patent applications would have had to make a declaration in respect of its status as a small entity in the application.

[26] Despite the change in status as of November 25, 1994, all fees applicable to the '388 patent both before and after its issuance were all paid at the rate applicable to a small entity (*Dutch*, at paragraphs 12 and 47). The Patent Office was not advised of any change in status until March 29, 2000 (*Dutch*, at paragraph 18).

[27] It was argued that the Commissioner could not amend the Patent Office records upon receipt of a top-up payment made in 2000 because by that time, the application for the '388 patent had become abandoned by the operation of law due to partial payment of the maintenance fees in 1995 (*Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, 2001 FCT 879, [2002] 1 F.C. 325, at paragraph 13). It was further argued that, in any event, the patent had expired in accordance with subsection 46(2) of the *Patent Act* (see Appendix), which provides that when fees for the maintenance of a patent are not paid within the time prescribed, the term of the patent shall be deemed to have expired at the end of that time.

[28] Thus, with respect to the failure to pay the proper maintenance fees applicable to both the '904 application and the application for the '388 patent, the Court had to construe paragraph 73(1)(c) as it appeared in the newer version of the *Patent Act* (see Appendix). It differs from section 73 of the 1989 Act.

[29] This Court had no difficulty concluding that paragraph 73(1)(c) applied to the '904 application. The said application was deemed abandoned and had not been reinstated within the time provided for in the *Patent Act*. Thus, the Commissioner had no authority to amend its record and accept the top-up payment as a corrective payment (*Dutch*, at paragraphs 48 and 49).

[25] Au regard de la formule réglementaire relative à la pétition (la demande) (voir les *Règles sur les brevets*, annexe I, formule 1) qui devait être déposée à l'époque des faits, la demanderesse aurait eu à faire une déclaration quant à son statut de petite entité dans les deux demandes.

[26] Malgré le changement de statut intervenu le 25 novembre 1994, les taxes applicables au brevet '388, tant avant qu'après sa délivrance, ont été payées au tarif des petites entités (*Dutch*, paragraphes 12 et 47). Le Bureau des brevets n'a été informé d'aucun changement de statut avant le 29 mars 2000 (*Dutch*, paragraphe 18).

[27] On a soutenu que le commissaire ne pouvait pas modifier les archives du Bureau des brevets à la réception d'un paiement complémentaire fait en 2000 parce que la demande relative au brevet '388 avait alors été abandonnée par l'effet de la loi, les taxes de maintien en état n'ayant été payées que partiellement en 1995 (*Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2001 CFPI 879, [2002] 1 C.F. 325, paragraphe 13. Il a également été soutenu que le brevet était de toute façon périmé par le jeu du paragraphe 46(2) de la *Loi sur les brevets* (voir l'annexe), selon lequel, en cas de non-paiement dans le délai réglementaire des taxes de maintien en état du brevet, le brevet est périmé.

[28] Ainsi, en ce qui concerne le défaut de payer les bonnes taxes de maintien en état qui étaient applicables à la demande relative au brevet '904 et à celle relative au brevet '388, la Cour devait interpréter l'alinéa 73(1)c) tel qu'il figurait dans la version plus récente de la *Loi sur les brevets* (voir l'annexe). Il diffère de celui de l'article 73 de la Loi de 1989.

[29] Notre Cour a conclu sans difficulté que l'alinéa 73(1)c) s'appliquait à la demande relative au brevet '904. Cette demande était réputée abandonnée et n'avait pas été rétablie dans le délai prévu dans la *Loi sur les brevets*. Le commissaire n'avait donc aucun pouvoir pour modifier ses archives et accepter le paiement complémentaire à titre de paiement correctif (*Dutch*, paragraphes 48 et 49).

[30] With respect to the application for the '388 patent and the patent itself, the Court construed the *Patent Rules* purposively and concluded that once an applicant properly filed its application as a small entity, it retained that status throughout the prosecution and thereafter (*Dutch*, at paragraph 46). Thus, the application for the '388 patent was never deemed abandoned, nor did the '388 patent lapse, for the prescribed maintenance fees had been paid in full at all relevant times (*Dutch*, at paragraph 47).

[31] Thus, the Court did not have to determine what would have been the effect of the failure to pay the maintenance fee of the application for the '388 patent on the validity of the '388 patent. Sharlow J.A. for this Court wrote in *obiter* that a failure to pay a maintenance fee could have catastrophic consequences (*Dutch*, at paragraph 43). Parliament took notice: in 2005, it quickly adopted subsection 78.6(1) of the *Patent Act* (*An Act to amend the Patent Act*, S.C. 2005, c. 18, section 2). This provision deals with the failure to pay large-entity fees for applications and patents (see Appendix: *Patent Act*, section 46). Since then, further amendments have been adopted but are not in force yet (Economic Action Plan Act, section 138).

[32] Be that as it may, this *obiter* does not change the fact this Court in *Dutch* did not have to deal with the validity of the '388 patent, having found that the proper fee had been paid prior to its issuance. This Court effectively reversed the Federal Court's findings in respect of the '388 patent.

[33] Finally, I ought to note that in *Dutch*, the Commissioner argued that it was entitled to rely on an applicant's declaration that it was a "small entity" (*Dutch*, at paragraph 16). As mentioned, an applicant must claim a small entity status in the application (*Patent Rules*, Schedule I, Form 1). Thus, the Commissioner's reliance on such a statement makes sense when one considers that an untrue statement in the petition (i.e., application) is subject to the application of section 53 of the *Patent Act* (same as section 53 of the 1989 Act).

[30] En ce qui concerne la demande relative au brevet '388 et le brevet lui-même, la Cour a adopté une interprétation téléologique des *Règles sur les brevets* et conclu que la demanderesse qui a déposé correctement sa demande en tant que petite entité conserve son statut pour la durée de la poursuite de la demande et par la suite (*Dutch*, paragraphe 46). Ainsi, la demande au titre du brevet '388 n'avait jamais été réputée abandonnée, pas plus que le brevet '388 n'était frappé de déchéance, parce que les taxes de maintien en état avaient été payées intégralement périodiquement (*Dutch*, paragraphe 47).

[31] La Cour n'avait donc pas à déterminer l'effet du défaut de payer la taxe de maintien en état relative à la demande visant le brevet '388 sur la validité de ce dernier. Le juge Sharlow de notre Cour a écrit en *obiter dictum* que le défaut de payer une taxe de maintien en état pourrait avoir des conséquences catastrophiques (*Dutch*, paragraphe 43). Le législateur en a pris acte : en 2005, il a adopté rapidement le paragraphe 78.6(1) de la *Loi sur les brevets* (*Loi modifiant la Loi sur les brevets*, L.C. 2005, ch. 18, article 2). Cette disposition concerne le défaut de payer les taxes applicables à des grandes entités à l'égard des demandes et des brevets (voir l'annexe : *Loi sur les brevets*, article 46). D'autres modifications ont été adoptées depuis, mais elles ne sont pas encore en vigueur (*Loi sur le plan d'action économique*, article 138).

[32] Quoiqu'il en soit, cet *obiter dictum* ne change pas le fait que notre Cour, dans l'affaire *Dutch*, n'avait pas à se pencher sur la validité du brevet '388, puisqu'elle avait conclu que la bonne taxe avait été payée avant la délivrance du brevet. Notre Cour a en fait infirmé les conclusions tirées par la Cour fédérale quant au brevet '388.

[33] Enfin, je dois mentionner que, dans l'affaire *Dutch*, le commissaire a soutenu qu'il pouvait se fier à la déclaration d'une demanderesse voulant qu'elle soit une « petite entité » (*Dutch*, paragraphe 16). Comme on l'a vu, c'est dans la demande qu'il faut déclarer son statut de petite entité (*Règles sur les brevets*, annexe I, formule 1). Ainsi, il est logique que le commissaire se fie à un tel énoncé étant donné qu'un faux énoncé fait dans la pétition (c.-à-d., la demande) entraîne l'application de l'article 53 de la *Loi sur les brevets* (identique à l'article 53 de la Loi de 1989).

[34] In the present case, the applicant made no untrue statement in its application for the '132 patent. Its status as a large entity was not misrepresented and it never changed.

[35] Also, section 59 of the 1989 Act was not in play in *Dutch*, considering the type of proceeding involved—a judicial review instituted shortly after the decision under review was made.

#### B. Weatherford

[36] In *Weatherford*, our Court was dealing with an appeal of a decision of the Federal Court in respect of an infringement action and a counterclaim challenging the validity of the Patent No. 2095937 (the '937 patent).

[37] As in *Dutch*, the patent application for the '937 patent was filed after October 1, 1989 (*Weatherford*, at paragraph 14). The '937 patent issued in December 1998 (*Weatherford*, at paragraph 1). Thus, the relevant provisions of the *Patent Act*, particularly section 73, were not the same as those that apply in the present appeal.

[38] However, paragraphs 130 to 151 of our Court's reasons in *Weatherford* are relevant here. In these paragraphs, the Court addresses the issue whether the alleged infringer could rely on paragraph 73(1)(a) of the *Patent Act*, as it then read, to invalidate the '937 patent.

[39] Although many paragraphs of this version of section 73 deal with the failure to pay various fees prior to the issuance of a patent, the paragraph of section 73 at issue in *Weatherford* provides that the application will be deemed abandoned if the applicant does not reply in good faith to any requisition by an examiner within the prescribed time period.

[40] Layden-Stevenson J.A., writing for our Court, applied the modern principles of statutory interpretation (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193 (*Rizzo*)). In particular, she

[34] En l'espèce, la demanderesse n'a fait aucune déclaration erronée dans sa demande relative au brevet '132. Son statut d'entité autre qu'une petite entité n'a pas été faussement déclaré et n'a jamais changé.

[35] De plus, l'article 59 de la Loi de 1989 n'intervenait pas dans l'affaire *Dutch*, étant donné le type d'instance, soit une demande de contrôle judiciaire introduite peu après la décision de première instance.

#### B. L'arrêt Weatherford

[36] Dans l'affaire *Weatherford*, notre Cour était saisie de l'appel d'une décision de la Cour fédérale concernant une action en contrefaçon et une demande reconventionnelle contestant la validité du brevet n° 2095937 (le brevet '937).

[37] Comme dans l'affaire *Dutch*, la demande relative au brevet '937 avait été déposée après le 1<sup>er</sup> octobre 1989 (*Weatherford*, paragraphe 14). Le brevet '937 a été délivré au mois de décembre 1998 (*Weatherford*, paragraphe 1). Ainsi, les dispositions pertinentes de la *Loi sur les brevets*, plus précisément l'article 73, n'étaient pas les mêmes que celles qui s'appliquent dans le cadre du présent appel.

[38] Néanmoins, les paragraphes 130 à 151 des motifs rédigés par notre Cour dans l'arrêt *Weatherford* sont pertinents en l'espèce. La Cour y examine la question de savoir si le contrefacteur présumé pouvait invoquer la version alors en vigueur de l'alinéa 73(1)a) de la *Loi sur les brevets* pour faire invalider le brevet '937.

[39] Bien que de nombreux alinéas de cette version de l'article 73 portent sur le défaut de payer diverses taxes avant la délivrance d'un brevet, l'alinéa de l'article 73 en cause dans l'affaire *Weatherford* dispose que la demande est réputée abandonnée si le demandeur omet de répondre de bonne foi, dans le cadre d'un examen, à toute demande de l'examineur dans le délai prescrit.

[40] La juge Layden-Stevenson, qui a rédigé les motifs de notre Cour, a appliqué les principes modernes d'interprétation des lois (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, 1998 CanLII 837 (*Rizzo*)). Plus précisément,

examined the scheme of the Act and its objects, and read section 73 in its context among the other provisions of the Act, particularly section 53. Section 53 deals with untrue statements in an application and misrepresentations in a specification and their impact on the validity of issued patents. She reviewed case law where our Court has consistently distinguished between applications for patents and issued patents (*Weatherford*, at paragraph 145). She considered the issuance of a patent as a significant moment such that paragraph 73(1)(a) spoke only during the prosecution of the application, not afterward. In her view, once the patent issues, paragraph 73(1)(a) no longer operates to affect the issued patent (*Weatherford*, at paragraph 150). She considered the decision of our Court in *Dutch* and distinguished it, finding that it was not dealing with the validity of a patent. Thus, in her view, *Dutch* did not support the position that paragraph 73(1)(a) could be relied upon to invalidate the patent (*Weatherford*, at paragraph 151).

[41] I agree with Layden-Stevenson J.A.'s treatment of *Dutch* and of the other authorities referred to in paragraph 151 of her reasons. As I do not find any other cases relied upon by Apotex to be of assistance, I will not discuss them in these reasons.

C. *Can Apotex rely on subsection 73(1) in the 1989 Act as a fact or default under this Act that renders the patent void pursuant to section 59 in the 1989 Act?*

[42] Our task is to construe the relevant words of the 1989 Act “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the [statute]”, its objects and the intention of the legislator (*Rizzo*, at paragraph 21).

[43] The ordinary meaning of the words in subsection 73(1) would normally cover situations where the prescribed fees for the patent application were not paid at all or were not paid in full, voluntarily or through an inadvertent error. However, the provision does not expressly deal with its impact on a patent issued, especially when it results from inadvertent mutual mistakes (i.e.,

elle a examiné l'esprit et l'objet de la loi et a interprété l'article 73 à la lumière de son contexte, compte tenu des autres dispositions, en particulier l'article 53. L'article 53 porte sur les déclarations qui ne sont pas conformes à la vérité contenues dans une demande et sur les fausses déclarations contenues dans un mémoire descriptif et leur effet sur la validité des brevets délivrés. Elle a examiné la jurisprudence où notre Cour a établi une distinction entre la demande de brevet et le brevet délivré (*Weatherford*, paragraphe 145). Elle a jugé que la délivrance d'un brevet était un moment charnière, de sorte que l'alinéa 73(1)a ne s'applique qu'au cours de la poursuite de la demande, et non après. À son avis, après la délivrance du brevet, l'alinéa 73(1)a ne saurait avoir d'effet sur le brevet délivré (*Weatherford*, paragraphe 150). Elle a examiné le jugement rendu par notre Cour dans l'affaire *Dutch* et a établi une distinction, concluant qu'il ne portait pas sur la validité d'un brevet. Ainsi, à son avis, l'arrêt *Dutch* n'appuyait pas la thèse selon laquelle l'alinéa 73(1)a pourrait être invoqué pour faire invalider le brevet (*Weatherford*, paragraphe 151).

[41] Je souscris aux observations de la juge Layden-Stevenson sur l'arrêt *Dutch* et les autres précédents qu'elle mentionne au paragraphe 151 de ses motifs. Comme les autres affaires invoquées par Apotex ne lui sont d'aucun secours selon moi, je n'en traiterai pas.

C. *Apotex peut-elle invoquer la situation prévue au paragraphe 73(1) de la Loi de 1989 comme fait ou manquement qui rend le brevet nul en vertu de l'article 59 de la même loi?*

[42] Notre tâche consiste à interpréter les termes pertinents de la Loi de 1989 « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (*Rizzo*, paragraphe 21).

[43] Les mots employés au paragraphe 73(1), dans leur sens ordinaire, visent normalement les situations où les taxes réglementaires applicables à la demande de brevet n'ont pas été payées ou l'ont été partiellement, volontairement ou par inadvertance. La disposition n'aborde pas de manière expresse son effet sur un brevet délivré, particulièrement dans le cas d'erreurs non intentionnelles



mistakes on the part of the applicant as well as the Patent Office).

[44] I note that on such literal interpretation of this provision, if the payment in respect of the '132 patent application had been made, let's say within a month or two of the receipt of the notice of allowance, and the patent issued prior to the expiration of the six months provided for in subsection 73(1), the application would not have become forfeited before such issuance even if the payment was not made in full. Thus, to include mutual mistakes that result in the issuance of a patent could result in inconsistent consequences depending on whether the patent issues before the end of the six months or not. This appears unfair.

[45] Having considered the legislative evolution of subsection 73(1) of the 1989 Act, it becomes clearer that the object of this provision was to provide a tool for the Commissioner to collect fees. It first appeared as a note in the Tariff of Fees, then included in the statute, when Parliament decided in 1923 to lessen the financial burden required when filing an application for a patent (see Appendix: *The Patent Act*, S.C. 1923, c. 23, the relevant portion of section 43) (the 1923 Act). Until then, upon filing the application, the applicant had to pay upfront the fees for the duration of the patent he was seeking (see Appendix: *Patent Act*, R.S.C. 1906, c. 69, section 47) (the 1906 Act). Like maintenance fees for patent applications and for patents, it was also a means for getting rid of "deadwood".

[46] When the Tariff of Fees was transferred to the *Patent Rules* later on, the note became subsection 73(1). This legislative evolution also explains why one finds this provision at the end of the 1989 Act just before the sections dealing with offences and punishment.

[47] Reading subsection 73(1) in the context of subsection 73(2), I first note that the words "may be restored and a patent granted" in subsection 73(2) suggest that the legislator did not envisage that section 73 would be

de part et d'autre (c.-à-d. en cas d'erreurs commises à la fois par le demandeur et par le Bureau des brevets).

[44] Je constate que, suivant une telle interprétation littérale de la disposition, si le paiement exigible à l'égard de la demande relative au brevet '132 avait été fait dans un délai d'un ou de deux mois après la réception de l'avis d'acceptation, par exemple, et que le brevet avait été délivré avant l'expiration du délai de six mois prévu au paragraphe 73(1), la demande n'aurait pas été frappée de déchéance avant la délivrance même si le paiement n'avait pas été fait intégralement. Ainsi, faire entrer dans le champ d'application de cette disposition les erreurs de part et d'autre ayant mené à la délivrance d'un brevet pourrait donner lieu à des conséquences contradictoires, selon que le brevet a été délivré avant la fin du délai de six mois ou non. Une telle interprétation semble injuste.

[45] Compte tenu de l'historique législatif du paragraphe 73(1) de la Loi de 1989, on comprend maintenant que cette disposition se voulait un outil de perception des taxes pour le commissaire. Elle paraît pour la première fois sous la forme d'une note dans le Tarif des droits, puis le législateur l'inclut dans la loi en 1923 en vue d'alléger le fardeau financier imposé lors du dépôt d'une demande de brevet (voir l'annexe : *La Loi des brevets*, S.C. 1923, ch. 23 (la Loi de 1923), les parties pertinentes de l'article 43). Auparavant, le demandeur était tenu de payer d'avance les taxes pour la durée du brevet demandé (voir l'annexe : *Loi des brevets*, S.R.C. 1906, ch. 69, article 47) (la Loi de 1906). À l'instar des taxes de maintien en état applicables aux demandes de brevet et aux brevets, il s'agissait également d'un moyen de se débarrasser de « poids mort ».

[46] Le Tarif des droits a par la suite été intégré aux *Règles sur les brevets*, et la note est devenue le paragraphe 73(1). Cet historique législatif explique également pourquoi cette disposition se trouve à la fin de la Loi de 1989, immédiatement avant les articles relatifs aux infractions et peines.

[47] En interprétant le paragraphe 73(1) à la lumière du paragraphe 73(2), je constate en premier lieu que le passage « peut être rétablie, et un brevet peut être accordé » au paragraphe 73(2) laisse entendre que le

relevant where a patent already issued. Second, it is clear that the legislator wanted to give a real opportunity to an applicant to rectify a failure to pay the prescribed fees within six months after the forfeiture. If a patent issues because of inadvertent mutual mistakes before the end of the period set out to restore the application, there is no realistic opportunity to discover that the fees were not properly paid. It is difficult to see how voiding the patent issued will help achieve the legislator's intent to provide a cure in the pre-patent issuance period. The object of this provision is not particularly helpful to support the view put forth by Apotex.

[48] Now, considering the broader context, did the legislator intend that an alleged infringer be able to raise a default like the one before us, which occurred prior to the issuance of the patent and does not come within the ambit of section 53? Are we in the presence of a “fact or default which by this Act or by law renders the patent void” under section 59?

[49] Apotex's answer to these questions is simple. It cites subsection 27(1) of the 1989 Act. That subsection provides that an “inventor ... may, on presentation to the Commissioner of a petition setting out the facts ... and, on compliance with all other requirements of this Act, obtain a patent granting to him an exclusive property in the invention” (my emphasis). Section 59 of the 1989 Act provides that when defending an infringement action, a defendant “may plead ... any fact or default which by this Act or by law renders the patent void”. Thus, on Apotex's view of the matter, any failure to meet any requirement of the Act, including the *Patent Rules* pursuant to subsection 12(2) of the 1989 Act (see Appendix) will render a patent void.

[50] In my view, the wording of section 59 is not as clear as Apotex suggests. One must go beyond the text of a legislative provision and consider the context of the legislative provision and the legislative purpose (*Rizzo*). This is so even if the words of the legislative provision

législateur n'entendait pas que l'article 73 s'applique à un brevet déjà délivré. En second lieu, le législateur voulait manifestement donner aux demandeurs une véritable possibilité de corriger un défaut de paiement des taxes réglementaires dans un délai de six mois à compter de la déchéance. Dans le cas où un brevet serait délivré en raison d'une erreur non intentionnelle de part et d'autre avant la fin de la période prévue pour le rétablissement de la demande, il n'y a aucune véritable possibilité de découvrir que les mauvaises taxes ont été payées. Il est difficile de voir en quoi l'annulation du brevet délivré aidera à respecter l'intention du législateur qui consiste à prévoir un recours avant la délivrance du brevet. L'objet de cette disposition n'est pas particulièrement utile à l'argument avancé par Apotex.

[48] Eu égard au contexte élargi, le législateur avait-il l'intention qu'un contrefacteur présumé puisse soulever un manquement comme celui qui nous occupe, qui est survenu avant la délivrance du brevet et ne tombe pas sous le coup de l'article 53? Est-ce un « fait ou manquement qui, d'après la présente loi ou en droit, entraîne la nullité du brevet » au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'article 59?

[49] La réponse d'Apotex à ces questions est simple. Elle invoque le paragraphe 27(1) de la Loi de 1989. Ce paragraphe prévoit que « l'auteur de toute invention [...] peut, sur présentation au commissaire d'une pétition exposant les faits [...] et en se conformant à toutes les autres prescriptions de la présente loi, obtenir un brevet qui lui accorde l'exclusive propriété d'une invention » (je souligne). Aux termes de l'article 59 de la Loi de 1989, le défendeur dans une action en contrefaçon « peut invoquer comme moyen de défense tout fait ou manquement qui, d'après la présente loi ou en droit, entraîne la nullité du brevet ». Ainsi, selon Apotex, tout manquement à toute prescription de la Loi, ou des *Règles sur les brevets*, comme le prévoit le paragraphe 12(2) de la Loi de 1989 (voir l'annexe), entraîne la nullité d'un brevet.

[50] À mon avis, le libellé de l'article 59 n'est pas aussi limpide qu'Apotex le prétend. Il faut aller au-delà du libellé d'une disposition législative et examiner le contexte de la disposition législative et l'objet de la loi (*Rizzo*). C'est ainsi même si le libellé de la disposition

seem clear (*ATCO Gas & Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140 (*ATCO*), at paragraph 48). Once context and purpose are considered, subsection 27(1) of the 1989 Act does not mean that any failure to meet any requirement of the Act renders the patent void.

[51] The simple and literal approach advocated by Apotex to sections 27 and 59 is attractive, but in my view, it leads to an absurd result and disregards the scheme and object of the Act, and the true purpose of those provisions. This Court, in *Weatherford* (at paragraph 150) and *Dutch* (at paragraphs 41 and 42), made it clear that an interpretation leading to absurd results should be avoided if at all possible, considering the importance of patents and the catastrophic consequences that a purely literal interpretation would lead to. In *Dutch*, this led our Court to greatly restrict the type of cases in which the version of section 73 of the *Patent Act* at issue could apply (no change in the status of an entity after the filing).

[52] As noted in *Weatherford* (at paragraph 142), this Court has consistently construed the facts and defaults that can be raised by an alleged infringer as those relating to the patentability of the invention by the person seeking the patent and those set out in section 53 of the 1989 Act, or in similar provisions in previous versions of the patent legislation dealing expressly with the nullity or voidance of patents.

[53] Here, I ought to mention that the wording of section 59 of the 1989 Act has been in every version of the patent legislation since 1869, when the first Canadian statute was adopted after the Confederation to deal with patents for invention (see Appendix: *An Act respecting Patents of Invention*, S.C. 1869, c. 11, section 26 (the 1869 Act); 1906 Act, section 34).

[54] In substance, section 59 has been on the books since 1869. Parliament has also included, since 1869, a provision dealing with who may seek a patent which,

législative semble évident (*ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140 (*ATCO*), paragraphe 48). À la lumière du contexte et de l'objet, force est de constater que le paragraphe 27(1) de la Loi de 1989 ne signifie pas que tout manquement à toute prescription de cette loi entraîne la nullité du brevet.

[51] L'approche simple et littérale à l'interprétation des articles 27 et 59 préconisée par Apotex est séduisante, mais, à mon avis, mène à un résultat absurde et fait abstraction de l'esprit et de l'objet de la loi ainsi que du but véritable de ces dispositions. Notre Cour, dans les arrêts *Weatherford* (paragraphe 150) et *Dutch* (paragraphe 41 et 42), a précisé qu'il y a lieu d'éviter, dans la mesure du possible, d'adopter une interprétation qui mène à un résultat absurde, vu l'importance des brevets et les effets catastrophiques qu'une interprétation purement littérale entraînerait. Une telle orientation a mené notre Cour, dans l'arrêt *Dutch*, à limiter considérablement les affaires dans lesquelles la version de l'article 73 de la *Loi sur les brevets* dont il était question pourrait s'appliquer (à savoir aucun changement dans le statut d'une entité après le dépôt).

[52] Comme il est mentionné dans l'arrêt *Weatherford* (paragraphe 142), notre Cour entend par fait ou manquement susceptible d'être invoqué par un contrefacteur présumé ceux qui se rapportent à la brevetabilité de l'invention par la personne qui demande le brevet et ceux énoncés à l'article 53 de la Loi de 1989, ou aux dispositions semblables des versions antérieures des lois relatives aux brevets qui visent expressément la nullité ou l'annulation des brevets.

[53] Je dois mentionner à ce stade-ci que ce qui correspond à l'article 59 de la Loi de 1989 se trouve dans chaque version des lois sur les brevets depuis 1869, année où la première loi canadienne sur les brevets d'invention a été adoptée après la Confédération (voir l'annexe, *Acte concernant les Brevets d'Invention*, S.C. 1869, ch. 11, article 26 (la Loi de 1869); Loi de 1906, article 34).

[54] L'article 59 existe donc pour l'essentiel depuis 1869. Le législateur a également inclus, depuis 1869, une disposition prévoyant qui peut demander un

like section 27 of the 1989 Act, included the words relied upon by Apotex: “may, on a petition ... presented to the Commissioner and on compliance with the other requirements of this Act, obtain a Patent” (see Appendix: 1869 Act, section 6) (my emphasis). Thus, in all the precedents referred to above, it was open to the courts to adopt Apotex’s view.

[55] Thus, it is telling that as early as 1927, the Supreme Court of Canada, on an appeal involving a decision of the Exchequer Court in an infringement action where the defendant alleged as a ground of invalidity the absence of any affidavit in support of the application for a reissued patent (a requirement for the issuance of such patent), stated:

...we are satisfied that any insufficiency in the material on which the Commissioner acts, the entire absence of an affidavit or any defect in the form and substance of that which is put forward as an affidavit in support of the claim, cannot, in the absence of fraud, which in this instance has not been suggested, avail an alleged infringer as a ground of attack on a new patent issued under s. 24. It is not a “fact or default, which, by this Act, or by law, renders the patent void” (*Patent Act*, s. 34).

(*Fada Radio Ltd. v. Canadian General Electric Co.*, [1927] S.C.R. 520 (*Fada*), at pages 523 and 524.)

[56] When it wrote its reasons, the Supreme Court of Canada in *Fada* was fully aware that, as the court below put it, “[t]he legal effect of a failure to strictly comply with certain formalities of the statutes and rules regarding applications for patents has not apparently been the subject of discussion in reported cases in Canada or England, but it has been the subject of discussion in many American cases” (*The Canadian General Electric Co., Ltd. v. Fada Radio, Ltd.*, [1927] Ex. C.R. 107, at page 111).

[57] Thus, I consider ourselves bound by the essential concept in *Fada*, that pre-patent issuance defects in the administrative process for applying for a patent cannot

brevet et dont le libellé, semblable à celui de l’article 27 de la Loi de 1989, contient le passage invoqué par Apotex : « pourra, en présentant [...] une demande au Commissaire et en remplissant les autres formalités voulues par le présent acte, obtenir un brevet » (je souligne) (voir l’annexe, Loi de 1869, article 6). Ainsi, dans tous les précédents mentionnés plus haut, il était loisible aux tribunaux de souscrire à la thèse qu’avance en l’espèce Apotex.

[55] Il est donc révélateur que, dès 1927, en appel d’une décision de la Cour de l’Échiquier concernant une action en contrefaçon dans laquelle le défendeur avait invoqué comme cause d’invalidité l’absence d’affidavit à l’appui d’une demande de brevet redélivré (une condition de délivrance de ce brevet), la Cour suprême du Canada opine :

[TRADUCTION] [...] nous sommes convaincus que tout manquement dans les documents sur lesquels le Commissaire se fonde pour agir, l’absence totale d’affidavit ou tout défaut de fond ou de forme dans ce qui est présenté comme affidavit à l’appui de la revendication, ne peut, en l’absence de fraude — qui n’a pas été suggérée en l’espèce — servir à un contrefacteur présumé de moyen pour contester un nouveau brevet délivré en vertu de l’article 24. Il ne s’agit pas d’un « fait ou défaut qui, d’après la présente loi ou d’après le droit, entraîne la nullité du brevet » (*Loi sur les brevets*, art. 34).

(*Fada Radio Ltd. v. Canadian General Electric Co.*, [1927] R.C.S. 520 (*Fada*), pages 523 et 524.)

[56] Quand elle a rédigé ces motifs, la Cour suprême du Canada était pleinement consciente que, comme la Cour de l’Échiquier l’avait affirmé, [TRADUCTION] « [l’]effet juridique du défaut de respecter à la lettre les formalités de lois et de règles concernant des demandes de brevets ne semble pas avoir été analysé dans les jugements publiés au Canada ou en Angleterre, mais l’a été dans de nombreuses affaires américaines » (*The Canadian General Electric Co., Ltd. v. Fada Radio, Ltd.*, [1927] R.C. de l’É. 107 à la page 111).

[57] Ainsi, j’estime que nous sommes liés par le principe essentiel dégagé de l’arrêt *Fada* : les défauts dans le processus administratif de demande d’un brevet,

be relied upon by an alleged infringer to render a patent void.

[58] The *Patent Act* and the practice of the Patent Office have evolved since *Fada*. But in a number of cases since, our Court has agreed with the essential holding in *Fada*. It has ruled that defects in the pre-patent issuance process that do not come within the ambit of provisions dealing expressly with the voidance of a patent, like section 53 of the 1989 Act, cannot be relied upon by an alleged infringer to render a patent void.

[59] For example, in *Procter & Gamble*, again in the context of an action for infringement and a defence of invalidity, the Court had to determine whether a failure to meet the requirement set out in subsection 63(2) of the then applicable version of the *Patent Act* [R.S.C. 1970, c. P-4] (see Appendix: 1989 Act, subsection 61(2)) was a fact or default which could be raised by an alleged infringer to void the patent.

[60] Subsection 63(2) addressed circumstances in which a patent application was made for an invention that was already covered by an existing patent. It provided that the patent application would be “deemed to have been abandoned unless the applicant” moved to set a pre-existing patent aside, which the applicant in that case had not done. The Court agreed with the trial Judge “that the subsection ‘has nothing to do with an issued patent’ [as it] is not a provision to be applied after the issuance of the second patent to provide a basis for alleging the invalidity thereof” (*Procter & Gamble*, at paragraph 69 [of 1982 CarswellNat 604 (WestlawNext Can)]).

[61] There is no need to determine whether the word “forfeited” (in French “*périmée*”) in subsection 73(1) has the same meaning as the word “abandoned” (in French “*abandonnée*”) used in the various provisions of the 1989 Act (see Appendix for examples: 1989 Act, section 30, subsections 36(3), 61(2)). In all cases, the events referred to in those provisions occur in the pre-patent

survenus avant la délivrance du brevet, ne peuvent être invoqués par un présumé contrefacteur pour faire déclarer nul un brevet.

[58] La *Loi sur les brevets* et la pratique du Bureau des brevets ont évolué depuis l’arrêt *Fada*. Or, dans certaines affaires ultérieures à cette dernière, notre Cour a souscrit au principe essentiel tiré de cet arrêt. Elle a conclu que les défauts survenus dans le processus préalable à la délivrance d’un brevet qui ne tombent pas sous le coup des dispositions qui visent expressément l’annulation d’un brevet, comme l’article 53 de la Loi de 1989, ne peuvent être invoqués par un contrefacteur présumé pour faire déclarer nul un brevet.

[59] Par exemple, dans l’affaire *Procter & Gamble*, également dans le contexte d’une action en contrefaçon et d’un moyen de défense fondé sur l’invalidité, la Cour devait décider si le défaut de remplir les conditions énoncées au paragraphe 63(2) de la version alors en vigueur de la *Loi sur les brevets* [S.R.C. 1970, ch. P-4] (voir l’annexe, Loi de 1989, par. 61(2)) était un fait ou manquement qui pouvait être invoqué par un contrefacteur présumé pour faire déclarer nul un brevet.

[60] Le paragraphe 63(2) visait les cas dans lesquels une demande de brevet avait été présentée pour une invention à l’égard de laquelle un brevet avait déjà été consenti. Il prévoyait que la demande de brevet est « censée avoir été abandonnée, à moins que le demandeur » ait déjà commencé des démarches en vue de faire écarter un brevet qui existe déjà, ce que la demanderesse n’avait pas fait dans cette affaire. La Cour était d’accord avec le juge du procès pour dire « que ce paragraphe ‘ne concerne nullement les brevets délivrés’ [étant donné qu’il] ne s’agit pas d’une disposition à appliquer après la délivrance du second brevet pour en contester la validité » (*Procter & Gamble*, paragraphe 66).

[61] Il n’est pas nécessaire de décider si l’expression « frappée de déchéance » (en anglais « *forfeited* ») employée au paragraphe 73(1) a le même sens que le mot « abandonnée » (en anglais « *abandoned* ») qui figure dans d’autres dispositions de la Loi de 1989 (autres exemples à l’annexe : Loi de 1989, article 30 et paragraphes 36(3) et 61(2)). Dans tous les cas, les faits



issuance period and the legislator provided for an opportunity to reinstate or restore the application after its status (abandoned or forfeited) was changed by the operation of the law, even if the time in which to do so and what needs to be established to do so may differ.

[62] The legislator is presumed to know the law and how it has been applied, especially where, as here, the case law of appellate courts has been consistent for such a long period of time (2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, at paragraphs 237 and 238; *ATCO*, at paragraph 59).

[63] The legislator was well aware of the distinction between an application and a patent. Since 1869, Parliament has used precise wording when it intended to deal with matters that could void a patent. Section 53 of the 1989 Act is evidence of the fact that the legislator turned its mind to facts and defaults that could void a patent.

[64] Prior versions of the *Patent Act* contained more provisions, like section 53, dealing expressly with the nullity and voidance of patents. These reflect what the legislator considered to be so fundamental as to justify this harsh consequence. For example, for several decades, a patent would become null if the invention was not manufactured in Canada within a prescribed period. This was in line with one of the objects of the patent legislation which was to promote inventions that would be practised in Canada, i.e., to promote economic and technological development in Canada.

[65] Section 53 first deals with untruth in the application (petition). Thus, it is significant that the prescribed form for the application in the 1989 Rules requires the applicant to state that he or she made the invention and verily believes to be entitled to a patent having regard to the provisions of the *Patent Act*. This obviously does not speak to any matter arising during the prosecution of the application. It is directed only to matters that are at the heart of the patent bargain between an inventor and

mentionnés dans ces dispositions se produisent au cours de la période préalable à la délivrance d'un brevet, et le législateur a prévu la possibilité de rétablir la demande après un changement de son état (abandonnée ou frappée de déchéance) par l'effet de la loi, même si le délai pour le faire et les éléments à établir pour le faire peuvent différer.

[62] Le législateur est présumé connaître le droit et la façon dont il a été appliqué, tout particulièrement lorsque, comme en l'espèce, la jurisprudence des cours d'appel est constante depuis si longtemps (2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, paragraphes 237 et 238; *ATCO*, paragraphe 59).

[63] Le législateur connaissait bien la distinction entre une demande et un brevet. Depuis 1869, le législateur emploie des termes précis lorsqu'il veut traiter de situations susceptibles d'entraîner la nullité d'un brevet. L'article 53 de la Loi de 1989 démontre que le législateur avait réfléchi aux faits et manquements susceptibles d'entraîner la nullité d'un brevet.

[64] Des versions antérieures de la *Loi sur les brevets* contenaient d'autres dispositions qui, à l'instar de l'article 53, abordaient expressément la nullité de brevets. Elles représentent des éléments fondamentaux, aux yeux du législateur, susceptibles de justifier cette conséquence sévère. Par exemple, pendant plusieurs décennies, un brevet devenait nul si l'invention n'était pas fabriquée au Canada dans un délai réglementaire. Cette conséquence était conforme à l'un des objets de la législation sur les brevets, à savoir promouvoir les inventions qui seraient réalisées au Canada, c.-à-d. à promouvoir les avancées économiques et technologiques au Canada.

[65] La première partie de l'article 53 traite des déclarations non conformes à la vérité dans la demande (pétition). Ainsi, il importe de signaler que la formule de demande prescrite par les Règles de 1989 requiert du demandeur qu'il déclare être l'auteur de l'invention et croire véritablement avoir droit à un brevet en vertu des dispositions de la *Loi sur les brevets*. De toute évidence, ce libellé ne vise aucune situation qui survient pendant la poursuite de la demande; il vise les situations qui sont



the public, not technical matters such as whether the prescribed fee has been paid.

[66] The second portion of section 53 addresses omissions or unwarranted additions in the specification—that is, misrepresentations in what is actually disclosed to the public. One would normally expect this to be more important than an inadvertent mistake that results in payment of a few dollars less than what was due. Still, Parliament made it clear that the patent will only be void if the misrepresentation was made with an intent to deceive. An involuntary error will not affect the validity of the patent for the part of the invention to which the patentee is found to be entitled.

[67] When one looks at the overall scheme of the 1989 Act, it speaks to different actors (petitioners, co-inventors, co-owners, the Commissioner, third parties such as an alleged infringer), different stages of the process (pre-and post-patent issuance) and different types of proceedings and remedies available to each such actor.

[68] This is why for example, section 59 was not in play in *Dutch* (a judicial review), and would not be in play in the various types of appeals provided for in the 1989 Act.

[69] There is nothing unusual or offensive about the fact that certain actors can raise issues that others cannot in other types of proceedings. The choices made by Parliament are consistent with the fact that most matters occurring during the administrative prosecution of a patent application should be dealt with within a relatively short period of time, through appeals and judicial reviews as this ensures finality and certainty. In the context of such proceedings, one can reasonably expect administrative law principles to apply. This is particularly important where, as in this case, a timely review of the Commissioner's decision to issue the '132 patent would have likely enabled the applicant to restore the application pursuant to subsection 73(2) of the 1989 Act.

au cœur du marché entre un inventeur et le public, et non les questions de forme telles que le paiement ou le non-paiement des taxes réglementaires.

[66] La seconde partie de l'article 53 porte sur les omissions ou les additions injustifiées dans le mémoire descriptif — c.-à-d. les déclarations trompeuses dans la documentation véritablement communiquée au public. On s'attendrait normalement à ce que ces défauts soient plus importants qu'une erreur non intentionnelle qui entraîne le paiement de quelques dollars en moins que la somme exigible. Pourtant, le législateur a indiqué clairement que le brevet n'est nul que dans les cas où de telles déclarations ont été faites dans l'intention de tromper. Une erreur non intentionnelle n'a pas d'incidence sur la validité du brevet qui concerne la partie de l'invention à laquelle le breveté est jugé avoir droit.

[67] Lorsque l'on examine l'économie globale de la Loi de 1989, on constate qu'elle intéresse divers acteurs (les demandeurs, les inventeurs conjoints, les copropriétaires, le commissaire et des tiers tels qu'un contrefacteur présumé), divers stades du processus (avant et après la délivrance d'un brevet) et diverses voies de droit qui s'offrent à ces acteurs.

[68] C'est la raison pour laquelle, par exemple, l'article 59 n'était pas en jeu dans l'affaire *Dutch* (un contrôle judiciaire) et ne serait pas en jeu dans les divers types d'appels prévus dans la Loi de 1989.

[69] Il n'est pas inhabituel ni choquant que certains acteurs puissent soulever des questions qui ne peuvent l'être dans d'autres types d'instances. Les choix du législateur indiquent que la plupart des situations qui surviennent au cours de la poursuite administrative d'une demande de brevet devraient être traitées dans un délai relativement bref, au moyen d'appels et de contrôles judiciaires, par souci de finalité et de certitude. Dans le contexte de telles instances, on peut raisonnablement s'attendre à ce que les principes du droit administratif s'appliquent. C'est particulièrement important dans les cas où, comme en l'espèce, un examen en temps opportun de la décision du commissaire de délivrer le brevet '132 aurait probablement permis à la demanderesse de rétablir la demande conformément au paragraphe 73(2) de la Loi de 1989.

[70] However, defences to actions for infringement are not based on administrative law principles; they are based on patent law. This is the law to which section 59 refers to, in the same manner that it is the law to which section 40 of the 1989 Act (see Appendix) refers to when it says that the Commissioner can refuse the application when he “is satisfied that an applicant is not by law entitled to be granted a patent”. The legislative evolution of section 40 indicates that the legislator had initially listed the substantive grounds for patentability to be met by a person to obtain a patent (see Appendix: 1906 Act, section 17). But patent law evolved through the interpretation of the *Patent Act* by the courts. For example, it included matters such as double patenting and obviousness. Hence, Parliament then chose instead to mention more generally that the applicant must be entitled by law (see Appendix: 1923 Act, section 19; *The Patent Act, 1935*, S.C. 1935, c. 32, section 41); that is now part of the wording of section 40 of the 1989 Act.

[71] An action for infringement is a statutory right. It was included in 1869 in the first Canadian statute on patents for invention (see Appendix: 1869 Act, sections 23, 24). The fact that the alleged infringer can raise certain defences does not change the nature of the proceeding. It is not a judicial review. The matter is not decided on the basis of what was before the Commissioner. It has never been so for more than a hundred years (see *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.*, 2009 FC 991, 80 C.P.R. (4th) 1, at paragraphs 353–354, 359 and 362, affd 2010 FCA 240, 90 C.P.R. (4th) 327, leave to appeal to S.C.C. refused, 33946 (May 5, 2011) [[2011] 2 S.C.R. v]).

[72] It would be absurd in the overall context of the 1989 Act to construe section 59 as enabling an alleged infringer to void a patent (here a successful pharmaceutical patent worth millions if not billions of dollars) say ten years later or even after its expiration, on the basis that the petitioner was a few pennies short. This is all the more so considering that, as mentioned, the proposed interpretation of section 73 would have inconsistent and unfair consequences (see paragraph 44, above).

[70] Les moyens de défense opposables aux actions en contrefaçon ne sont toutefois pas fondés sur les principes de droit administratif; ils sont fondés sur le droit des brevets. C’est le droit auquel renvoie l’article 59, tout comme l’article 40 de la Loi de 1989 (voir l’annexe) lorsqu’il indique que le commissaire peut rejeter la demande lorsqu’il « s’est assuré que le demandeur n’est pas fondé en droit à obtenir la concession d’un brevet ». L’historique législatif de l’article 40 révèle que le législateur avait au départ énuméré les conditions de brevetabilité de fond auxquelles était subordonnée l’obtention d’un brevet (voir l’annexe : Loi de 1906, article 17). L’interprétation judiciaire de la *Loi sur les brevets* a toutefois fait évoluer le droit des brevets, par exemple, en matière de double brevet et d’évidence. Par conséquent, le législateur a plutôt choisi un libellé plus général, prévoyant que le demandeur doit être fondé en droit à obtenir le brevet (voir l’annexe : Loi de 1923, article 19; *Loi de 1935 sur les brevets*, S.C. 1935, ch. 32, article 41); cette exigence a plus tard été intégrée au libellé de l’article 40 de la Loi de 1989.

[71] L’action en contrefaçon est un droit prévu par la loi. Elle a été prévue en 1869 dans la première loi canadienne sur les brevets d’invention (voir l’annexe : Loi de 1869, articles 23 et 24). Que le contrefacteur présumé puisse invoquer certains moyens de défense ne change pas la nature de l’instance. Il ne s’agit pas d’un contrôle judiciaire. L’affaire n’est pas tranchée sur le fondement des éléments dont le commissaire était saisi. Il n’en a jamais été ainsi, et ce depuis plus d’un siècle (voir *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, 2009 CF 991, paragraphes 353 et 354, 359 et 362, conf. par 2010 CAF 240, autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée, 33946 (5 mai 2011) [[2011] 2 R.C.S. v]).

[72] Il serait absurde, à la lumière du contexte général de la Loi de 1989, de donner à l’article 59 une interprétation qui permettrait à un contrefacteur présumé de faire annuler un brevet (en l’occurrence, un brevet pharmaceutique fructueux valant des millions, voire des milliards, de dollars), disons, dix ans plus tard ou même après son expiration, au motif que la demanderesse avait payé quelques cents en moins, d’autant plus que, comme on l’a vu, l’interprétation qu’il est proposé de donner à l’article 73 aurait des conséquences contradictoires et injustes (voir le paragraphe 44 plus haut).

[73] To be certain, courts will apply the law, even if it leads to absurd results, but only if it is impossible to interpret it another way (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed.), [Markham, Ont.: Lexis Nexis] 2014 at §10.4). This is not the case here.

[74] The Federal Court properly concluded that Apotex could not rely on section 73 of the 1989 Act to void the patent. It is not an act or default that comes within the ambit of section 59 of the 1989 Act.

[75] Finally, I ought to mention that historically, the grounds for invalidating a patent were originally those for which a writ of *scire facias* could be obtained (see Appendix: 1869 Act, section 29). This was also the case in England. As noted by Lord Diplock in *Bristol-Myers Co. (Johnson's) Application*, [1975] R.P.C. 127 (H.L.), at page 156, the grounds to repeal a patent by *scire facias* before 1884 were essentially codified in section 32 of the *Patents Act, 1949* (U.K.), 12, 13 & 14 Geo. 6, c. 87 (the U.K. 1949 Act), in England (see Appendix). The grounds on which one could impeach a patent were the same as those that could be raised as a defence to an action for infringement (see Appendix: U.K. 1949 Act, subsection 32(4)).

[76] The patent legislation applicable in the European Union and in the United States since then adopted a similar approach and the grounds on which one can impeach a patent or raise invalidity as a defence to an infringement action are expressly listed.

[77] Considering the importance of patents nowadays, and the importance given to intellectual property law in trade treaties, courts should obviously be careful before adopting an interpretation that would put Canada at odds with its trading partners. Thus, I am comforted by the fact that my purposive interpretation of the 1989 Act does not require the addition or the recognition of the new grounds of invalidity that Apotex's view in respect of sections 27 and 59 would entail and that could be in direct conflict with those generally recognized in England, Europe and the United States.

[73] Par souci de certitude, les cours appliquent le droit, même si cela mène à des résultats absurdes, mais seulement s'il est impossible de l'interpréter autrement (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd.), [Markham, Ont. : LexisNexis] 2014, paragraphe 10.4). Ce n'est pas le cas en l'espèce.

[74] La Cour fédérale a conclu à bon droit qu'Apotex ne pouvait pas invoquer l'article 73 de la Loi de 1989 pour faire annuler le brevet. La situation qui y est prévue ne constitue pas un fait ou manquement qui tombe sous le coup de l'article 59 de la Loi de 1989.

[75] Enfin, je dois mentionner qu'historiquement, les moyens pouvant être soulevés pour faire invalider un brevet étaient ceux qui justifiaient un bref de *scire facias* (voir l'annexe : Loi de 1869, article 29). C'était également le cas en Angleterre. Comme l'a mentionné lord Diplock dans le jugement *Bristol-Myers Co. (Johnson's) Application*, [1975] R.P.C. 127 (H.L.), page 156, les motifs de révocation d'un brevet par *scire facias* avant 1884 ont essentiellement été prévus à l'article 32 de la *Patents Act, 1949* (R.-U.), 12, 13 & 14 Geo. 6, ch. 87 (la Loi de 1949 du R.-U.) (voir l'annexe). Les motifs de contestation possible d'un brevet correspondaient à ceux qui pouvaient être opposés en défense à une action en contrefaçon (voir l'annexe : Loi de 1949 du R.-U., paragraphe 32(4)).

[76] Les lois sur les brevets applicables depuis au sein de l'Union européenne et aux États-Unis reflètent une démarche semblable; les motifs pour lesquels un brevet peut être contesté ou l'invalidité peut être opposée en défense à une action en contrefaçon sont prévus expressément.

[77] Compte tenu de l'importance des brevets de nos jours et de celle accordée au droit de la propriété intellectuelle dans les accords commerciaux, les cours devraient évidemment faire preuve de prudence avant d'adopter une interprétation qui opposerait le Canada à ses partenaires commerciaux. Par conséquent, je suis rassurée par le fait que mon interprétation téléologique de la Loi de 1989 ne nécessite pas l'ajout ou la reconnaissance des nouveaux moyens d'invalidité que la thèse d'Apotex sur les articles 27 et 59 entraînerait et qui seraient incompatibles avec ceux qui sont généralement reconnus en Angleterre, en Europe et aux États-Unis.

[78] To conclude, I propose to dismiss the appeal with costs fixed at an all-inclusive amount of \$5000.

STRATAS J.A.: I agree.

BOIVIN J.A.: I agree.

#### Appendix

*An Act respecting Patents of Invention*, S.C. 1869, c. 11

#### WHO MAY OBTAIN PATENTS.

Residents of Canada during one year, may obtain Patents for their own discoveries and inventions.

Form of Patent.

Proviso.

6. Any person having been a resident of Canada for at least one year next before his application, and having invented or discovered any new and useful art, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement on any art, machine, manufacture or composition of matter, not known or used by others before his invention or discovery thereof, or not being a the time of his application for a patent in public use or on sale in any of the Provinces of the Dominion with the consent or allowance of the inventor or discoverer thereof, may, on a petition to that effect presented to the Commissioner and on compliance with the other requirements of this Act, obtain a Patent granting to such person an exclusive property therein; and the said Patent shall be under the seal of the Patent Office and the signature of the Commissioner, or the signature of another member of the Privy Council, and shall be good and avail to the grantee, his heirs, assigns or other legal representatives, for the period mentioned in such Patent; but no Patent shall issue for an invention or discovery having an illicit object in view, nor for any mere scientific principle or abstract theorem.

...

[78] Pour conclure, je propose de rejeter l'appel avec dépens, dont le montant global est fixé à 5 000 \$.

LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE BOIVIN, J.C.A. : Je suis d'accord.

#### Annexe

*Acte concernant les Brevets d'Invention*, S.C. 1869, ch. 11

#### DES PERSONNES QUI PEUVENT SE FAIRE BREVETER.

Les résidents en Canada pourront prendre brevets pour leurs inventions.

6. Quiconque aura résidé depuis une année au moins en Canada quant (sic) il fera sa demande, et qui aura inventé ou découvert quelque art, machine, procédé ou composition de matière, nouveau et utile, ou quelque perfectionnement nouveau et utile à un art, machine, procédé ou composition de matière, lequel n'était pas en usage ni connu par d'autres avant qu'il en fit l'invention ou découverte, ou ne sera pas, lors de la demande du brevet, dans le domaine public ou en vente dans quelque une des provinces du Canada, du consentement ou par la tolérance de l'auteur de l'invention ou découverte, pourra, en présentant à cette fin une demande au Commissaire et en remplissant les autres formalités voulues par le présent acte, obtenir un brevet lui conférant le droit exclusif d'exploiter sa découverte ou son invention; et le brevet sera revêtu du sceau du bureau des brevets et de la signature du Commissaire, ou, de la signature d'un autre membre du conseil privé; et il vaudra et profitera au titulaire et à ses héritiers, cessionnaires ou autres représentants légaux pendant la durée exprimée au dit brevet; mais il ne sera pas concédé de brevets pour des inventions ou découvertes ayant pour objet des choses illicites, ni pour des découvertes purement scientifiques ou des théorèmes abstraits.

[...]

## ASSIGNMENT AND INFRINGEMENT OF PATENTS.

...

Remedy for infringement of patent.

**23.** Every person who, without the consent in writing of the Patentee, makes, constructs or puts in practice any invention or discovery for which a Patent has been obtained under this Act, or procures such invention or discovery from any person not authorised to make or use it by the Patentee, and uses it, shall be liable to the Patentee in an action of damages for so doing;—and the judgment shall be enforced, and the damages, and costs as may be adjudged, shall be recovered in like manner as in other cases in the Court in which the action is brought.

Action for infringement of patent.

Injunction may issue.

Appeal allowed.

**24.** An action for the infringement of a Patent may be brought before any Court of Record having jurisdiction to the amount of damages asked for and having its sittings within the Province in which the infringement is said to have taken place, and being at the same time, of the Courts of such jurisdiction within such Province, the one of which the place of holding is nearest to the place of residence or of business of the defendant; and such Court shall decide the case and determine as to costs; in any action for the infringement of a Patent, the Court, if sitting, or any judge thereof in Chambers if the Court be not sitting may, on the application of the plaintiff or defendant respectively, make such order for an injunction, restraining the opposite party from further use, manufacture or sale of the subject matter of the patent, and for his punishment in the event of the disobedience to such order, or for inspection or account, and respecting the same and the proceedings in the action, as the Court or Judge may see fit;—but from such order an appeal shall lie under the same circumstances and to the same Court, as from other judgments or orders of the Court in which the order was made.

...

Defence in actions for infringement.

**26.** The defendant in any such action may specially plead as matter of defence any fact or default which by this Act or by law would render the Patent void; and the

## CESSION ET CONTREFAÇON DES BREVETS.

[...]

Amende pour violation du droit d'un breveté.

**23.** Quiconque, sans avoir eu le consentement par écrit du breveté, fera, construira ou mettra en pratique une chose quelconque pour laquelle un brevet d'invention ou de découverte aura été pris sous l'empire du présent acte, ou se procurera cette chose d'une personne non autorisée par le breveté à la confectionner ou à en faire usage, et en fera usage, sera, pour cet acte, passible à l'égard du breveté d'une action en dommages-intérêts, et le jugement sera exécuté, et les dommages et frais adjugés seront recouvrés, dans la forme suivie dans les autres cas au tribunal où l'action sera portée.

Action pour violation de brevets.

**24.** Il pourra être porté une action pour contrefaçon de brevet devant tout tribunal ayant juridiction jusqu'à concurrence des dommages-intérêts réclamés et siégeant dans la province où la contrefaçon sera représentée avoir été commise, et se trouvant, des tribunaux qui auront une telle juridiction dans cette province, celui dont le siège (*sic*) sera le plus près du lieu de résidence ou d'affaire du défendeur; et ce tribunal prononcera et adjugera les dépens; dans toute action pour contrefaçon de brevet, le tribunal, s'il siège (*sic*), ou un de ses juges en chambre, si le tribunal n'est pas en session, pourra, sur requête soit du demandeur, soit du défendeur, rendre tel ordre d'injonction, interdisant à la partie adverse l'usage, la manufacture ou la vente de la chose brevetée et portant une peine en cas de transgression du dit ordre, ou rendre tel ordre d'inspection, ou de production de compte, et tel ordre concernant ces choses et les procédures dans la cause, que le tribunal ou le juge croira justes; mais on pourra interjeter appel de cet ordre, dans les circonstances et au tribunal où se porteront les appels des jugements et ordres du tribunal qui aura décerné cet ordre.

[...]

Défense à l'action.

**26.** Le défendeur, dans toute telle action, pourra plaider spécialement en défense tout fait ou défaut qui, par le présent acte ou par la loi, entraîne la nullité du brevet;

Court shall take cognizance [sic] of that special pleading and of the facts connected therewith, and shall decide the case accordingly.

NULLITY, IMPEACHMENT AND VOIDANCE OF  
PATENT.

Patent to be void in certain cases or only valid for part.

27. A Patent shall be void, if any material allegation in the petition or declaration of the applicant be untrue, or if the specification and drawings contain more or less than is necessary for obtaining the end for which they purport to be made, such omission or addition being wilfully made for the purpose of misleading; but if it shall appear to the Court that such omission or addition is simply an involuntary error, and it is proved that the Patentee is entitled to the remainder of his Patent *pro tanto*, the Court shall render a judgment in accordance with the facts, and determine as to costs, and the Patent shall be held valid for such part of the invention described, and two office copies of such judgment shall be furnished to the Patent Office by the Patentee, one to be registered and to remain of record in the office, and the other to be attached to the Patent and made a part of it by a reference.

...

Proceedings for impeachment of patent.

*Scire facias* may issue.

29. Any person desiring to impeach any Patent issued under this Act, may obtain a sealed and certified copy of the Patent and of the petition, declaration, drawings and specification thereunto relating, and may have the same filed in the Office of the Prothonotary or Clerk of the Superior Court for the Province of Quebec, or of the Court of Queen's Bench or Common Pleas for the Province of Ontario, or of the Supreme Court in the Province of Nova Scotia, or of the Court of Queen's Bench in the Province of New Brunswick, according to the domicile elected by the Patentee as aforesaid, which Court shall adjudicate on the matter and decide as to costs; the Patent and documents aforesaid shall then be held as of record in such Court, so that a Writ of *Scire Facias* under the Seal of the Court grounded upon such record may issue for the repeal of the Patent, for legal cause as aforesaid, if upon proceedings had upon the Writ in accordance with the meaning of this Act the Patent be adjudged to be void.

et le tribunal prendra connaissance de ce plaidoyer spécial et des faits qui s'y rapporteront, et prononcera en conséquence.

NULLITÉ, CONTESTATION ET DÉCHÉANCE DES  
BREVETS.

Annulation des brevets en certains cas.

27. Le brevet sera nul, si la requête ou la déclaration de l'impétrant contient quelque allégation importante qui soit fausse, ou si la spécification et les dessins contiennent plus ou moins qu'il ne sera nécessaire pour atteindre le but dans lequel on les fera, cette addition ou cette omission étant faite volontairement dans l'intention d'induire en erreur; mais s'il appert au tribunal que cette omission ou cette addition est simplement une erreur involontaire, et qu'il soit prouvé que le breveté a droit au reste de son brevet *pro tanto*, le tribunal rendra jugement suivant les faits et prononcera sur les frais, et le brevet sera réputé valable pour cette partie de l'invention décrite; et le breveté fournira au bureau des brevets deux copies de ce jugement, dont l'une sera enregistrée et gardée en dépôt au bureau, et l'autre sera annexée et par une note de renvoi, incorporée au brevet.

[...]

Procédure pour contester un brevet.

29. Quiconque voudra contester un brevet émis sous l'autorité du présent acte, pourra obtenir une copie scellée et certifiée du brevet, de la requête, de la déclaration, des dessins et de la spécification y relatifs et pourra les faire déposer au bureau du protonotaire ou greffier de la Cour Supérieure en la province de Québec, ou de la Cour du Banc de la Reine ou des plaids communs en la province d'Ontario, ou de la Cour Suprême en la province de la Nouvelle-Ecosse, ou de la Cour du Banc de la Reine en la province du Nouveau-Brunswick, suivant l'élection de domicile du breveté; lesquelles cours prononceront sur l'affaire et sur les frais; le brevet et les documents en question seront alors réputés pièces de dépôt dans cette cour, en sorte qu'on puisse faire émettre, sous le sceau de la cour, un bref de *scire facias*, fondé sur ces pièces, aux fins de faire révoquer le brevet pour cause légale comme susdit, si après les procédures prises sur le bref en conformité de l'intention du présent acte, le brevet est déclaré nul.



## REFUSAL TO GRANT PATENTS.

Commissioner may object to grant a patent in certain cases.

**17.** The Commissioner may object to grant a patent in any of the following cases:—

(a) When he is of opinion that the alleged invention is not patentable in law;

(b) When it appears to him that the invention is already in the possession of the public, with the consent or allowance of the inventor;

(c) When it appears to him that there is no novelty in the invention;

(d) When it appears to him that the invention has been described in a book or other printed publication before the date of the application, or is otherwise in the possession of the public;

(e) When it appears to him that the invention has already been patented in Canada, unless the Commissioner has doubts as to whether the patentee or the applicant is the first inventor;

(f) When it appears to him that the invention has already been patented in a foreign country, and the year has not expired within which the foreign patentee may apply for a patent in Canada, unless the Commissioner has doubts as to whether the foreign patentee or the applicant is the first inventor.

...

IMPEACHMENT AND OTHER LEGAL  
PROCEEDINGS IN RESPECT OF PATENTS.

...

Defence in action for infringement.

**34.** The defendant, in any such action, may plead as matter of defence, any fact or default which, by this Act, or by law, renders the patent void; and the court shall take cognizance of such pleading and of the facts connected therewith, and shall decide the case accordingly.

...

## REFUS DE CONCESSION DE BREVETS.

Le commissaire peut refuser le brevet dans certains cas.

**17.** Le commissaire peut objecter à la concession du brevet dans les cas suivants : —

a) Lorsqu'il est d'opinion que l'invention alléguée n'est pas brevetable aux termes de la loi;

b) Lorsqu'il a lieu de croire que le public est déjà en possession de l'invention, du consentement ou par la tolérance de l'inventeur;

c) Lorsqu'il ne lui paraît y avoir rien de nouveau dans l'invention;

d) Lorsqu'il lui paraît que l'invention a été décrite dans un livre ou autre publication imprimée avant la date de la demande de brevet, ou qu'elle est entrée de quelque autre manière dans le domaine public;

e) Lorsqu'il lui paraît que l'invention a déjà été brevetée en Canada, à moins que le commissaire n'ait des doutes sur la question de savoir lequel, du breveté ou des requérants, est le premier inventeur;

f) Si l'invention a déjà été brevetée en pays étranger, et que l'inventeur ait demandé un brevet en Canada dans l'année qui suit l'émission [sic] du premier brevet étranger pour cette invention, à moins que le commissaire n'ait des doutes sur la question de savoir lequel du breveté étranger ou du requérant est le premier inventeur.

[...]

ACTIONS EN NULLITÉ ET AUTRES PROCÉDURES  
JUDICIAIRES RELATIVEMENT AUX BREVETS.

[...]

Défense à l'action.

**34.** Le défendeur dans toute telle action peut alléguer spécialement comme moyen de défense tout fait ou défaut qui, d'après la présente loi ou d'après le droit, entraîne la nullité du brevet; et la cour prend connaissance de cette défense en conséquence.

[...]

## PATENT FEES.

## Tariff of fees.

47. The following fees shall be payable before an application for any of the purposes herein mentioned shall be received by the Commissioner, that is to say:—

Full fee for 18 years . . . . .	\$60.00
Partial fee for 12 years . . . . .	40.00
Partial fee for 6 years . . . . .	20.00
Fee for further term of 12 years . . . . .	40.00
Fee for further term of 6 years . . . . .	20.00

*The Patent Act, S.C. 1923, c. 23*

## REFUSAL TO GRANT PATENTS.

## Power of Commissioner to refuse grant.

19. The Commissioner may object to grant a patent whenever he is satisfied that the applicant is not by law entitled thereto, and when it appears to him that the invention has already been patented, unless the Commissioner has doubts as to whether the patentee or the applicant is the first inventor and the application was filed within two years from the date of the patent.

...

## PATENT FEES.

## Tariff of fees.

43. (1) The following fees shall be payable before an application for any of the purposes herein mentioned shall be received by the Commissioner, that is to say:—

On filing an application for patent . . . . .	\$15.00
On grant of patent . . . . .	20.00

(Payable on pain of forfeiture within six months from the date of notice of the allowance of patent.)

*The Patent Act, 1935, S.C. 1935, c. 32*

## TARIF DES DROITS.

## Droits.

47. Les demandes aux fins diverses mentionnées en la présente loi ne sont accueillies par le commissaire qu'après versement des droits suivants, savoir : —

Droit entier, pour 18 ans . . . . .	\$60.00
Droit partiel, pour 12 ans . . . . .	40.00
Droit partiel, pour 6 ans . . . . .	20.00
Droit pour une prolongation de 12 ans . . . . .	40.00
Droit pour une prolongation de 6 ans . . . . .	20.00

*Loi des brevets, S.C. 1923, ch. 23*

[...]

## REFUS DE CONCESSION DE BREVETS.

## Le commissaire peut refuser le brevet dans certains cas.

19. Le commissaire peut s'opposer à la concession d'un brevet, lorsqu'il juge qu'aux termes de la loi, le requérant n'y a pas droit, et lorsqu'il est d'avis que l'invention a déjà été brevetée, à moins que le commissaire ne doute que le breveté ou le requérant ne soit le premier inventeur et que la demande ait été produite dans les deux ans qui suivent la date du brevet.

[...]

## TARIF DES DROITS.

## Droits.

43. (1) Les demandes aux fins diverses mentionnées en la présente loi ne sont accueillies par le commissaire qu'après versement des droits suivants, savoir :

En déposant une demande de brevet . . . . .	\$15.00
À la délivrance du brevet . . . . .	20.00

(À payer sous peine de déchéance dans un délai de six mois à compter de la date de l'avis de délivrance du brevet.)

*Loi de 1935 sur les brevets, S.C. 1935, ch. 32*

## REFUSAL OF PATENTS.

Refusal by Commissioner.

**41.** Whenever the Commissioner is satisfied that the applicant is not by law entitled to be granted a patent he shall refuse the application and, by registered letter addressed to the applicant or his registered agent, notify such applicant of such refusal and of the ground or reason therefor.

...

*Patents Act, 1949* (U.K.), 12, 13 & 14 Geo. 6, c. 87

...

*Revocation and surrender of patents*

Revocation of patent by court.

**32.** (1) Subject to the provisions of this Act, a patent may, on the petition of any person interested, be revoked by the court on any of the following grounds, that is to say,-

(a) that the invention, so far as claimed in any claim of the complete specification, was claimed in a valid claim of earlier priority date contained in the complete specification of another patent granted in the United Kingdom;

(b) that the patent was granted on the application of a person not entitled under the provisions of this Act to apply therefor;

(c) that the patent was obtained in contravention of the rights of the petitioner or any person under or through whom he claims;

(d) that the subject of any claim of the complete specification is not an invention within the meaning of this Act;

(e) that the invention, so far as claimed in any claim of the complete specification, is not new having regard to what was known or used, before the priority date of the claim, in the United Kingdom;

(f) that the invention, so far as claimed in any claim of the complete specification, is obvious and does not involve any inventive step having regard to what was known or used, before the priority date of the claim, in the United Kingdom;

## REJET DES DEMANDES DE BREVETS.

Le Commissaire peut refuser le brevet.

**41.** Chaque fois que le Commissaire s'est assuré que le demandeur n'est pas fondé en droit à obtenir la concession d'un brevet, il doit rejeter la demande et, par lettre recommandée, adressée au demandeur ou à son agent enregistré, notifier à ce demandeur le motif ou la raison du rejet de la demande.

[...]

*Patents Act, 1949* (R.-U.), 12, 13 & 14 Geo. 6, ch. 87

[...]

*Revocation and surrender of patents*

Revocation of patent by court.

**32.** (1) Subject to the provisions of this Act, a patent may, on the petition of any person interested, be revoked by the court on any of the following grounds, that is to say,-

(a) that the invention, so far as claimed in any claim of the complete specification, was claimed in a valid claim of earlier priority date contained in the complete specification of another patent granted in the United Kingdom;

(b) that the patent was granted on the application of a person not entitled under the provisions of this Act to apply therefor;

(c) that the patent was obtained in contravention of the rights of the petitioner or any person under or through whom he claims;

(d) that the subject of any claim of the complete specification is not an invention within the meaning of this Act;

(e) that the invention, so far as claimed in any claim of the complete specification, is not new having regard to what was known or used, before the priority date of the claim, in the United Kingdom;

(f) that the invention, so far as claimed in any claim of the complete specification, is obvious and does not involve any inventive step having regard to what was known or used, before the priority date of the claim, in the United Kingdom;

(g) that the invention, so far as claimed in any claim of the complete specification, is not useful;

(h) that the complete specification does not sufficiently and fairly describe the invention and the method by which it is to be performed, or does not disclose the best method of performing it which was known to the applicant for the patent and for which he was entitled to claim protection;

(i) that the scope of any claim of the complete specification is not sufficiently and clearly defined or that any claim of the complete specification is not fairly based on the matter disclosed in the specification;

(j) that the patent was obtained on a false suggestion or representation;

(k) that the primary or intended use or exercise of the invention is contrary to law;

(l) that the invention, so far as claimed in any claim of the complete specification, was secretly used in the United Kingdom, otherwise than as mentioned in subsection (2) of this section, before the priority date of that claim.

...

(4) Every ground on which a patent may be revoked shall be available as a ground of defence in any proceeding for the infringement of the patent.

*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (as it appeared on September 30, 1989)

#### RULES AND REGULATIONS

##### 12. ...

Effect

(2) Any rule or regulation made by the Governor in Council has the same force and effect as if it had been enacted herein.

...

(g) that the invention, so far as claimed in any claim of the complete specification, is not useful;

(h) that the complete specification does not sufficiently and fairly describe the invention and the method by which it is to be performed, or does not disclose the best method of performing it which was known to the applicant for the patent and for which he was entitled to claim protection;

(i) that the scope of any claim of the complete specification is not sufficiently and clearly defined or that any claim of the complete specification is not fairly based on the matter disclosed in the specification;

(j) that the patent was obtained on a false suggestion or representation;

(k) that the primary or intended use or exercise of the invention is contrary to law;

(l) that the invention, so far as claimed in any claim of the complete specification, was secretly used in the United Kingdom, otherwise than as mentioned in subsection (2) of this section, before the priority date of that claim.

[...]

(4) Every ground on which a patent may be revoked shall be available as a ground of defence in any proceeding for the infringement of the patent.

*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (dans sa version applicable le 30 septembre 1989)

#### RÈGLES ET RÈGLEMENTS

##### 12. [...]

Effet

(2) Toute règle ou tout règlement pris par le gouverneur en conseil a la même force et le même effet que s'il avait été édicté aux présentes.

[...]

## APPLICATION FOR PATENTS

...

When applications to be completed

**30.** (1) Each application for a patent shall be completed within twelve months after the filing of the application, and in default thereof, or on failure of the applicant to prosecute the application within six months after any examiner, appointed pursuant to section 6, has taken action thereon of which notice has been given to the applicant, the application shall be deemed to have been abandoned.

Abandoned application reinstated

(2) An abandoned application may be reinstated on petition presented to the Commissioner within twelve months after the date on which it was deemed to have been abandoned, and on payment of the prescribed fee, if the petitioner satisfies the Commissioner that the failure to complete or prosecute the application within the time specified was not reasonably avoidable.

Idem

(3) An application reinstated under subsection (2) shall retain its original filing date.

...

## DIVISIONAL APPLICATIONS

**36.** ...

Divisional applications

(2) Where an application describes and claims more than one invention, the applicant may, and on the direction of the Commissioner to that effect shall, limit his claims to one invention only, and the invention or inventions defined in the other claims may be made the subject of one or more divisional applications, if those divisional applications are filed before the issue of a patent on the original application.

Idem

(3) If the original application becomes abandoned or forfeited, the time for filing divisional applications terminates with the expiration of the time for reinstating and

## DEMANDES DE BREVETS

[...]

Les demandes doivent être complétées dans les douze mois

**30.** (1) Chaque demande de brevet doit être complétée dans un délai de douze mois à compter du dépôt de la demande, à défaut de quoi, ou sur manquement du demandeur de poursuivre sa demande dans les six mois qui suivent toute action que l'examineur, nommé conformément à l'article 6, a prise concernant la demande et dont avis a été donné au demandeur, une telle demande est tenue pour avoir été abandonnée.

Rétablissement d'une demande abandonnée

(2) Une demande peut être rétablie sur présentation d'une pétition au commissaire dans un délai de douze mois à compter de la date à laquelle cette demande a été tenue pour abandonnée, et contre paiement de la taxe réglementaire, si le pétitionnaire démontre à la satisfaction du commissaire que le défaut de compléter ou de poursuivre la demande dans le délai spécifié n'était pas raisonnablement évitable.

Idem

(3) Une demande ainsi rétablie garde la date de son dépôt original.

[...]

## DEMANDES COMPLÉMENTAIRES

**36.** [...]

Demandes complémentaires

(2) Si une demande décrit et revendique plus d'une invention, le demandeur peut et, selon les instructions du commissaire à cet égard, doit restreindre ses revendications à une seule invention. L'invention ou les inventions définies dans les autres revendications peuvent faire le sujet d'une ou de plusieurs demandes complémentaires, si ces demandes complémentaires sont déposées avant la délivrance d'un brevet sur la demande originale.

Idem

(3) Si la demande originale a été abandonnée ou si elle est déchuë, le délai pour le dépôt des demandes complémentaires se termine à l'expiration du délai fixé pour le

reviving the original application under this Act or the rules made thereunder.

...

#### REFUSAL OF PATENTS

Refusal by Commissioner

**40.** Whenever the Commissioner is satisfied that an applicant is not by law entitled to be granted a patent, he shall refuse the application and, by registered letter addressed to the applicant or his registered agent, notify the applicant of the refusal and of the ground or reason therefor.

...

#### PRIORITY OF INVENTIONS

Establishing Priority

**61.** (1) No patent or claim in a patent shall be declared invalid or void on the ground that, before the invention therein defined was made by the inventor by whom the patent was applied for, it had already been known or used by some other person, unless it is established that

(a) that other person had, before the date of the application for the patent, disclosed or used the invention in such manner that it had become available to the public;

(b) that other person had, before the issue of the patent, made an application for patent in Canada on which conflict proceedings should have been directed; or

(c) that other person had at any time made an application in Canada which, by virtue of section 28, had the same force and effect as if it had been filed in Canada before the issue of the patent and on which conflict proceedings should properly have been directed had it been so filed.

A second patent

(2) Notwithstanding section 41, an application for a patent for an invention for which a patent has already issued under this Act shall be rejected unless the applicant, within a time to be fixed by the Commissioner, commences an action to set aside the prior patent, so far

rétablissement et la remise en vigueur de la demande originale aux termes de la présente loi ou des règles établies sous son autorité.

[...]

#### REJET DES DEMANDES DE BREVETS

Le commissaire peut refuser le brevet

**40.** Chaque fois que le commissaire s'est assuré que le demandeur n'est pas fondé en droit à obtenir la concession d'un brevet, il rejette la demande et, par courrier recommandé adressé au demandeur ou à son agent enregistré, notifie à ce demandeur le rejet de la demande, ainsi que les motifs ou raisons du rejet.

[...]

#### PRIORITÉ DES INVENTIONS

Établissement de la priorité

**61.** (1) Aucun brevet ou aucune revendication dans un brevet ne peut être déclaré invalide ou nul pour la raison que l'invention qui y est décrite était déjà connue ou exploitée par une autre personne avant d'être faite par l'inventeur qui en a demandé le brevet, à moins qu'il ne soit établi que, selon le cas :

a) cette autre personne avait, avant la date de la demande du brevet, divulgué ou exploité l'invention de telle manière qu'elle était devenue accessible au public;

b) cette autre personne avait, avant la délivrance du brevet, fait une demande pour obtenir au Canada un brevet qui aurait dû donner lieu à des procédures en cas de conflit;

c) cette autre personne avait à quelque époque fait au Canada une demande ayant, en vertu de l'article 28, la même force et le même effet que si elle avait été enregistrée au Canada avant la délivrance du brevet et pour laquelle des procédures en cas de conflit auraient dû être régulièrement prises si elle avait été ainsi enregistrée.

Second brevet

(2) Nonobstant l'article 41, une demande de brevet pour une invention à l'égard de laquelle un brevet a été délivré en vertu de la présente loi est rejetée, à moins que le demandeur n'intente, dans un délai fixé par le commissaire, une action pour écarter le brevet antérieur



as it covers the invention in question, but if that action is commenced and diligently prosecuted, the application shall not be deemed to have been abandoned unless the applicant fails to proceed on it within a reasonable time after the action has been finally disposed of.

*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (as it appeared in *Weatherford*)

46. ...

Lapse of term if maintenance fees not paid

(2) Where the fees payable under subsection (1) are not paid within the time provided by the regulations, the term limited for the duration of the patent shall be deemed to have expired at the end of that time.

...

#### ABANDONMENT AND REINSTATEMENT OF APPLICATIONS

Deemed abandonment of applications

73. (1) An application for a patent in Canada shall be deemed to be abandoned if the applicant does not

(a) reply in good faith to any requisition made by an examiner in connection with an examination, within six months after the requisition is made or within any shorter period established by the Commissioner;

(b) comply with a notice given pursuant to subsection 27(6);

(c) pay the fees payable under section 27.1, within the time provided by the regulations;

(d) make a request for examination or pay the prescribed fee under subsection 35(1) within the time provided by the regulations;

(e) comply with a notice given under subsection 35(2); or

(f) pay the prescribed fees stated to be payable in a notice of allowance of patent within six months after the date of the notice.

...

en tant qu'il couvre l'invention en question. Si pareille action est ainsi commencée et diligemment poursuivie, la demande n'est pas réputée avoir été abandonnée, à moins que le demandeur ne néglige de poursuivre sa demande dans un délai raisonnable après que l'action a été finalement réglée.

*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (telle qu'elle figurait dans l'affaire *Weatherford*)

46. [...]

Péremption

(2) En cas de non-paiement dans le délai réglementaire des taxes réglementaires, le brevet est périmé.

[...]

#### ABANDON ET RÉTABLISSEMENT DES DEMANDES

Abandon

73. (1) La demande de brevet est considérée comme abandonnée si le demandeur omet, selon le cas :

a) de répondre de bonne foi, dans le cadre d'un examen, à toute demande de l'examineur, dans les six mois suivant cette demande ou dans le délai plus court déterminé par le commissaire;

b) de se conformer à l'avis mentionné au paragraphe 27(6);

c) de payer, dans le délai réglementaire, les taxes visées à l'article 27.1;

d) de présenter la requête visée au paragraphe 35(1) ou de payer la taxe réglementaire dans le délai réglementaire;

e) de se conformer à l'avis mentionné au paragraphe 35(2);

f) de payer les taxes réglementaires mentionnées dans l'avis d'acceptation de la demande de brevet dans les six mois suivant celui-ci.

[...]

## Payment of prescribed fees

**78.6** (1) If, before the day on which this section comes into force, a person has paid a prescribed fee applicable to a small entity, within the meaning of the *Patent Rules* as they read at the time of payment, but should have paid the prescribed fee applicable to an entity other than a small entity and a payment equivalent to the difference between the two amounts is submitted to the Commissioner in accordance with subsection (2) either before or no later than twelve months after that day, the payment is deemed to have been paid on the day on which the prescribed fee was paid, regardless of whether an action or other proceeding relating to the patent or patent application in respect of which the fee was payable has been commenced or decided.

## Paiement de taxes réglementaires

**78.6** (1) Si, avant l'entrée en vigueur du présent article, une personne a payé la taxe réglementaire relative à une petite entité, au sens des *Règles sur les brevets* dans leur version applicable à la date du paiement, alors qu'elle aurait dû payer celle relative à une entité autre qu'une petite entité, et qu'elle verse la différence au commissaire aux brevets en conformité avec le paragraphe (2), avant la date d'entrée en vigueur du présent article ou au plus tard douze mois après cette date, le versement est réputé avoir été fait à la date du paiement de la taxe réglementaire, indépendamment de toute instance ou autre procédure engagée à l'égard du brevet ou de la demande de brevet qui fait l'objet de la taxe ou de toute décision en découlant.

A-281-17  
2018 FCA 128

A-281-17  
2018 CAF 128

**Her Majesty the Queen** (*Appellant*)

**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

v.

c.

**James S.A. MacDonald** (*Respondent*)

**James S.A. MacDonald** (*intimé*)

*INDEXED AS: CANADA v. MACDONALD*

*RÉPERTORIÉ : CANADA c. MACDONALD*

Federal Court of Appeal, Noël C.J., Pelletier and de Montigny J.J.A.—Toronto, May 8; Ottawa, June 29, 2018.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Noël, juges Pelletier et de Montigny, J.C.A.—Toronto, 8 mai; Ottawa, 29 juin 2018.

*Income Tax — Income Calculation — Capital Gains and Losses — Appeal from Tax Court of Canada decision allowing respondent's appeal against reassessments issued with respect to 2004-2007 taxation years — Bank of Nova Scotia (BNS) acquiring brokerage firm — Respondent, employed by firm, receiving BNS shares in transaction — Credit facility offered by TD Bank whereby respondent pledging some BNS shares, assigning any payment received as collateral for loan — Respondent entering into forward contract whereby respondent paid amount by which closing price of BNS shares (reference price) falling below determined forward price, multiplied by number of shares subject to forward contract (reference shares) — If reference price exceeding forward price, respondent required to make payments — Value of reference shares remaining above reference price — Respondent making cash settlement payments totalling \$9 966 149 — Claiming those payments as business losses deductible against income — Minister of National Revenue arguing payments giving rise to capital losses — Tax Court finding, inter alia, that respondent's "sole purpose and intention" to speculate, profit from decrease in value of BNS shares — Rejecting contention that relevant link (linkage principle) was between forward contract, respondent's ownership of BNS shares — Finding that linkage principle not satisfied, forward contract not hedging instrument — Appellant submitting, inter alia, that Tax Court failing to apply proper legal test — Explaining that financial instrument qualifying as hedge — Main issues whether forward contract hedging instrument, whether it immunized respondent's shares from risk — Treatment of gain or loss derived from hedging instrument determined by character of asset being hedged — Here, BNS shares capital property, losses incurred by respondent capital losses — Forward contract neutralizing or mitigating risk on specific block of shares pledged by respondent — Not open to Tax Court to move away from test in *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)* in determining whether forward contract entered*

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Gains et pertes en capital — Appel interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel interjeté par l'intimé contre les nouvelles cotisations à l'égard de ses années d'imposition 2004 à 2007 — La Banque de Nouvelle-Écosse (BNE) a fait l'acquisition d'un cabinet de courtage — L'intimé, qui travaillait pour le cabinet, a obtenu des actions de la BNE en raison de cette acquisition — La Banque TD a offert à l'intimé une facilité de crédit, selon laquelle ce dernier donnerait en gage des actions de la BNE et céderait tout paiement reçu en garantie du prêt — L'intimé a conclu un contrat à terme de gré à gré en vertu duquel il toucherait la valeur de la diminution du prix de référence (le cours officiel de clôture des actions de la BNE) en deçà du prix à terme multiplié par le nombre d'actions visées par le contrat à terme de gré à gré (les actions de référence) — Dans l'éventualité où le prix de référence excéderait le prix à terme, l'intimé serait tenu de verser des paiements — La valeur des actions de référence est restée supérieure au prix de référence — L'intimé a effectué des paiements en espèces totalisant 9 966 149 \$ en règlement du contrat — Il a estimé que les paiements donnaient lieu à des pertes d'entreprise qui étaient déductibles du revenu — Le ministre du Revenu national a fait valoir que les paiements donnaient lieu à des pertes en capital — La Cour de l'impôt a conclu notamment que « la seule intention » de l'intimé était de spéculer sur une baisse prévue du cours des actions de la BNE et d'en tirer profit — Elle a rejeté la thèse selon laquelle le lien pertinent (principe du rattachement) était celui entre le contrat à terme de gré à gré et les actions de la BNE dont l'intimé était propriétaire — Elle a conclu qu'il n'était pas satisfait au principe du rattachement et que le contrat à terme de gré à gré n'était pas un instrument de couverture — L'appelante a soutenu notamment que la Cour de l'impôt a fait fi du critère juridique applicable — Elle a expliqué qu'un instrument financier peut être un instrument de couverture — Il s'agissait principalement de savoir si le*

*into by respondent a hedging instrument — Forward contract hedging instrument if neutralizing or mitigating risk to which underlying asset exposed, as was case herein — Although person concerned having to understand nature of contract being entered into, intention to hedge not prerequisite for hedging — Here, respondent aware that risk having to be neutralized for benefit of lender — George Weston Ltd. v. Canada (George Weston) addressing ownership risk — No reason why rule that hedging gains or losses treated same way as assets hedged for tax purposes should not apply — Tax Court should have followed George Weston — Value of respondent's BNS shares immunized from market fluctuation risk — Tax Court not appreciating distinction between transactional, ownership risk — Intent to never sell consistent with existence of ownership risk — No inconsistency between long-term ownership, hedging risk associated with ownership — Linkage question irrelevant when regard had to Placer Dome — Hedging unaffected by way contract settled — Had it followed George Weston, Tax Court bound to conclude that risk resulting from respondent's share ownership neutralized by forward contract — Appeal allowed.*

This was an appeal from a decision of the Tax Court of Canada allowing the appeal brought by the respondent against reassessments issued with respect to his 2004 to 2007 taxation years.

The respondent was working with the McLeod Young Weir brokerage firm when it was acquired by the Bank of Nova Scotia (BNS). As a result of this acquisition, the respondent became the owner of 183 333 shares of BNS. The respondent was offered a credit facility by TD Bank whereby he would pledge a certain number of his BNS shares and assign any payment he would receive as collateral for the loan. Pursuant to a forward contract entered into with TD Securities Inc. (TDSI), TDSI

*contrat à terme de gré à gré était un instrument de couverture et s'il protégeait les actions de l'intimé contre le risque — Le traitement d'un gain ou d'une perte découlant d'un instrument de couverture dépend de la nature du bien couvert — En l'espèce, les actions de la BNE constituaient une immobilisation, de sorte que les pertes subies par l'intimé étaient des pertes en capital — Le contrat à terme de gré à gré avait pour effet de neutraliser ou d'atténuer le risque sur le bloc précis d'actions que l'intimé avait donné en gage — Il n'était pas loisible à la Cour de l'impôt de s'écarter du critère énoncé dans l'arrêt Placer Dome c. Ontario (Ministre des Finances) pour décider si le contrat à terme de gré à gré conclu par l'intimé était ou non un instrument de couverture — Le contrat à terme de gré à gré est un instrument de couverture s'il neutralise ou atténue le risque auquel est exposé le bien qui en est l'objet, comme c'était le cas en l'espèce — Même si l'intéressée doit comprendre la nature du contrat qu'elle conclut, l'intention de couvrir ne constitue pas un prérequis à une opération de couverture — Dans la présente affaire, l'intimé était conscient qu'il fallait que le risque soit neutralisé au profit du prêteur — La décision George Weston Ltd. c. Canada (George Weston) a examinée la question du risque lié à la propriété — Rien n'empêche la règle établie, voulant que les gains ou les pertes provenant d'une opération de couverture soient traités de la même façon que les actifs couverts à des fins fiscales, de s'appliquer — La Cour de l'impôt aurait dû suivre la décision George Weston — La valeur des actions de la BNE de l'intimé était protégée contre le risque de fluctuation du marché — La Cour de l'impôt a omis de faire la distinction entre risque lié à une opération et risque lié à la propriété — L'intention de ne jamais vendre concorde avec l'existence d'un risque lié à la propriété — La propriété à long terme ne fait pas obstacle à la couverture d'un risque lié à la propriété — La question de lien n'était pas pertinente à la lumière de l'arrêt Placer Dome — L'opération de l'instrument de couverture ne dépend pas du mode de dénouement du contrat — Suivant la décision George Weston, la Cour de l'impôt ne pouvait que conclure que le risque résultant du fait que l'intimé était propriétaire de ses actions était neutralisé par le contrat à terme de gré à gré — Appel accueilli.*

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel interjeté par l'intimé contre les nouvelles cotisations à l'égard de ses années d'imposition 2004 à 2007.

L'intimé travaillait au sein du cabinet de courtage McLeod Young Weir à la date à laquelle la Banque de Nouvelle-Écosse (BNE) a fait l'acquisition de celui-ci. En raison de cette acquisition, l'intimé a obtenu 183 333 actions de la BNE. La Banque TD a offert à l'intimé une facilité de crédit, selon laquelle ce dernier donnerait en gage des actions de la BNE et céderait tout paiement auquel il pourrait avoir droit en garantie du prêt. Conformément à un contrat à terme de gré à gré conclu

would pay the respondent the amount by which the closing price of the BNS shares (the reference price) fell below the forward price of \$68.43, multiplied by the 165 000 shares which were subject to the forward contract (the reference shares). In the event the reference price was to exceed the forward price, the respondent would be required to make payments to TDSI. Upon the respondent's repayment of the loan, the forward contract remained in place. However, the value of the reference shares did not decrease and remained above their reference price. As a result, between 2004 and 2006, the respondent was required to make cash settlement payments totalling \$9 966 149. The respondent took the position that those payments gave rise to business losses that were deductible against income from other sources. The Minister of National Revenue denied the losses for the years in which they were claimed on the basis that the cash settlement payments gave rise to capital losses. The 2007 reassessment denied a minimum tax carry forward credit to which the respondent became entitled by reason of the business loss claimed for his 2005 taxation year. The Tax Court found, *inter alia*, that the respondent's "sole purpose and intention" when he entered into the forward contract was to speculate and profit from the decrease in the value of the BNS shares he foresaw and that this intention remained in place throughout. The Crown took the position that the relevant link (linkage principle) was between the forward contract and the respondent's ownership of the BNS shares. According to the Crown, this link was clear: the forward contract reduced the respondent's exposure to market fluctuations which affected the share value. The Tax Court rejected this contention. It found that the linkage principle was not satisfied and there was no hedge for tax purposes. The Tax Court held that the forward contract was not a hedging instrument because it was neither linked to the respondent's ownership of his BNS shares nor to any disposition of these shares.

The appellant submitted, *inter alia*, that the Tax Court erred in law by failing to apply the proper legal test in determining whether the forward contract was a hedging instrument. The appellant explained that in order to qualify as a hedge, a financial instrument must be linked to an underlying asset exposed to risk. Here, the appellant submitted that the link between the forward contract and the respondent's pledged shares was obvious. The appellant also submitted that the Tax Court further erred by adopting a strict approach to linkage. In doing so, it disregarded the established case law, which established that a derivative instrument can be linked to an underlying asset where no transaction is contemplated.

avec Valeurs mobilières TD Inc. (VMTD), VMTD paierait à l'intimé la valeur de la diminution du prix de référence (le cours officiel de clôture des actions de la BNE) en deçà du prix à terme (68,43 \$) multiplié par les 165 000 actions visées par le contrat à terme de gré à gré (les actions de référence). Dans l'éventualité où le prix de référence excéderait le prix à terme, l'intimé serait tenu de verser des paiements à VMTD. Au moment du remboursement du prêt par l'intimé, le contrat à terme de gré à gré est demeuré en place. Cependant, la valeur des actions de référence n'a pas diminué et est restée supérieure au prix de référence. En conséquence, entre 2004 et 2006, l'intimé a dû effectuer des paiements en espèces totalisant 9 966 149 \$ en règlement du contrat. L'intimé a estimé que les paiements en espèces donnaient lieu à des pertes d'entreprise qui étaient déductibles du revenu provenant d'autres sources. Le ministre du Revenu national a refusé les pertes à l'égard des années au cours desquelles elles ont été réclamées au motif que les paiements en espèces donnaient lieu à des pertes en capital. La nouvelle cotisation de 2007 a annulé un crédit pour report d'impôt minimum auquel l'intimé avait droit en raison de la perte d'entreprise réclamée pour son année d'imposition 2005. La Cour de l'impôt a conclu notamment que « la seule intention » de l'intimé au moment de conclure le contrat à terme de gré à gré était de spéculer sur une baisse prévue du cours des actions de la BNE et d'en tirer profit, et que cette intention n'avait pas changé. La Couronne a soutenu que le lien pertinent (principe du rattachement) était celui entre le contrat à terme de gré à gré et les actions de la BNE dont l'intimé était propriétaire. Selon la Couronne, ce lien était évident : le contrat à terme de gré à gré réduisait l'exposition de l'intimé aux fluctuations du marché se répercutant sur la valeur de ses actions. La Cour de l'impôt a rejeté cette thèse. Elle a conclu qu'il n'était pas satisfait au principe du rattachement et qu'il n'y avait aucune couverture à des fins fiscales. La Cour de l'impôt a conclu que le contrat à terme de gré à gré n'était pas un instrument de couverture, parce qu'il n'était ni lié au fait que l'intimé détenait ses actions de la BNE, ni à aucune vente de ces actions.

L'appelante a soutenu notamment que la Cour de l'impôt a commis une erreur de droit en faisant fi du critère juridique applicable pour décider si le contrat à terme de gré à gré constituait un instrument de couverture. L'appelante a expliqué que, pour qu'il y ait couverture, un instrument financier doit être rattaché à un bien exposé à un risque. L'appelante a fait valoir que le lien entre le contrat à terme de gré à gré et les actions données en gage était évident dans la présente affaire. L'appelante a soutenu également que la Cour de l'impôt a commis une erreur en adoptant une approche stricte du principe du rattachement. Ce faisant, elle a fait fi de la jurisprudence établie, suivant laquelle un instrument dérivé peut être rattaché à un bien en l'absence d'opération envisagée.

The main issues were whether the forward contract was a hedging instrument and whether it immunized the respondent's shares from risk.

*Held*, the appeal should be allowed.

The treatment of any gain or loss derived from a hedging instrument is determined by the character of the asset being hedged. Here, the BNS shares were capital property in the respondent's hands so that if the forward contract had the effect of hedging risk linked to these shares, the losses incurred by the respondent as a result of having been required to make cash settlement payments should be treated as capital losses. Although the BNS shares were fungible, the forward contract at the outset had the effect of neutralizing or mitigating risk on the specific block of shares which was pledged by the respondent while the credit facility offered by the TD Bank was in place. As the loan was repaid and shares were released to the respondent, the forward contract continued to have that effect on the BNS shares that he held, up to the remaining number of reference shares covered by the forward contract. The Supreme Court in *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance) (Placer Dome)* explained that forward contracts may be settled by physical delivery of the underlying asset or by cash settlements. It observed that most derivative contracts are not settled by physical delivery. Of particular significance herein was the holding that "the way in which a derivative contract functions as a 'hedge' is unaffected by the method by which the contract is settled." The Tax Court did not apply *Placer Dome* in addressing the issue before it. It was not open to the Tax Court to move away from the test set out in *Placer Dome* in determining whether the forward contract entered into by the respondent was a hedging instrument. Under that test, the forward contract is a hedging instrument if it neutralizes or mitigates risk to which the underlying asset is exposed, and there was no issue that this was the effect of the forward contract on the respondent's BNS shares. The Tax Court was concerned that applying *Placer Dome* to the respondent's situation would make it "impossible to ever speculate using a derivative instrument while maintaining a long position in an asset". However, there is nothing untoward about this result as it is based on the inescapable logic that a person can neither gain nor lose by entering into a derivative instrument while owning assets whose value is protected by this instrument. The finding by the Tax Court that the respondent's sole intent was to speculate was questionable. While the case law to which the Tax Court referred shows that foresight of an impending risk is a necessary element of a hedging exercise, there is no case which makes an intent to hedge a condition precedent for hedging. What is required in order for hedging to take place is that "the party to [a derivative contract] genuinely has assets ... exposed to market fluctuations" and the contract neutralizes or mitigates the exposure to this risk on the assets owned by the party. Although the person

Il s'agissait principalement de savoir si le contrat à terme de gré à gré était un instrument de couverture et s'il protégeait les actions de l'intimé contre le risque.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

Le traitement d'un gain ou d'une perte découlant d'un instrument de couverture dépend de la nature du bien couvert. En l'espèce, les actions de la BNE détenues par l'intimé constituaient une immobilisation entre ses mains, de sorte que, si le contrat à terme de gré à gré avait pour effet d'éliminer le risque lié à ces actions, les pertes subies par l'intimé, contraint d'effectuer des paiements en espèces en règlement du contrat, devraient être assimilées à des pertes en capital. Même si les actions de la BNE étaient fongibles, le contrat à terme de gré à gré, au début, avait pour effet de neutraliser ou d'atténuer le risque sur le bloc précis d'actions que l'intimé avait donné en gage pendant la durée de la facilité de crédit offerte par la Banque TD. À mesure que le prêt était remboursé et que les actions étaient remises à l'intimé, le contrat à terme de gré à gré continuait d'avoir cet effet sur les actions de la BNE qu'il détenait correspondant aux actions de référence visées par le contrat à terme de gré à gré. Dans l'arrêt *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances) (Placer Dome)*, la Cour suprême a expliqué que les contrats à terme peuvent être dénoués par une livraison physique de l'actif sous-jacent ou par le règlement en espèces. Elle a fait remarquer que la plupart des contrats dérivés ne se dénouent pas au moyen d'une livraison physique. La conclusion selon laquelle « le contrat dérivé demeure un instrument de "couverture" quel qu'en soit le dénouement » était particulièrement pertinente dans la présente espèce. La Cour de l'impôt n'a pas appliqué l'arrêt *Placer Dome* dans son examen de la question dont elle était saisie. Il n'était pas loisible à la Cour de l'impôt de s'écarter du critère énoncé dans l'arrêt *Placer Dome* pour décider si le contrat à terme de gré à gré conclu par l'intimé était ou non un instrument de couverture. Suivant ce critère, le contrat à terme de gré à gré est un instrument de couverture s'il neutralise ou atténue le risque auquel est exposé le bien qui en est l'objet, et il ne fait aucun doute que c'était l'effet du contrat à terme de gré à gré sur les actions de la BNE de l'intimé. La Cour de l'impôt a émis des réserves sur l'application de l'arrêt *Placer Dome* à la situation de l'intimé qui rendrait « impossible de spéculer en utilisant un instrument dérivé tout en conservant une position acheteur dans un élément d'actif ». Toutefois, une telle issue n'a rien d'irrégulier, étant donné qu'elle procède de la logique implacable voulant qu'une personne ne puisse ni gagner ni perdre en ayant recours à un instrument dérivé tout en détenant les biens dont il protège la valeur. La conclusion de la Cour de l'impôt selon laquelle l'intimé avait pour seule intention de spéculer était contestable. Bien que la jurisprudence à laquelle a renvoyé la Cour de l'impôt indique que l'anticipation d'un risque imminent est nécessaire à l'exercice de couverture, il n'y a aucune source voulant que l'intention



concerned must understand the nature of the contract being entered into, an intention to hedge has never been made a prerequisite for hedging. The respondent was fully aware that risk had to be neutralized for the benefit of the lender. This is not a case of hedging by accident.

The question surrounding ownership risk and whether such a risk is capable of being hedged for tax purposes was addressed by the Tax Court in *George Weston Ltd. v. The Queen (George Weston)*. A risk arising from ownership is equally capable of being hedged and there is no reason why the established rule that hedging gains or losses are treated the same way as the assets being hedged for tax purposes, should not apply. *George Weston* was dispositive of the issue before the Tax Court Judge and ought to have been followed. The value of the shares that the respondent pledged in order to obtain his credit facility, as well as the corresponding number of BNS shares that he continued to hold after making cash settlement payments, were immunized from market fluctuation risk while the forward contract was in place. In declining to apply *George Weston*, the Tax Court failed to appreciate the distinction between transactional risk and ownership risk. Ownership risk can only exist if the underlying property is not sold. An intent to never sell is wholly consistent with the existence of ownership risk. The reality is that the respondent's BNS shares were exposed to market fluctuation risk the same way as *George Weston's* U.S. assets were exposed to cross-currency fluctuation risk, and in both cases, this risk could impact on their respective worth when measured in terms of the value of these assets in their hands. The respective derivative contracts neutralized this risk. Whether the assets which give rise to ownership risk have long been held or were recently acquired is immaterial. There is no inconsistency between long-term ownership and hedging a risk associated with ownership. The Tax Court appeared to hold that the required "linkage" was not present because the BNS shares are not "delivery assets" under the forward contract but are "reference shares" or "reference assets". This linkage question, which arose from a debate between the experts, was irrelevant when regard was had to *Placer Dome*. Hedging is unaffected by the way in which a contract is settled. Had the Tax Court followed the reasoning set out in *George Weston*, it would have been bound to conclude that risk capable of being hedged did result from the respondent's share ownership and that this risk was neutralized by the forward contract which he entered into.

constitue une condition préalable à une opération de couverture. Il y a opération de couverture « lorsque des éléments d'actif ou de passif de la partie [à un contrat dérivé] sont véritablement exposés aux fluctuations du marché » et que le contrat neutralise ou atténue l'exposition à ce risque à l'égard des actifs de la partie. Même si l'intéressée doit comprendre la nature du contrat qu'elle conclut, l'intention de couvrir n'a jamais constitué un prérequis à une opération de couverture. L'intimé était tout à fait conscient qu'il fallait que le risque soit neutralisé au profit du prêteur. Il ne s'agissait pas d'une opération de couverture accidentelle.

La question concernant le risque lié à la propriété et la possibilité de couvrir un tel risque à des fins fiscales a été examinée par la Cour de l'impôt dans la décision *George Weston Ltd. c. La Reine (George Weston)*. Il est aussi possible de couvrir un risque lié à la propriété, et rien n'empêche la règle établie — voulant que les gains ou les pertes provenant d'une opération de couverture soient traités de la même façon que les actifs couverts à des fins fiscales — de s'appliquer. La décision *George Weston* a tranché la question dont la Cour de l'impôt était saisie et aurait dû être suivie. La valeur des actions que l'intimé a données en gage pour obtenir sa facilité de crédit, de même que les actions correspondantes de la BNE qu'il a continué de détenir après avoir effectué des paiements en espèces, étaient protégées contre le risque de fluctuation du marché pendant la durée du contrat à terme de gré à gré. En refusant d'appliquer la décision *George Weston*, la Cour de l'impôt a omis de faire la distinction entre risque lié à une opération et risque lié à la propriété. Le risque lié à la propriété n'existe que si le bien n'est pas vendu. L'intention de ne jamais vendre concorde tout à fait avec l'existence d'un risque lié à la propriété. En réalité, les actions de la BNE de l'intimé étaient exposées au risque de fluctuation du marché tout comme les actifs américains de *George Weston* l'étaient au risque de fluctuation des devises et, dans les deux cas, ce risque pouvait se répercuter sur leur valeur respective par rapport à la valeur des actifs entre leurs mains. Les contrats dérivés respectifs neutralisaient ce risque. Il importe peu que les actifs emportant un risque lié à la propriété soient détenus depuis longtemps ou qu'ils aient été acquis récemment. La propriété à long terme ne fait pas obstacle à la couverture d'un risque lié à la propriété. La Cour de l'impôt a semblé conclure que le « lien » requis n'était pas présent parce que les actions de la BNE ne sont pas des « biens à livrer » en application du contrat à terme de gré à gré, mais des « actions de référence » ou des « biens de référence ». Cette question de lien, qui découlait d'un débat entre les experts, n'était pas pertinente à la lumière de l'arrêt *Placer Dome*. L'opération de l'instrument de couverture ne dépend pas du mode de dénouement du contrat. Si la Cour de l'impôt avait suivi le raisonnement énoncé dans la décision *George Weston*, elle n'aurait pu que conclure qu'un risque pouvant être couvert résultait effectivement du fait que l'intimé était propriétaire de ses actions et que ce risque était neutralisé par le contrat à terme de gré à gré qu'il avait conclu.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c.1, s. 3.  
*Mining Tax Act*, R.S.O. 1990, c. M.15.

## CASES CITED

## APPLIED:

*George Weston Ltd. v. The Queen*, 2015 TCC 42, 2015 4 C.T.C. 210; *Echo Bay Mines Ltd. v. Canada*, [1992] 3 F.C. 707 (1992), 92 D.T.C. 6437 (T.D.); *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

## REFERRED TO:

*Canada Safeway Limited v. Canada*, 2008 FCA 24, [2008] D.T.C. 6074; *Reference re: Grain Futures Taxation Act (Manitoba)*, [1925] J.C.J. No. 4 (QL), [1925] 2 W.W.R. 60 (P.C.); *Salada Foods Ltd. v. The Queen*, [1974] C.T.C. 201, (1974), 74 D.T.C. 6171 (F.C.T.D.); *Saskferco Products ULC v. Canada*, 2008 FCA 297, [2009] 1 C.T.C. 302; *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147, (1998), 155 D.L.R. (4th) 257, [1998] S.C.J. No. 13 (QL); *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, [1995] 2 C.T.C. 369; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, (1999), 178 D.L.R. (4th) 26; *Tip Top Tailors Limited v. Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 703, 1957 CanLII 71; *Alberta Gas Trunk Line Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1972] S.C.R. 498, 1971 CanLII 179; *Columbia Records of Canada Ltd. v. M.N.R.*, [1971] C.T.C. 839, (1971), 71 D.T.C. 5486 (F.C.T.D.); *Atlantic Sugar Refineries v. Minister of National Revenue*, [1949] S.C.R. 706, [1949] 3 D.L.R. 641.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (2017 TCC 157, [2018] 1 C.T.C. 2239) allowing the appeal brought by the respondent against reassessments issued with respect to his 2004 to 2007 taxation years. Appeal allowed.

## APPEARANCES

*Suzanie Chua* for appellant.  
*James D. Bunting*, *Stephen Ruby* and *Elie Roth* for respondent.

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 3.  
*Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*, L.R.O. 1990, ch. M.15.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*George Weston Ltd. c. La Reine*, 2015 CCI 42; *Echo Bay Mines Ltd. c. Canada*, [1992] 3 C.F. 707 (1<sup>re</sup> inst.); *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada Safeway Limited c. Canada*, 2008 CAF 24; *Reference re : Grain Futures Taxation Act (Manitoba)*, [1925] J.C.J. No. 4 (QL), [1925] 2 W.W.R. 60 (P.C.); *Salada Foods Ltd. c. La Reine*, [1974] A.C.F. n° 106 (QL) (1<sup>re</sup> inst.); *Saskferco Products ULC c. Canada*, 2008 CAF 297; *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Tip Top Tailors Limited v. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 703, 1957 CanLII 71; *Alberta Gas Trunk Line Co. Ltd. c. Ministre du revenu national*, [1972] R.C.S. 498, 1971 CanLII 179; *Columbia Records of Canada Ltd. c. M.R.N.*, [1971] C.T.C. 839, (1971), 71 D.T.C. 5486 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Atlantic Sugar Refineries v. Minister of National Revenue*, [1949] R.C.S. 706, [1949] 3 D.L.R. 641.

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt (2017 CCI 157) a accueilli l'appel interjeté par l'intimé contre les nouvelles cotisations à l'égard de ses années d'imposition 2004 à 2007. Appel accueilli.

## ONT COMPARU :

*Suzanie Chua*, pour l'appelante.  
*James D. Bunting*, *Stephen Ruby* et *Elie Roth*, pour l'intimé.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.

*Davies Ward Phillips & Vineberg LLP*, Toronto,  
for respondent.

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

[1] NOËL C.J.: This is an appeal by Her Majesty the Queen (the Crown or the appellant) from a decision rendered by Lafleur J. of the Tax Court of Canada (the Tax Court Judge) in which she allowed the appeal brought by James S. A. MacDonald (Mr. MacDonald or the respondent) against reassessments issued with respect to his 2004, 2005, 2006 and 2007 taxation years [2017 TCC 157, [2018] 1 C.T.C. 2239]. By these reassessments, the Minister of National Revenue (the Minister) determined that cash settlement payments totalling \$9 936 149 made by Mr. MacDonald pursuant to a derivative contract during the years in issue gave rise to capital losses rather than business losses.

[2] In support of her appeal, the Crown argues amongst other things that the Tax Court Judge did not adopt the proper framework of analysis in disposing of the matter before her and failed to give effect to the recent decision of the Tax Court in *George Weston Ltd. v. The Queen*, 2015 TCC 42, [2015] 4 C.T.C. 2010 (*George Weston* [or Reasons]).

[3] The respondent for his part takes the position that none of the alleged errors has been established and essentially stands by the reasons given by the Tax Court Judge in support of the conclusion that she reached.

[4] In my view, *George Weston* was determinative of the issue before the Tax Court Judge and ought to have been followed. I therefore propose that the appeal be allowed.

## FACTS

[5] The facts for the most part are set out in the partial statement of agreed facts which was annexed to the

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*La sous-procureure générale du Canada*, pour l'appelante.

*Davies Ward Phillips & Vineberg LLP*, Toronto,  
pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE EN CHEF NOËL : La Cour est saisie de l'appel interjeté par Sa Majesté la Reine (la Couronne ou l'appelante) à l'encontre d'une décision de la juge Lafleur de la Cour canadienne de l'impôt (la juge de la Cour de l'impôt) par laquelle elle a accueilli l'appel interjeté par James S. A. MacDonald (M. MacDonald ou l'intimé) contre les nouvelles cotisations à l'égard de ses années d'imposition 2004, 2005, 2006 et 2007 [2017 CCI 157]. Dans les nouvelles cotisations, le ministre du Revenu national (le ministre) a déterminé que les paiements en espèces à titre de règlement totalisant 9 936 149 \$ versés par M. MacDonald aux termes de contrats dérivés pendant les années en litige ont donné lieu à des pertes en capital plutôt que des pertes d'entreprise.

[2] À l'appui de son appel, la Couronne soutient entre autres que la juge de la Cour de l'impôt n'a pas adopté le bon cadre d'analyse en tranchant l'affaire dont elle était saisie et a fait fi de la récente décision de la Cour de l'impôt dans l'affaire *George Weston Ltd. c. La Reine*, 2015 CCI 42 (*George Weston*).

[3] Pour sa part, l'intimé fait valoir qu'aucune des erreurs reprochées n'a été établie et souscrit essentiellement aux motifs donnés par la juge de la Cour de l'impôt à l'appui de sa conclusion.

[4] À mon avis, la décision *George Weston* était déterminante en ce qui a trait à la question que devait trancher la juge de la Cour de l'impôt et aurait dû être suivie. Je propose donc que l'appel soit accueilli.

## FAITS

[5] La plupart des faits sont énoncés dans l'exposé conjoint partiel des faits qui était annexé à la décision

decision under appeal. The following reflects a brief summary which incorporates Mr. MacDonald's *viva voce* evidence and tracks the facts as they unfolded in chronological order.

[6] Mr. MacDonald has over 40 years of capital markets and corporate finance experience. During his career, he has served on the board of numerous public companies. He worked with McLeod Young Weir in various capacities until 1988 when the brokerage firm was acquired by the Bank of Nova Scotia, and became Scotia McLeod. As a result of this acquisition, Mr. MacDonald became the owner of 183 333 common shares of the Bank of Nova Scotia (the BNS shares).

[7] By 1997, Mr. MacDonald came to the view that certain world events would lead to a decline in the value of his BNS shares in the short term but nevertheless remained optimistic that they would perform well in the long term.

[8] Also around this time, Mr. MacDonald became interested in obtaining a loan in order to finance various investments. On June 6, 1997, Mr. MacDonald was offered a credit facility by the TD Bank. The offer envisaged that Mr. MacDonald would pledge a certain number of his BNS shares and assign any payment he could become entitled to receive pursuant to a forward contract (the Forward Contract) between himself and TD Securities Inc. (TDSI) to be entered into as collateral for the loan. The offer also contemplated that the Forward Contract would be maintained while the loan was in place and that Mr. MacDonald would provide TD Bank with a net worth statement on an annual basis.

[9] Mr. MacDonald entered into the Forward Contract as planned on June 26, 1997 with TDSI. It could only be cash settled—i.e.: no shares were thereby to be acquired or sold. Based on its terms, TDSI would pay Mr. MacDonald the amount by which the Reference Price (the closing price of the BNS shares on the Toronto Stock Exchange on the Forward Date) fell below the Forward Price (\$68.43) multiplied by the 165 000 shares which were subject to the Forward Contract (the Reference Shares). In the event the Reference Price was to exceed

dont il est fait appel. Les paragraphes qui suivent présentent un résumé succinct selon l'ordre chronologique des événements et qui intègre le témoignage de vive voix de M. MacDonald.

[6] M. MacDonald a plus de 40 ans d'expérience dans le domaine des marchés financiers et des finances des sociétés. Au cours de sa carrière, il a siégé au conseil d'administration de nombreuses sociétés cotées. Il a travaillé au sein du cabinet McLeod Young Weir à divers titres jusqu'en 1988, année où la Banque de Nouvelle-Écosse a fait l'acquisition du cabinet de courtage, qui est devenu Scotia McLeod. En raison de l'acquisition, M. Macdonald a obtenu 183 333 actions ordinaires de la Banque de Nouvelle-Écosse (les actions de la BNE).

[7] En 1997, M. MacDonald estimait que certains événements mondiaux entraîneraient une diminution de la valeur de ses actions de la BNE à court terme, mais demeurerait optimiste, jugeant qu'elles offriraient un bon rendement à long terme.

[8] À peu près au même moment, M. MacDonald a cherché à obtenir un prêt afin de financer divers placements. Le 6 juin 1997, la Banque TD a offert à M. MacDonald une facilité de crédit. Selon l'offre, M. MacDonald donnerait en gage des actions de la BNE et céderait tout paiement auquel il pourrait avoir droit en application d'un contrat à terme de gré à gré à conclure entre lui-même et Valeurs mobilières TD Inc. (VMTD) en garantie du prêt. L'offre prévoyait également que le contrat à terme de gré à gré serait maintenu pendant la durée du prêt et que M. MacDonald remettrait tous les ans à la Banque TD un état de valeur nette.

[9] M. MacDonald a conclu le contrat à terme de gré à gré comme prévu avec VMTD le 26 juin 1997. Le contrat ne pouvait être réglé que par paiement en espèces : aucune action ne pouvait par conséquent être achetée ou vendue. Selon ses modalités, VMTD paierait à M. MacDonald la valeur de la diminution du prix de référence (le cours officiel de clôture des actions de la BNE à la bourse de Toronto à la date d'échéance) en deçà du prix à terme (68,43 \$) multiplié par les 165 000 actions visées par le contrat à terme de gré à gré (les actions

the Forward Price, Mr. MacDonald would be required to make payments to TDSI.

[10] The Forward Contract was to terminate on its Forward Date, initially June 26, 2002 and later extended to March 26, 2006. Mr. MacDonald also had the option to make settlement payments on the number of Reference Shares of his choice before the Forward Date, in which case the Forward Contract would be partially terminated with respect to the number of Reference Shares covered by the payments. Mr. MacDonald availed himself of this option on twelve occasions between 2003 and 2006.

[11] Thus, the number of the Reference Shares that were subject to the Forward Contract varied downwards due to settlement payments made by Mr. MacDonald. It also varied upwards due to the issuance of a stock dividend and a stock split which took place while the Forward Contract was in force. However, at no time was the number of Reference Shares under the Forward Contract greater than the total number of BNS shares owned by Mr. MacDonald.

[12] Mr. MacDonald entered into a Securities Pledge Agreement also as planned on July 2, 1997. By this agreement, Mr. MacDonald pledged 165 000 of his BNS shares to the TD Bank and assigned any payment to which he could become entitled under the Forward Contract as additional collateral.

[13] Mr. MacDonald accepted the credit facility offer on July 2, 1997. Pursuant to its terms, Mr. MacDonald undertook to maintain in place the Forward Contract for the number of Reference Shares corresponding to the 165 000 shares which had been pledged.

[14] Although this credit facility authorized Mr. MacDonald to borrow up to \$10 477 485, he only availed himself of part of this credit—\$4,899,000—which he used for the purpose of investing in other ventures.

de référence). Dans l'éventualité où le prix de référence excéderait le prix à terme, M. MacDonald serait tenu de verser des paiements à VMTD.

[10] Le contrat à terme de gré à gré devait être résilié à sa date d'échéance, initialement le 26 juin 2002. Il a été prolongé par la suite jusqu'au 26 mars 2006. M. MacDonald avait aussi l'option de faire des paiements à titre de règlement avant la date d'échéance à l'égard du nombre d'actions de référence de son choix, auquel cas le contrat à terme de gré à gré serait partiellement résilié pour ce qui est du nombre d'actions de référence visées par les paiements. M. MacDonald s'est prévalu de cette option à 12 reprises entre 2003 et 2006.

[11] Ainsi, le nombre d'actions de référence visées par le contrat à terme de gré à gré a varié à la baisse en raison des paiements effectués à titre de règlement par M. MacDonald et à la hausse en raison de la distribution d'un dividende sous forme d'actions et d'un fractionnement d'actions qui a eu lieu pendant la durée du contrat à terme de gré à gré. Cependant, le nombre d'actions de référence visées par le contrat à terme de gré à gré n'a jamais été supérieur au nombre total d'actions détenues par M. MacDonald.

[12] M. MacDonald a également conclu une entente de nantissement de valeurs mobilières comme prévu le 2 juillet 1997. Dans le cadre de cette entente, M. MacDonald a donné en gage 165 000 de ses actions de la BNE à la Banque TD et a cédé tout paiement auquel il pourrait avoir droit en application du contrat à terme de gré à gré à titre de garantie supplémentaire.

[13] M. MacDonald a accepté l'offre de facilité de crédit le 2 juillet 1997. Aux termes de cette dernière, M. MacDonald s'est engagé à maintenir en place le contrat à terme de gré à gré à l'égard du nombre d'actions de référence correspondant aux 165 000 actions qui avaient été données en gage.

[14] Même si cette facilité de crédit autorisait M. MacDonald à emprunter jusqu'à concurrence de 10 477 485 \$, il s'est prévalu uniquement d'une partie de ce crédit — 4 899 000 \$ — qu'il a utilisé pour investir



These borrowed funds were fully repaid prior to the close of Mr. MacDonald's 2004 taxation year.

[15] Upon Mr. MacDonald's repayment of the loan, the Forward Contract remained in place. However, contrary to what Mr. MacDonald anticipated, the value of the Reference Shares did not decrease and remained above their Reference Price. As a result, between 2004 and 2006, Mr. MacDonald was required to make cash settlement payments totalling \$9 966 149.

[16] At trial, Mr. MacDonald testified that he intended to profit from the anticipated decline in the value of the BNS shares but nevertheless retain ownership of the shares based on his belief that they would perform well in the long term and he entered into the Forward Contract as it allowed him to achieve both objectives. While he did sell some of his BNS shares during the years when the Forward Contract was in place, he explained that this was done in order to rebalance his portfolio and to reduce his overall exposure to Canadian financial institutions which had increased when, in the context of another take-over, he became the owner of a substantial number of shares issued by the TD Bank.

[17] In computing his income for his 2004, 2005 and 2006 taxation years, Mr. MacDonald took the position that the cash settlement payments totalling \$9 966 149 made during those years gave rise to business losses that were deductible against income from other sources.

[18] The Minister took issue with this characterization and denied the losses for the years in which they were claimed on the basis that the cash settlement payments gave rise to capital losses. The 2007 reassessment denies a minimum tax carry forward credit to which Mr. MacDonald became entitled by reason of the business loss claimed for his 2005 taxation year.

dans d'autres entreprises. Les fonds empruntés ont été totalement remboursés avant la fin de l'année d'imposition 2004 de M. MacDonald.

[15] Au moment du remboursement du prêt par M. MacDonald, le contrat à terme de gré à gré est demeuré en place. Cependant, contrairement à ce que prévoyait M. MacDonald, la valeur des actions de référence n'a pas diminué et est restée supérieure au prix de référence. En conséquence, entre 2004 et 2006, M. MacDonald a dû effectuer des paiements en espèces totalisant 9 966 149 \$ en règlement du contrat.

[16] Lors du procès, M. MacDonald a déclaré qu'il comptait tirer profit de la baisse prévue de la valeur des actions de la BNE tout en demeurant détenteur des actions puisqu'il avait la conviction qu'elles offriraient un bon rendement à long terme et il a conclu un contrat à terme de gré à gré qui lui permettait d'atteindre les deux objectifs. Bien qu'il ait vendu quelques actions de la BNE pendant la durée du contrat à terme de gré à gré, il a expliqué qu'il avait agi ainsi pour rééquilibrer son portefeuille et réduire son exposition globale aux institutions financières canadiennes qui avait augmenté lorsque, dans le cadre d'une autre prise de contrôle, il était devenu propriétaire d'un nombre important d'actions émises par la Banque TD.

[17] En calculant son revenu pour ses années d'imposition 2004, 2005 et 2006, M. MacDonald a estimé que les paiements en espèces totalisant 9 966 149 \$ versés en règlement du contrat au cours de ces années donnaient lieu à des pertes d'entreprise qui étaient déductibles du revenu provenant d'autres sources.

[18] Le ministre n'était pas d'accord sur cette interprétation et a refusé les pertes à l'égard des années au cours desquelles elles ont été réclamées au motif que les paiements en espèces donnaient lieu à des pertes en capital. La nouvelle cotisation de 2007 annule un crédit pour report d'impôt minimum auquel M. MacDonald avait droit en raison de la perte d'entreprise réclamée pour son année d'imposition 2005.



[19] Notices of objection were filed by Mr. MacDonald and the appeal to the Tax Court of Canada ensued.

#### DECISION OF THE TAX COURT OF CANADA

[20] The Tax Court Judge first identified the approach to be used in determining whether the cash settlement payments made by the respondent were on account of income or capital in nature. She chose to address the issue using the two-step analysis suggested by the respondent: she first focused on the Forward Contract “in and of itself”—i.e.: independently of any connection with the BNS shares—and considered whether it was entered into in the course of an adventure or concern in the nature of a trade so that any loss derived therefrom was to be treated on an income account under paragraph 3a) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp., c.1) (the Act) (Reasons, paragraph 35). As a second step, she considered whether the Forward Contract was linked to capital assets—i.e.: the BNS shares owned by the respondent—in which case the Forward Contract would be a hedging instrument and losses reflected by the cash settlement payments would be capital in nature.

[21] Turning to the first step, the Tax Court Judge, citing *Canada Safeway Limited v. Canada*, 2008 FCA 24, [2008] D.T.C. 6074, noted that the most important factor in determining whether a transaction is an adventure in the nature of a trade is the intent of the taxpayer and whether it reveals a scheme for profit making (Reasons, at paragraph 52). She also noted that an adventure in the nature of a trade is a speculative undertaking which typically involves great risk (Reasons, at paragraphs 53 and 54).

[22] Based on the testimony of Mr. MacDonald which she accepted as “credible and reliable”, the Tax Court Judge found that his “sole purpose and intention” when he entered into the Forward Contract was to speculate and profit from the decrease in the value of the BNS shares he foresaw and that this intention remained in place throughout (Reasons, at paragraph 59). Moreover,

[19] Des avis d’opposition ont été déposés par M. MacDonald, suivi de l’appel à la Cour canadienne de l’impôt.

#### DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L’IMPÔT

[20] La juge de la Cour de l’impôt a d’abord déterminé l’approche à employer pour décider si les paiements en espèces versés par l’intimé étaient attribuables au revenu ou au capital. Elle a choisi l’analyse en deux étapes suggérée par l’intimé : elle s’est d’abord penchée sur le contrat à terme de gré à gré « en soi » — c.-à-d. : sans tenir compte de tout lien avec les actions de la BNE — et a cherché à savoir s’il avait été conclu en tant que projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial de sorte que toute perte en découlant était imputable au revenu aux termes de l’alinéa 3a) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch.1 (la Loi) (motifs, au paragraphe 35). Comme deuxième étape, elle a examiné le contrat à terme de gré à gré pour savoir s’il ressortissait à une immobilisation — c.-à-d. : les actions de la BNE que détenait l’intimé — auquel cas le contrat à terme de gré à gré constituerait un instrument de couverture, et les pertes représentées par les paiements en espèces seraient imputables au capital.

[21] Abordant la première étape, la juge de la Cour de l’impôt, renvoyant à l’arrêt *Canada Safeway Limited c. Canada*, 2008 CAF 24, a fait remarquer que le facteur le plus important, quand il s’agit de décider si une opération constitue un projet comportant un risque de caractère commercial, est l’intention du contribuable et l’existence d’un plan visant la réalisation d’un bénéfice (motifs, au paragraphe 52). Elle a aussi fait remarquer qu’une affaire de caractère commercial constitue une opération spéculative qui comporte habituellement un grand risque (motifs, aux paragraphes 53 et 54).

[22] À la lumière du témoignage de M. MacDonald, qu’elle a accepté comme « crédible et fiable », la juge de la Cour de l’impôt a conclu que « la seule intention » de ce dernier au moment de conclure le contrat à terme de gré à gré était de spéculer sur une baisse prévue du cours des actions de la BNE et d’en tirer profit, et que cette intention n’avait pas changé (motifs, au paragraphe 59).

the Forward Contract exposed Mr. MacDonald to great risks as it was uncertain whether he would make or receive payments thereunder (Reasons, paragraphs 60 and 61). She therefore rejected the Crown's contention that Mr. Macdonald's "primary intention" was to "lock-in an economic gain on the BNS shares pledged and the Forward Contract, and to protect the value of the BNS shares" (Reasons, paragraph 58).

[23] The Tax Court Judge later reinforced this finding in various ways (Reasons, paragraphs 60 to 65). She noted the "very important fact" that Mr. MacDonald "did not intend to ever sell his BNS shares" (Reasons, paragraph 66). Although he did in fact sell slightly over 50 percent of his BNS shares while the Forward Contract was in place and in the few months following the last cash settlement payment, these sales could all be explained by special circumstances, such that Mr. MacDonald's stated intent to never sell his BNS shares could not be doubted or questioned (Reasons, paragraph 66).

[24] After rejecting a series of other arguments advanced by the Crown (Reasons, paragraphs 68 to 79), the Tax Court Judge reaffirmed her finding that the respondent had, by entering into the Forward Contract, engaged in an adventure in the nature of a trade.

[25] The Tax Court Judge then turned to the issue whether the Forward Contract hedged a capital asset. She explained that if this were the case, the effect would be to "convert" the cash settlement payments from income into capital as "[i]t is clear from the evidence... that the BNS shares held by Mr. MacDonald are the capital assets to be considered" in determining the tax treatment (Reasons, paragraph 80).

[26] The Tax Court Judge, noting that the term "hedge" is not defined in the Act, first considered the testimony of

De plus, le contrat à terme de gré à gré exposait M. MacDonald à de graves risques étant donné qu'il ne savait pas s'il verserait ou recevrait des fonds en application du contrat (motifs, aux paragraphes 60 et 61). Par conséquent, elle a rejeté l'argument de la Couronne voulant que « l'intention principale » de M. MacDonald fût « de réaliser le gain économique à l'égard des actions de la BNE faisant l'objet du nantissement et du contrat à terme et de protéger la valeur des actions de la BNE » (motifs, au paragraphe 58).

[23] La juge de la Cour de l'impôt a réitéré cette conclusion de diverses façons (motifs, aux paragraphes 60 à 65). Elle a souligné le « fait très important » selon lequel M. MacDonald « avait l'intention de ne jamais vendre ses actions de la BNE » (motifs, au paragraphe 66). Même s'il a effectivement vendu un peu plus de la moitié de ses actions de la BNE pendant la durée du contrat à terme de gré à gré et au cours des quelques mois qui ont suivi le dernier paiement en espèces, ces ventes pouvaient toutes s'expliquer par des circonstances particulières, de sorte que l'intention exprimée par M. MacDonald de ne jamais vendre ses actions de la BNE ne pouvait pas être mise en doute, ni être remise en question (motifs, au paragraphe 66).

[24] Après avoir rejeté d'autres arguments avancés par la Couronne (motifs, aux paragraphes 68 à 79), la juge de la Cour de l'impôt a réitéré sa conclusion selon laquelle l'intimé, en signant un contrat à terme de gré à gré, s'était engagé dans un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial.

[25] La juge de la Cour de l'impôt s'est ensuite penchée sur la question de savoir si le contrat à terme de gré à gré servait à couvrir une immobilisation. Elle a expliqué que si tel était le cas, les paiements en espèces seraient imputables au capital « plutôt » qu'au revenu étant donné que « [l]a preuve présentée [...] démontr[e] clairement que les actions de la BNE détenues par M. MacDonald sont l'immobilisation qui doit être prise en compte » pour déterminer le traitement fiscal (motifs, au paragraphe 80).

[26] Constatant que le terme « couverture » n'est pas défini dans la Loi, la juge de la Cour de l'impôt a d'abord

both expert witnesses called upon to opine on its commercial definition and found that the essential feature is a strategy to offset investment risk (Reasons, paragraphs 81 and 85).

[27] She then turned to the case law and found that, for income tax purposes, a hedge exists where: i) a taxpayer has an intent to hedge and ii) the hedging instrument is directly or symmetrically linked to an underlying asset in terms of quantum and timing citing *Reference re: Grain Futures Taxation Act (Manitoba)*, [1925] J.C.J. No. 4 (QL), [1925] 2 W.W.R. 60 (P.C.) (*Grain Futures*), confirmed in *Echo Bay Mines Ltd. v. Canada*, [1992] 3 F.C. 707, (1992), 92 D.T.C. 6437 (T.D.) (*Echo Bay Mines*); *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 175 (*Placer Dome*), and *Salada Foods Ltd. v. The Queen*, [1974] C.T.C. 201, (1974), 74 D.T.C. 6171 (F.C.T.D.) (Reasons, paragraphs 86 to 90).

[28] The Tax Court Judge also found that *George Weston* was consistent with the established jurisprudence and confirmed that both the intent to hedge and the link between the instrument and the underlying asset must be present before hedging can be said to have occurred (Reasons, paragraph 95).

[29] Turning to the first requirement, the Tax Court Judge framed the issue as whether Mr. MacDonald had “a clear intention to hedge against his BNS shares” (Reasons, paragraph 96). After referring to her initial finding that Mr. MacDonald’s intention was to speculate, she found that the requisite intent to hedge was lacking (Reasons, paragraph 96). Given her holding that both intent and linkage must be present in order for hedging to take place, the analysis could have ended there.

[30] However, the Tax Court Judge went on to address what she understood to be the “linkage principle” (Reasons, paragraph 97). The Crown took the position that the relevant link was between the Forward Contract and Mr. MacDonald’s ownership of the BNS shares. According to the Crown, this link was clear: the Forward

tenu compte du témoignage des deux experts invités à donner leur avis sur la définition de ce terme en matière commerciale. Elle a conclu que la caractéristique essentielle consiste en une stratégie visant à compenser le risque d’un placement (motifs, aux paragraphes 81 et 85).

[27] Elle s’est ensuite penchée sur la jurisprudence et a conclu qu’aux fins du calcul de l’impôt sur le revenu, il y a opération de couverture lorsque : i) un contribuable a l’intention de couvrir et ii) l’instrument de couverture est directement ou symétriquement lié, quant au montant et au moment, au bien qui en est l’objet (voir *Reference re : Grain Futures Taxation Act (Manitoba)*, [1925] J.C.J. No. 4 (QL), [1925] 2 W.W.R. 60 (P.C.) (*Grain Futures*), confirmé dans *Echo Bay Mines Ltd. c. Canada*, [1992] 3 C.F. 707 (*Echo Bay Mines*); *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715 (*Placer Dome*), et *Salada Foods Ltd. c. La Reine*, [1974] A.C.F. n° 106 (QL) (1<sup>re</sup> inst.) (motifs, aux paragraphes 86 à 90)).

[28] La juge de la Cour de l’impôt a également conclu que la décision dans l’affaire *George Weston* était dans le droit fil de la jurisprudence établie et a confirmé que l’existence d’une opération de couverture est subordonnée à une intention de couvrir et à un lien entre l’instrument et le bien qui en est l’objet (motifs, au paragraphe 95).

[29] Quant à la première exigence, la juge de la Cour de l’impôt a énoncé ainsi la question : M. MacDonald avait-il « une intention claire de couvrir ses actions de la BNE »? (motifs, au paragraphe 96). Après avoir fait référence à sa conclusion initiale, à savoir que l’intention de M. MacDonald était de spéculer, elle a conclu que l’intention requise de couvrir était absente (motifs, au paragraphe 96). Étant donné sa conclusion selon laquelle à la fois l’intention et le lien doivent être présents pour qu’il y ait couverture, elle aurait pu mettre fin à l’analyse à cette étape.

[30] Or, la juge de la Cour de l’impôt a ensuite abordé ce qu’elle croyait être le « principe du rattachement » (motifs, au paragraphe 97). La Couronne a soutenu que le lien pertinent était celui entre le contrat à terme de gré à gré et les actions de la BNE, dont M. MacDonald avait conservé la propriété. Selon la Couronne, ce lien était

Contract reduced Mr. MacDonald's exposure to market fluctuations which affected the share value. This was also the view of the Crown's expert witness, Dr. Klein (Reasons, paragraphs 97 and 98).

[31] The Tax Court Judge rejected this contention. She agreed with the expert called by Mr. MacDonald, Dr. Kurgan, who explained that the BNS shares were the "Reference Shares" under the Forward Contract but not the "Delivery Assets" as the Forward Contract does not contemplate settlements other than by way of cash payments. She therefore found that "the Forward Contract cannot be described for income tax purposes as a partial same asset hedge of the BNS shares" (Reasons, paragraph 99).

[32] Moreover, the Tax Court Judge rejected the Crown's contention that Mr. MacDonald was exposed to risk by simply owning the shares. Specifically, she did not accept that price fluctuations could have affected him since he did not intend to ever sell his BNS shares except for the "small number" that he did sell (Reasons, paragraphs 103 and 104). It followed, in her view, that the only risk that could have been hedged is a transactional risk (Reasons, paragraph 105).

[33] However, the Tax Court Judge held that any such transaction would have to be made "at the same time or in close proximity" to the cash settlement payments made under the Forward Contract (Reasons, paragraph 112). As the cash settlement payments "arose at different times from the realized gains on the sales of the BNS shares", the Tax Court judge found that the linkage principle was not satisfied and there was no hedge for tax purposes (Reasons, paragraph 113).

[34] The Tax Court Judge therefore held that the Forward Contract was not a hedging instrument because it was neither linked to Mr. MacDonald's ownership of his BNS shares nor to any disposition of these shares.

évident : le contrat à terme de gré à gré réduisait l'exposition de M. MacDonald aux fluctuations du marché se répercutant sur la valeur de ses actions. Telle était aussi l'opinion du témoin expert de la Couronne, M. Klein (motifs, aux paragraphes 97 et 98).

[31] La juge de la Cour de l'impôt a rejeté cette thèse. Elle a retenu le témoignage de l'expert de M. MacDonald, M. Kurgan, qui a expliqué que les actions de la BNE étaient les « actions de référence » dans le contrat à terme de gré à gré, mais non les « biens à livrer » étant donné que le contrat à terme de gré à gré ne prévoit que des paiements en espèces à titre de règlement. Par conséquent, elle a conclu que « le contrat à terme ne peut être décrit pour les besoins de l'impôt sur le revenu comme une couverture partielle d'un même actif, soit les actions de la BNE » (motifs, au paragraphe 99).

[32] De plus, la juge de la Cour de l'impôt a rejeté la thèse de la Couronne selon laquelle M. MacDonald était exposé à un risque du simple fait qu'il détenait les actions. Plus précisément, elle n'a pas accepté que les fluctuations du marché aient pu l'exposer à un risque étant donné qu'il voulait ne jamais vendre ses actions de la BNE, sauf le « petit nombre » d'entre elles qu'il a vendues (motifs, aux paragraphes 103 et 104). À son avis, il s'ensuit que le seul risque qui aurait pu être couvert est un risque lié à une opération (motifs, au paragraphe 105).

[33] Cependant, la juge de la Cour de l'impôt a conclu qu'une telle opération devait se faire « en même temps [...] ou dans une période rapprochée » que les paiements en espèces versés en règlement du contrat à terme de gré à gré (motifs, au paragraphe 112). Étant donné que les paiements en espèces « ont eu lieu à des dates différentes de celles des gains réalisés des ventes des actions de la BNE », la juge de la Cour de l'impôt a conclu qu'il n'était pas satisfait au principe du rattachement et qu'il n'y avait aucune couverture à des fins fiscales (motifs, au paragraphe 113).

[34] Par conséquent, la juge de la Cour de l'impôt a conclu que le contrat à terme de gré à gré n'était pas un instrument de couverture, parce qu'il n'était ni lié au fait que M. MacDonald détenait ses actions de la BNE, ni à aucune vente de ces actions.

## POSITION OF THE PARTIES

*The Crown*

[35] The Crown submits that the Tax Court Judge erred in law by failing to apply the proper legal test in determining whether the Forward Contract was a hedging instrument. The Tax Court Judge is also alleged to have adopted a flawed two-stage analysis in addressing the issue and to have placed too much weight on Mr. MacDonald's "subjective statement of intention" (memorandum of the Crown, paragraph 56).

[36] In order to qualify as a hedge, a financial instrument must be linked to an underlying asset exposed to risk. As established by the case law, this condition will be met where a person has assets or liabilities exposed to market fluctuations and the commercial purpose for entering into the contract was to mitigate such risks (memorandum of the Crown, paragraph 38). As such, the link between the Forward Contract and Mr. MacDonald's pledged shares was obvious: "changes in the value of the Forward Contract always offset changes in the value of the underlying pledged shares so that the respondent's net asset value remained the same even as the market price for BNS shares fluctuated". This allowed Mr. MacDonald to offer the shares as risk-free collateral to the TD Bank (memorandum of the Crown, paragraph 36).

[37] The Crown also submits that the Tax Court Judge further erred by adopting a strict approach to linkage (memorandum of the Crown, paragraph 39). The Tax Court Judge found that a link between an offsetting transaction—such as the sale of BNS shares—was required. In doing so, the Tax Court Judge disregarded the established jurisprudence, specifically, the Tax Court decision in *George Weston* which established that a derivative instrument can be linked to an underlying asset where no transaction is contemplated (memorandum of the Crown, paragraph 41). As a result, the two most recent cases of the Tax Court of Canada concerning hedging are irreconcilable.

## THÈSES DES PARTIES

*La Couronne*

[35] La Couronne soutient que la juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur de droit en faisant fi du critère juridique applicable pour décider si le contrat à terme de gré à gré constituait un instrument de couverture. La juge de la Cour de l'impôt aurait aussi fait erreur dans l'analyse à deux volets adoptée pour examiner la question et aurait accordé beaucoup trop de poids à la [TRADUCTION] « déclaration d'intention subjective » de M. MacDonald (mémoire de la Couronne, au paragraphe 56).

[36] Pour qu'il y ait couverture, un instrument financier doit être rattaché à un bien exposé à un risque. Suivant la jurisprudence, cette condition est remplie dès qu'une personne a des actifs ou des passifs exposés aux fluctuations du marché et que l'objet commercial du contrat consiste à atténuer de tels risques (mémoire de la Couronne, au paragraphe 38). À ce titre, le lien entre le contrat à terme de gré à gré et les actions de M. MacDonald données en gage était évident : [TRADUCTION] « les changements dans la valeur du contrat à terme de gré à gré compensent toujours les changements dans la valeur des actions données en gage de sorte que la valeur de l'actif net du défendeur est demeurée la même, malgré les fluctuations du cours des actions de la BNE ». M. MacDonald a pu ainsi offrir les actions en guise de garantie sans risque à la Banque TD (mémoire de la Couronne, au paragraphe 36).

[37] La Couronne soutient également que la juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en adoptant une approche stricte du principe du rattachement (mémoire de la Couronne, au paragraphe 39). La juge de la Cour de l'impôt a conclu qu'un lien entre une opération de compensation — comme la vente d'actions de la BNE — était nécessaire. Ce faisant, la juge de la Cour de l'impôt a fait fi de la jurisprudence établie, plus précisément la décision de la Cour de l'impôt dans l'affaire *George Weston*, suivant laquelle un instrument dérivé peut être rattaché à un bien en l'absence d'opération envisagée (mémoire de la Couronne, au paragraphe 41). En conséquence, les deux plus récentes affaires de la Cour canadienne de l'impôt au sujet des opérations de couverture sont incompatibles.



[38] Mr. MacDonald's ownership of the pledged shares resulted in him having assets and liabilities exposed to market fluctuations (memorandum of the Crown, paragraph 44). Ownership has risks. Even if he never intended to sell his shares, Mr. MacDonald's continued ownership of the shares exposed him to risk (memorandum of the Crown, paragraph 45).

[39] Moreover, in order for there to be a hedge, there must be an objective reason for doing so (memorandum of the Crown, paragraph 46). In *Saskferco Products ULC v. Canada*, 2008 FCA 297, [2009] 1 C.T.C. 302, this Court focused on the surrounding commercial purposes of the transaction rather than the taxpayer's subjective intent.

[40] The Crown also takes the position that the Tax Court Judge's two-step approach caused her to err in her analysis of the linkage between the Forward Contract and the BNS shares; she ought to have undertaken the hedging analysis at the outset (memorandum of the Crown, paragraphs 49 to 51).

#### *The respondent*

[41] The respondent submits that the Tax Court Judge correctly held that intent and a sufficient link between the instrument and the underlying asset are required in order for a hedge to exist. These central elements of a hedge were established by the Privy Council in *Grain Futures* and continue to inform the jurisprudence (memorandum of the Crown, paragraphs 49 to 52). The Crown's failure to challenge the Tax Court Judge's finding that Mr. MacDonald did not intend to hedge is fatal to her appeal (memorandum of the respondent, paragraphs 47 and 48). Moreover, the Tax Court Judge's conclusion that Mr. MacDonald did not have this requisite intent is based on a careful assessment of the evidence. The Crown's position—that Mr. MacDonald's BNS shares were hedged because the TD Bank was able to protect the value of its collateral—disregards Mr. MacDonald's intent and the Tax Court Judge's finding that the loan had no bearing on the hedging issue (memorandum of the respondent, paragraphs 33 and 53).

[38] Comme M. MacDonald détenait les actions données en gage, il avait des actifs et des passifs exposés aux fluctuations du marché (mémoire de la Couronne, au paragraphe 44). La propriété comporte des risques. Même s'il n'avait jamais eu l'intention de vendre ses actions, M. MacDonald était exposé à un risque du fait qu'il détenait les actions (mémoire de la Couronne, au paragraphe 45).

[39] De plus, pour qu'il y ait une couverture, il doit y avoir un motif objectif (mémoire de la Couronne, au paragraphe 46). Dans l'arrêt *Saskferco Products ULC c. Canada*, 2008 CAF 297, la Cour s'attache à déceler les objectifs commerciaux de l'opération, plutôt que l'intention subjective du contribuable.

[40] La Couronne soutient également que la démarche à deux volets adoptée par la juge de la Cour de l'impôt a induit cette dernière en erreur dans son analyse du rattachement entre le contrat à terme de gré à gré et les actions de la BNE; elle aurait dû commencer par l'analyse de la couverture (mémoire de la Couronne, aux paragraphes 49 à 51).

#### *L'intimé*

[41] L'intimé soutient que la juge de la Cour de l'impôt a eu raison de conclure que l'intention et un lien suffisant entre l'instrument et le bien qui en est l'objet doivent être présents pour qu'il y ait une opération de couverture. Ces éléments essentiels d'une couverture ont été établis par le Conseil privé dans la décision *Grain Futures* et continuent d'éclairer la jurisprudence (mémoire de la Couronne, aux paragraphes 49 à 52). Le défaut par la Couronne de contester la conclusion de la juge de la Cour de l'impôt selon laquelle il n'avait pas l'intention de procéder à une opération de couverture est fatale pour son appel (mémoire de l'intimé, aux paragraphes 47 et 48). De plus, la conclusion de la juge de la Cour de l'impôt selon laquelle il n'avait pas l'intention requise est fondée sur une évaluation minutieuse de la preuve. La thèse de la Couronne — voulant que les actions de la BNE de M. MacDonald fussent couvertes parce que la Banque TD avait été en mesure de protéger la valeur de sa garantie — ne tient compte ni de l'intention de



[42] According to the respondent, the decision under appeal is not inconsistent with *George Weston*. In that case, George Weston had a clear intent to hedge and the swaps (the hedging instrument) matched the value of the assets and were entered into at the same time they were acquired, thus exhibiting the necessary linkage in terms of both quantum and timing (memorandum of the respondent, paragraph 62). The Crown's position, if accepted, would give rise to an "accidental hedge" whereby a taxpayer would become a hedger regardless of his intent to do so (memorandum of the respondent, paragraph 66).

[43] In addition, the Tax Court Judge did not err in her application of the linkage principle. The Tax Court Judge correctly concluded that the Forward Contract neither mitigated risk nor locked in any gain on Mr. MacDonald's BNS shares (memorandum of the respondent, paragraph 70).

[44] The respondent also asserts that the Tax Court Judge adopted the correct two-step approach. In any event, proceeding in a different manner would not alter the fact that Mr. MacDonald did not intend to hedge nor create the requisite linkage (memorandum of the respondent, paragraph 80).

[45] The respondent also takes the position that the Tax Court Judge did not commit any of the factual errors that the Crown alleges. Her conclusion that Mr. MacDonald was not exposed to risk by reason of his ownership of the BNS shares was based on his intent to never sell the shares as well as the expert evidence. As she was entitled to do, the Tax Court Judge rejected the evidence of the Crown's expert witness and accepted that a transaction was required as price fluctuations would have no effect on Mr. MacDonald (memorandum of the respondent, paragraph 88).

ce dernier ni de la conclusion de la juge de la Cour de l'impôt voulant que le prêt ne concernât aucunement la question relative à la couverture (mémoire de l'intimé, aux paragraphes 33 et 53).

[42] Selon l'intimé, la décision dont il est interjeté appel n'est pas incompatible avec celle rendue dans l'affaire *George Weston*. George Weston avait manifestement l'intention d'éliminer le risque : les échanges financiers (l'instrument de couverture) correspondaient à la valeur des biens et avaient été conclus au moment où ceux-ci avaient été acquis. Le rattachement nécessaire était ainsi démontré quant au montant et au moment (mémoire de l'intimé, au paragraphe 62). La thèse de la Couronne, si elle est acceptée, donnerait lieu à une [TRADUCTION] « couverture accidentelle » par laquelle un contribuable acquerrait une couverture, quelle que soit son intention à cet égard (mémoire de l'intimé, au paragraphe 66).

[43] De plus, la juge de la Cour de l'impôt n'a pas fait erreur en appliquant le principe du rattachement. Elle a conclu à raison que le contrat à terme de gré à gré n'atténuait pas le risque et ne réalisait aucun gain à l'égard des actions de la BNE de M. MacDonald (mémoire de l'intimé, au paragraphe 70).

[44] L'intimé affirme également que la juge de la Cour de l'impôt a adopté la bonne analyse à deux volets. Quoi qu'il en soit, agir différemment ne changerait rien au fait qu'il n'entendait pas effectuer une opération de couverture, ni créer le rattachement requis (mémoire de l'intimé, au paragraphe 80).

[45] L'intimé soutient aussi que la juge de la Cour de l'impôt n'a pas commis les erreurs de fait que lui reproche la Couronne. Sa conclusion selon laquelle il n'était pas exposé à un risque du fait qu'il détenait les actions de la BNE était fondée sur l'intention de ce dernier de ne jamais vendre les actions ainsi que sur le témoignage de l'expert. Comme elle pouvait le faire, la juge de la Cour de l'impôt a rejeté le témoignage de l'expert de la Couronne et a accepté qu'il fallût qu'il y ait une opération étant donné que les fluctuations de cours n'auraient aucune incidence sur M. MacDonald (mémoire de l'intimé, au paragraphe 88).

[46] Moreover, the Tax Court Judge did not err in finding that the loan bore no relationship to the Forward Contract and that it did not establish a link between the Forward Contract and the BNS shares (memorandum of the respondent, paragraphs 90 to 92). In coming to this conclusion, the Tax Court Judge relied on the testimony of Mr. MacDonald, the testimony of both experts and the fact that Mr. MacDonald was affluent and could repay the loan (memorandum of the respondent, paragraph 93).

#### ANALYSIS AND DISPOSITION

##### *Standard of review*

[47] The issue to be decided in this appeal turns on the definition of a hedge for tax purposes and whether the Forward Contract is a hedging instrument when this definition is applied to the facts at hand. Ascertaining the meaning of a hedge gives rise to a question of law, reviewable on the standard of correctness (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 8). The application of this definition to the facts at hand gives rise to a question of mixed fact and law which, in the absence of an extricable legal error, cannot be interfered with unless an overriding and palpable error can be demonstrated (*Housen v. Nikolaisen*, at paragraphs 36 and 37).

##### *The analytical approach*

[48] This appeal does not turn on whether the Tax Court Judge chose the proper analytical approach in addressing the issue before her because regardless of the approach taken, the matter must ultimately be resolved by ascertaining whether the Forward Contract is a hedging instrument. The Tax Court Judge recognized as much at paragraph 80 of her reasons. It remains however that the hedging issue, if decided in favour of the Minister, stood to resolve the matter whereas the trading issue, however decided, could not. Given this, the analysis should have begun with the hedging issue.

[49] The Tax Court Judge explained that addressing the trading issue first was in accordance with the structure

[46] En outre, la juge de la Cour de l'impôt n'a pas fait erreur en concluant que le prêt n'avait aucun lien avec le contrat à terme de gré à gré et qu'il ne permettait pas de rattacher le contrat à terme de gré à gré aux actions de la BNE (mémoire de l'intimé, aux paragraphes 90 à 92). Sa conclusion était fondée sur le témoignage de M. MacDonald et celui des deux experts ainsi que sur le fait que M. MacDonald était à l'aise et pouvait rembourser le prêt (mémoire de l'intimé, au paragraphe 93).

#### ANALYSE ET DISPOSITIF

##### *Norme de contrôle*

[47] L'appel concerne la définition d'une couverture à des fins fiscales et la question de savoir si, lorsqu'on applique cette définition aux faits de l'espèce, le contrat à terme de gré à gré est un instrument de couverture. La définition d'une couverture soulève une question de droit et commande le contrôle selon la norme de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 8). L'application de cette définition aux faits soulève une question mixte de fait et de droit. En l'absence d'une erreur de droit isolable, la conclusion ne peut être modifiée à moins d'une erreur manifeste et dominante (*Housen c. Nikolaisen*, aux paragraphes 36 et 37).

##### *L'analyse*

[48] La question n'est pas de savoir si la juge de la Cour de l'impôt a choisi la bonne analyse pour trancher la question dont elle était saisie; quelle que soit l'approche adoptée, la question ultime est celle de savoir si le contrat à terme de gré à gré est un instrument de couverture. La juge de la Cour de l'impôt l'a reconnu au paragraphe 80 de ses motifs. Cependant, il n'en demeure pas moins que la question relative à la couverture, si elle était tranchée en faveur du ministre, allait régler l'affaire, ce que la question relative au caractère commercial ne pouvait faire, et ce peu importe la décision sur cette question. L'analyse aurait donc dû commencer par la question relative à la couverture.

[49] La juge de la Cour de l'impôt a expliqué que commencer par se prononcer sur la question relative au

of the Act (section 3) and “the principles for ascertaining profits under subsection 9(1) of the Act developed by the Supreme Court of Canada in *Canderel Ltd v Canada*, [1998] 1 SCR 147, [1998] SCJ No 13 (QL) [*Canderel*]” (Reasons, paragraph 35). However, no issue of profit computation arises if the Forward Contract is a hedging instrument. The Tax Court Judge also suggested, relying on *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, [1995] 2 C.T.C. 369 (*Friesen*), that income from a source (paragraph 3(a) of the Act) should be considered prior to income derived from the taxable portion of capital gains (paragraph 3(b)). While *Friesen* speaks of this distinction, no particular hierarchy is proposed.

[50] I therefore begin by considering the hedging issue.

#### *The hedging issue*

[51] It is well established that for income tax purposes, the treatment of any gain or loss derived from a hedging instrument is determined by the character of the asset being hedged (*Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622 (*Shell*), paragraphs 68 and 70, citing *Tip Top Tailors Limited v. Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 703, 1957 CanLII 71 (*Tip Top Tailors*), at page 707; *Alberta Gas Trunk Line Co. Ltd. v. M.N.R.*, [1972] S.C.R. 498, 1971 CanLII 179; *Columbia Records of Canada Ltd. v. M.N.R.*, [1971] C.T.C. 839 (F.C.T.D.)). In the present case, the BNS shares held by the respondent during the period when the Forward Contract was in place were capital property in his hands so that if the Forward Contract had the effect of hedging risk linked to these shares, the losses incurred by the respondent as a result of having been required to make cash settlement payments will be treated as capital losses.

[52] The leading authority as to what constitutes hedging under Canadian law is the decision of the Supreme Court in *Placer Dome*. The issue in that case was whether “hedging” as defined under the *Mining Tax Act*, R.S.O. 1990, c. M.15 was restricted to transactions that result in

caractère commercial était conforme à l'économie de la Loi (article 3) et « aux principes permettant de déterminer le bénéfice en vertu du paragraphe 9(1) de la Loi que la Cour suprême du Canada a définis dans *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147 (*Canderel*) » (motifs, au paragraphe 35). Toutefois, aucune question de calcul des bénéfices n'est soulevée si le contrat à terme de gré à gré constitue un instrument de couverture. La juge de la Cour de l'impôt a également suggéré, sur le fondement de l'arrêt *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103 (*Friesen*), que le revenu provenant d'une source (alinéa 3a) de la Loi) devait être pris en compte avant celui tiré de la partie imposable des gains en capital (alinéa 3b)). Certes, l'arrêt *Friesen* traite de cette distinction, mais il ne propose aucune hiérarchie en particulier.

[50] Je commence donc par l'examen de la question relative à la couverture.

#### *La couverture*

[51] Il est bien établi qu'aux fins du calcul de l'impôt sur le revenu, le traitement d'un gain ou d'une perte découlant d'un instrument de couverture dépend de la nature du bien couvert (*Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622 (*Shell*), aux paragraphes 68 et 70, citant *Tip Top Tailors Limited v. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 703, 1957 CanLII 71 (*Tip Top Tailors*), à la page 707; *Alberta Gas Trunk Line Co. Ltd. c. M.R.N.*, [1972] R.C.S. 498, 1971 CanLII 179; *Columbia Records of Canada Ltd. c. M.R.N.*, [1971] C.T.C. 839 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)). En l'espèce, les actions de la BNE détenues par l'intimé au cours de la période pendant laquelle le contrat à terme de gré à gré était en vigueur constituaient une immobilisation entre ses mains, de sorte que, si le contrat à terme de gré à gré avait pour effet d'éliminer le risque lié à ces actions, les pertes subies par l'intimé, contraint d'effectuer des paiements en espèces en règlement du contrat, seront assimilées à des pertes en capital.

[52] L'arrêt de principe quant à ce qui constitue une couverture en droit canadien est celui rendu par la Cour suprême dans l'affaire *Placer Dome*. La question était de savoir si « couverture » au sens de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*, L.R.O. 1990, ch. M.15, visait

physical delivery of the output of a mine or include profits derived from “hedging” programs in respect of mining operations (*Placer Dome*, paragraph 1).

[53] In order to answer this question, the Supreme Court identified the act of “hedging” on the basis of its commonly understood meaning under generally accepted accounting principles (GAAP). It explained that “financial derivatives are contracts whose value is based on the value of an underlying asset, reference rate, or index.” (*Placer Dome*, paragraph 29). It further identified the distinction between speculation and hedging as follows (*Placer Dome*, paragraph 29):

... A transaction is a hedge where the party to it genuinely has assets or liabilities exposed to market fluctuations, while speculation is “the degree to which a hedger engages in derivatives transactions with a notional value in excess of its actual risk exposure” .... [Reference omitted.]

[54] As the derivative contracts in that case did not exceed the output of the mine, they were held to be hedging instruments rather than speculative instruments. Specifically, these instruments had the effect of fixing a price for the output of a mine before delivery by forward sale thereby eliminating the risk inherent in the fluctuation in price of the gold output (*Placer Dome*, paragraph 52).

[55] Applying this approach to the case at hand, the number of BNS shares held by Mr. MacDonald throughout the period during which the Forward Contract was in place exceeded the number of Reference Shares covered under the Forward Contract, so that market fluctuation risk was effectively neutralized or mitigated with respect to the corresponding number of BNS shares owned by Mr. MacDonald during this period. Stated differently, the amount of any cash settlement payment which Mr. MacDonald could become entitled to receive or be required to make under the Forward Contract was inversely proportional to the loss or gain on the corresponding

uniquement les opérations qui donnent lieu à la livraison physique de la production d’une mine ou vise également les bénéfices dérivés de programmes de « couverture » concernant des activités d’exploitation minière (*Placer Dome*, au paragraphe 1).

[53] Pour répondre à cette question, la Cour suprême définit le terme « couverture » suivant le sens qui lui est habituellement attribué en application des principes comptables généralement reconnus (PCGR). Elle explique que « les instruments financiers dérivés sont des contrats dont la valeur devient fonction de celle d’un actif, d’un taux de référence ou d’un indice qui lui est sous-jacent » (*Placer Dome*, au paragraphe 29). Elle fait en outre la distinction entre la spéculation et la couverture en ces termes (*Placer Dome*, au paragraphe 29) :

[...] Il y a opération de couverture lorsque des éléments d’actif ou de passif de la partie qui l’effectue sont véritablement exposés aux fluctuations du marché, alors que la spéculation est [TRADUCTION] « la mesure dans laquelle l’opérateur en couverture effectue des opérations dérivées dont la valeur nominale excède le risque couru » [...] [Référence omise.]

[54] Puisque la valeur des contrats dérivés dans cette affaire n’excédait pas la production de la mine, la Cour conclut qu’ils constituent des instruments de couverture plutôt que des instruments de spéculation. Plus précisément, ces instruments ont pour effet de fixer un prix pour la production d’une mine, avant livraison, au moyen d’une vente à terme, ce qui élimine le risque inhérent à la fluctuation du cours de l’or produit (*Placer Dome*, au paragraphe 52).

[55] Si l’on applique cette approche à l’espèce, le nombre d’actions de la BNE détenues par M. MacDonald pendant toute la période où le contrat à terme de gré à gré était en vigueur dépassait le nombre d’actions de référence visées par le contrat à terme de gré à gré, de sorte que le risque lié à la fluctuation du marché était effectivement neutralisé ou atténué pour ce qui est du nombre correspondant d’actions de la BNE détenues par M. MacDonald pendant cette période. Autrement dit, le montant d’un paiement en espèces auquel M. MacDonald pouvait avoir droit, ou qu’il était tenu d’effectuer en règlement du contrat à terme de gré à gré, était inversement

number of shares that he held computed on the basis of the Reference Price at the time.

[56] Although the BNS shares held by the respondent were fungible, the Forward Contract at the outset had the effect of neutralizing or mitigating risk on the specific block of shares which was pledged by Mr. MacDonald while the credit facility offered by the TD Bank was in place. As the loan was repaid and shares were released to Mr. MacDonald under the Securities Pledge Agreement, the Forward Contract continued to have that effect on the BNS shares that he held, up to the remaining number of Reference Shares covered by the Forward Contract.

[57] The Supreme Court in *Placer Dome* also explained that forward contracts may be settled by physical delivery of the underlying asset or by cash settlements. It observed that most derivative contracts are not settled by physical delivery. Of particular significance for present purposes is the holding that “the way in which a derivative contract functions as a ‘hedge’ is unaffected by the method by which the contract is settled.” (*Placer Dome*, paragraph 31).

[58] The Tax Court Judge did not apply *Placer Dome* in addressing the issue before her. She explained that *Placer Dome* is based on GAAP and cited another decision of the Supreme Court—*Canderel*—for the proposition that GAAP is not determinative of the manner in which income is computed under the Act (Reasons, paragraph 70).

[59] As noted earlier, the issue to be decided in this case is not one of income computation and although GAAP is not determinative in addressing issues arising under the Act, it is often helpful (*Canderel*, paragraph 35). Notably, the definition of a hedge under GAAP was relied upon in *Echo Bay Mines*, a case involving the computation of income under the Act. *Echo Bay Mines* bears many similarities with *Placer Dome*. The specific issue being addressed in that case was whether receipts from the

proportionnel à la perte subie ou au gain réalisé à l’égard du nombre correspondant d’actions qu’il détenait, en fonction du prix de référence à ce moment-là.

[56] Même si les actions de la BNE détenues par l’intimé étaient fongibles, le contrat à terme de gré à gré, au début, avait pour effet de neutraliser ou d’atténuer le risque sur le bloc précis d’actions que M. MacDonald avait donné en gage pendant la durée de la facilité de crédit offerte par la Banque TD. À mesure que le prêt était remboursé et que les actions étaient remises à M. MacDonald conformément à l’entente de nantissement, le contrat à terme de gré à gré continuait d’avoir cet effet sur les actions de la BNE qu’il détenait correspondant aux actions de référence visées par le contrat à terme de gré à gré.

[57] Dans l’arrêt *Placer Dome*, la Cour suprême explique également que les contrats à terme peuvent être dénoués par une livraison physique de l’actif sous-jacent ou par le règlement en espèces. Elle fait remarquer que la plupart des contrats dérivés ne se dénouent pas au moyen d’une livraison physique. La conclusion selon laquelle « le contrat dérivé demeure un instrument de “couverture” quel qu’en soit le dénouement » (*Placer Dome*, au paragraphe 31) est particulièrement pertinente dans la présente espèce.

[58] La juge de la Cour de l’impôt n’a pas appliqué l’arrêt *Placer Dome* dans son examen de la question dont elle était saisie. Selon elle, cet arrêt est fondé sur les PCGR. Elle a renvoyé à une autre décision de la Cour suprême — *Canderel* — voulant que les PCGR ne soient pas déterminants lorsqu’il s’agit de décider comment calculer le revenu sous le régime de la Loi (motifs, au paragraphe 70).

[59] Comme nous le disons plus haut, la question à trancher en l’espèce ne concerne pas le calcul du revenu, et les PCGR, s’ils ne sont pas déterminants lorsqu’il s’agit de régler les questions découlant de la Loi, se révèlent néanmoins souvent utiles (*Canderel*, au paragraphe 35). Mentionnons notamment que la définition d’une opération de couverture donnée à la lumière des PCGR a servi de fondement dans l’affaire *Echo Bay Mines*, où il était question du calcul du revenu sous le régime de la Loi.



settlement of forward sales contracts entered into in order to neutralize price fluctuation of the output of a mine were part of “resource profits” under the Act.

[60] The Supreme Court in *Placer Dome* endorsed the conclusion reached in *Echo Bay Mines*. After noting that under GAAP, no distinction is to be made between cash settled and delivery settled contracts (*Placer Dome*, paragraph 34), the Court said (*Placer Dome*, paragraph 35):

Although I am mindful that *Echo Bay Mines* concerned a different statute, one in which “hedging” is not a defined term, I conclude that the general principles articulated in that case have some relevance here. The central issue in *Echo Bay Mines* was whether gains and losses from hedging were sufficiently linked to the underlying transactions, namely the production and sale of silver, to constitute “resource profits” within the meaning of the Regulations under the *Income Tax Act*. In essence, the court in *Echo Bay Mines* was grappling with the same question that is raised in the present case: Can synthetic derivative transactions be said to “fix the price” for the underlying commodity even where those transactions do not result in the delivery of the underlying commodity?

[61] I do not believe that it was open to the Tax Court Judge to move away from the test set out in *Placer Dome* in determining whether the Forward Contract entered into by Mr. MacDonald is a hedging instrument (Compare *George Weston*, paragraphs 68 and 69). Under that test, the Forward Contract is a hedging instrument if it neutralizes or mitigates risk to which the underlying asset is exposed, and there is no issue that this was the effect of the Forward Contract on Mr. MacDonald’s BNS shares from the time when they were pledged and thereafter up to the time when the last cash settlement payment was made and the remaining Reference Shares were finally settled.

L’affaire *Echo Bay Mines* présente nombre de similitudes avec l’arrêt *Placer Dome*. La question précise était de savoir si le bénéfice provenant de la liquidation de contrats de vente à terme conclus pour neutraliser la fluctuation des prix de la production d’une mine comptait au montant des « bénéfices relatifs à des ressources » pour l’application de la Loi.

[60] Dans l’arrêt *Placer Dome*, la Cour suprême entérine la conclusion dans l’arrêt *Echo Bay Mines*. Après avoir fait remarquer qu’en application des PCGR, aucune distinction n’existe entre les contrats qui se dénouent par un règlement en espèces et ceux se dénouant par livraison (*Placer Dome*, au paragraphe 34), la Cour dit (*Placer Dome*, au paragraphe 35) :

Tout en étant conscient que la décision *Echo Bay Mines* porte sur une loi différente qui ne définit pas le terme « couverture », je conclus que les principes généraux qui y sont énoncés ont une certaine pertinence en l’espèce. En effet, la principale question posée dans *Echo Bay Mines* était de savoir si les gains et pertes résultant des opérations de couverture avaient avec les opérations sous-jacentes, à savoir la production et la vente d’argent, un lien suffisant pour constituer des « bénéfices relatifs à des ressources » au sens du Règlement pris en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Essentiellement, dans *Echo Bay Mines* la Cour fédérale était saisie de la même question qui est soulevée en l’espèce : Peut-on affirmer que les opérations synthétiques dérivées « fixent le prix » de la marchandise sous-jacente même lorsque ces opérations ne donnent pas lieu à la livraison de cette marchandise?

[61] Je ne crois pas qu’il soit loisible à la juge de la Cour de l’impôt de s’écarter du critère énoncé dans l’arrêt *Placer Dome* pour décider si le contrat à terme de gré à gré conclu par M. MacDonald est ou non un instrument de couverture (comparer avec la décision *George Weston*, aux paragraphes 68 et 69). Suivant ce critère, le contrat à terme de gré à gré est un instrument de couverture s’il neutralise ou atténue le risque auquel est exposé le bien qui en est l’objet. Il ne fait aucun doute que c’était l’effet du contrat à terme de gré à gré sur les actions de la BNE de M. MacDonald à compter de leur mise en gage jusqu’au dernier paiement en espèces et au règlement définitif relatif aux actions de référence restantes.



[62] The Tax Court Judge was concerned that applying *Placer Dome* to Mr. MacDonald's situation would make it "impossible to ever speculate using a derivative instrument while maintaining a long position in an asset" (Reasons, paragraph 68). However, there is nothing untoward about this result as it is based on the inescapable logic that a person can neither gain nor lose by entering into a derivative instrument while owning assets whose value is protected by this instrument. *George Weston* reflects the latest reiteration of this rule albeit in the context of a risk arising from ownership of property rather than a transactional risk.

#### *Intention to hedge*

[63] The Tax Court Judge discounted the fact that Mr. MacDonald owned corresponding assets of equal value to the reference property covered by the Forward Contract. She did so on the basis that Mr. MacDonald's clear intent in entering into the Forward Contract was not to hedge but to speculate (Reasons, paragraph 96). She further explained at various points in her reasons that since Mr. MacDonald did not "intend to ever sell his BNS shares", there was no risk for him to hedge (Reasons, paragraph 66; see also paragraphs 68 and 104).

[64] This assumes both that intent is a condition precedent for hedging and that ownership of assets whose value is subject to market fluctuations does not carry a risk, a proposition that is contrary to the one established in *George Weston* (see paragraphs 77 to 90 below).

[65] The finding by the Tax Court Judge that Mr. MacDonald's sole intent was to speculate is questionable when regard is had to the sequence of events which unfolded between June 6 and July 2, 1997 (see paragraphs 8 to 14 above). However, nothing turns on the findings made by the Tax Court judge in this regard as intent is not a condition precedent for hedging.

[62] La juge de la Cour de l'impôt a émis des réserves sur l'application de l'arrêt *Placer Dome* à la situation de M. MacDonald qui rendrait « impossible de spéculer en utilisant un instrument dérivé tout en conservant une position acheteur dans un élément d'actif » (motifs, paragraphe 68). Toutefois, une telle issue n'a rien d'irrégulier, étant donné qu'elle procède de la logique implacable voulant qu'une personne ne puisse ni gagner ni perdre en ayant recours à un instrument dérivé tout en détenant les biens dont il protège la valeur. La décision *George Weston* présente l'illustration la plus récente de cette règle, à cela près qu'elle concerne le risque découlant de la propriété d'un bien plutôt qu'un risque lié à une opération.

#### *Intention relative à la couverture*

[63] La juge de la Cour de l'impôt n'a pas retenu le fait que M. MacDonald détenait des actifs correspondants de valeur égale au bien de référence visé par le contrat à terme de gré à gré, et ce parce que l'intention manifeste de M. MacDonald, en concluant le contrat à terme de gré à gré, visait la spéculation et non la couverture (motifs, au paragraphe 96). Elle a par la suite expliqué dans quelques passages de ses motifs que, puisque M. MacDonald avait « l'intention de ne jamais vendre ses actions de la BNE », il n'avait aucun risque à couvrir (motifs, au paragraphe 66; voir aussi les paragraphes 68 et 104).

[64] Pareille conclusion suppose que l'intention est une condition préalable à l'opération de couverture et que la propriété de biens dont la valeur est assujettie aux fluctuations du marché ne présente pas de risque, ce qui est contraire au principe établi dans la décision *George Weston* (voir les paragraphes 77 à 90 ci-après).

[65] La conclusion de la juge de la Cour de l'impôt selon laquelle M. MacDonald avait pour seule intention de spéculer est contestable eu égard aux faits qui se sont déroulés entre le 6 juin et le 2 juillet 1997 (voir les paragraphes 8 à 14 plus haut). Toutefois, elle importe peu pour nos besoins, l'intention n'étant pas une condition préalable à l'opération de couverture.

[66] The question whether intent is a prerequisite for hedging was not the subject of extensive debate before the Tax Court Judge as it appears that the Crown conceded, as it does here, that a commercial or business purpose for mitigating a risk must be present in order for hedging to take place (memorandum of the Crown, paragraph 38). However, being one of law, the question whether an intent to hedge is a prerequisite for hedging is for the Court to decide.

[67] While the case law to which the Tax Court Judge referred shows that foresight of an impending risk is a necessary element of a hedging exercise, I am aware of no case which makes an intent to hedge a condition precedent for hedging. The passage from the Privy Council decision in *Grain Futures* cited by Mr. MacDonald in support of the contrary proposition must be read in that light (memorandum of the respondent, paragraph 49).

[68] Counsel for the respondent also referred to numerous paragraphs from the reasons of the Tax Court in *George Weston* where “intent to speculate” is used in contrast with “intent to hedge”. Again, persons who enter into derivative contracts which have the effect of hedging risk on assets that they own are taken to understand the consequences of their actions, and *George Weston* was argued on the basis that the appellant was either intent on speculating or engaged in hedging (see for instance *George Weston*, at paragraphs 87, 88 and 89). There is no basis for the Tax Court Judge’s conclusion that *George Weston* “confirmed” that an intent to hedge is a prerequisite for hedging (Reasons, paragraph 95). Indeed, the issue is not even discussed.

[69] When regard is had to the binding authority on point, what is required in order for hedging to take place is that “the party to [a derivative contract] genuinely has assets ... exposed to market fluctuations” and the contract neutralizes or mitigates the exposure to this risk

[66] La question de savoir si l’intention est un prérequis pour l’opération de couverture n’a pas fait l’objet d’un débat exhaustif devant la juge de la Cour de l’impôt. Il semble que la Couronne ait concédé, comme elle le fait devant nous, qu’un objet commercial justifiant l’atténuation d’un risque doit être présent pour qu’il y ait couverture (mémoire de la Couronne, au paragraphe 38). Cependant, puisqu’il s’agit d’une question de droit, la question de savoir si l’intention d’éliminer un risque est un prérequis pour une opération de couverture relève de la Cour.

[67] Bien que la jurisprudence à laquelle renvoie la juge de la Cour de l’impôt indique que l’anticipation d’un risque imminent est nécessaire à l’exercice de couverture, je ne connais aucune source voulant que l’intention constitue une condition préalable à une opération de couverture. Le passage tiré d’une décision du Conseil privé dans l’affaire *Grain Futures* invoqué par M. MacDonald à l’appui de la proposition contraire doit être interprété à la lumière de ce qui précède (mémoire de l’intimé, au paragraphe 49).

[68] L’avocat de l’intimé a renvoyé à de nombreux paragraphes des motifs de la Cour de l’impôt dans la décision *George Weston* où « intention de spéculer » est opposée à « intention de couvrir ». Répétons-le, ceux qui concluent des contrats dérivés ayant pour effet de couvrir un risque à l’égard d’actifs qu’ils possèdent sont censés comprendre les conséquences de leurs actes. En outre, l’argumentation dans la décision *George Weston* part du principe que l’appelante avait l’intention de spéculer ou qu’elle était engagée dans une opération de couverture (voir par exemple *George Weston*, aux paragraphes 87, 88 et 89). Il n’y a aucun fondement à la conclusion de la juge de la Cour de l’impôt selon laquelle la décision *George Weston* « a confirmé » qu’une intention de couvrir est un prérequis à une opération de couverture (motifs, au paragraphe 95). En fait, la question n’est même pas abordée.

[69] À la lumière de l’arrêt de principe en la matière, il y a opération de couverture « lorsque des éléments d’actif ou de passif de la partie [à un contrat dérivé] sont véritablement exposés aux fluctuations du marché » et que le contrat neutralise ou atténue l’exposition à ce

on the assets owned by the party (*Placer Dome*, paragraph 29). Although, as noted, the person concerned must understand the nature of the contract being entered into, an intention to hedge has never been made a prerequisite for hedging.

[70] If this be the state of the law as I believe it is, counsel for the respondent invited the Court to alter it so as to make intention a prerequisite for hedging. According to counsel, failure to do so would give rise to an “accidental hedge” (memorandum of the respondent, paragraph 66). He gave the example of a person who enters into a contract to sell forward 100 BNS shares while holding none, but who inherits 100 BNS shares before the forward date. The person would thereby become an “accidental hedger”.

[71] At first glance, the so-called “accidental hedger” would not be caught by the existing test as the person concerned could not possibly have understood that the contract entered into would have the effect of mitigating risk. Mr. MacDonald, however, is not in that position as he owned assets covered by the Forward Contract at the time when it was entered into and was fully aware that the contract would mitigate risk on those assets. The Tax Court Judge did not address this issue given her finding that Mr. MacDonald did not intend to hedge.

[72] The evidence which bears on this point requires consideration of the credit facility which was negotiated with the TD Bank when the Forward Contract was entered into. Mr. MacDonald entered into the Forward Contract on June 26, 1997 while the credit facility was in the process of being organized. The initial credit offer was made on June 6, 1997. Entering into and maintaining the Forward Contract in place was a condition precedent for the loan. Mr. MacDonald was also required to pledge a block of his BNS shares commensurate with the number of Reference Shares covered by the Forward Contract—i.e.: 165 000 BNS shares—and to assign to the TD Bank any payment to which he could become entitled thereunder. Finally, he was required to produce a net worth statement periodically in order to demonstrate that he had the ongoing financial capacity to make

risque à l’égard des actifs de la partie (*Placer Dome*, au paragraphe 29). Même si, comme on l’indique, l’intéressée doit comprendre la nature du contrat qu’elle conclut, l’intention de couvrir n’a jamais constitué un prérequis à une opération de couverture.

[70] Si tel est l’état du droit, comme je le crois, l’avocat de l’intimé invite la Cour à le modifier de telle sorte que l’intention soit essentielle à l’opération de couverture. Selon l’avocat, refuser cette modification créerait une [TRADUCTION] « couverture accidentelle » (mémoire de l’intimé, au paragraphe 66). Il donne l’exemple d’une personne qui conclut un contrat de vente à terme de 100 actions de la BNE sans en détenir aucune, mais qui hérite de 100 actions de la BNE avant la date d’échéance. Elle aurait alors obtenu une « couverture accidentelle ».

[71] À première vue, j’estime que cette personne ne tomberait pas sous le coup du critère actuel étant donné qu’elle ne pouvait vraisemblablement avoir compris que le contrat conclu aurait pour effet d’atténuer le risque. Cependant, M. MacDonald n’est pas dans cette situation puisqu’il possédait les biens visés par le contrat à terme de gré à gré au moment où ce dernier a été conclu et qu’il était tout à fait conscient que le contrat atténuerait le risque à l’égard de ces biens. La juge de la Cour de l’impôt n’a pas abordé cette question étant donné sa conclusion selon laquelle M. MacDonald n’entendait pas couvrir le risque.

[72] Les éléments de preuve pertinents nécessitent un examen de la facilité de crédit qui a été négociée auprès de la Banque TD lorsque le contrat à terme de gré à gré a été conclu. M. MacDonald a signé le contrat à terme de gré à gré le 26 juin 1997; la facilité de crédit était alors en voie d’être mise en place. La première offre de crédit a été faite le 6 juin 1997. La conclusion et le maintien du contrat à terme de gré à gré constituaient une condition préalable au prêt. M. MacDonald a aussi dû donner en gage un bloc de ses actions de la BNE correspondant au nombre d’actions de référence visées par le contrat à terme de gré à gré — c.-à-d. : 165 000 actions de la BNE — et céder à la Banque TD tout paiement auquel il aurait droit en application du contrat. Enfin, il était tenu de produire régulièrement un relevé de valeur nette afin de démontrer qu’il avait toujours la capacité financière

cash settlement payments under the Forward Contract should he be called upon to do so (appeal book, Vol. IV, pages 945–946). The credit facility was advanced on July 7, 1997. It is common ground that as a result of these transactions, the BNS shares that were pledged by Mr. MacDonald were protected from market fluctuation risk throughout the period during which the Forward Contract was in place, thereby achieving a perfect hedge.

[73] When questioned about this outcome, counsel for Mr. MacDonald pointed out that it was the lender and not his client who wanted the value of the pledged shares to be protected from market fluctuation risk. However, it was Mr. MacDonald who wanted the credit facility (transcripts of Mr. MacDonald’s cross-examination, page 113, lines 4 to 8), and he took the steps proposed by the lender in order to obtain it. Although counsel insists that Mr. MacDonald had no personal interest in neutralizing market fluctuation risk on the shares that he pledged, it remains that he was fully aware that risk had to be neutralized for the benefit of the lender. This is not a case of hedging by accident.

[74] I now turn to the question whether the Forward Contract immunized Mr. MacDonald’s BNS shares from risk.

*Were Mr. MacDonald’s shares immunized from risk?*

[75] The Tax Court Judge answered this question in the negative. She explained that in addition to the criterion of intent, hedging requires the presence of a close link between the Forward Contract and the underlying asset or transaction giving rise to risk and that the link be closely proximate in terms of timing and quantum (Reasons, paragraphs 86 and 95). Applying this test, she held that the link in this case was insufficient to conclude that a transactional risk (Reasons, paragraph 112) or a risk arising from ownership (Reasons, paragraph 104) had been hedged.

[76] The Tax Court Judge first considered whether the Forward Contract had been used to hedge a transactional

de faire des paiements en espèces en règlement du contrat à terme de gré à gré au besoin (dossier d’appel, vol. IV, aux pages 945 et 946). La facilité de crédit a été avancée le 7 juillet 1997. Il est acquis aux débats qu’en conséquence de ces opérations, les actions de la BNE données en gage par M. MacDonald étaient protégées du risque de fluctuation du marché durant la durée du contrat à terme de gré à gré, et ce parfaitement.

[73] Lorsqu’on lui a posé des questions au sujet de ce résultat, l’avocat de M. MacDonald a fait remarquer que c’est le prêteur et non son client qui voulait que la valeur des actions données en gage soit protégée du risque de fluctuation du marché. Or, c’est M. MacDonald qui voulait le crédit (transcription du contre-interrogatoire de M. MacDonald, à la page 113, lignes 4 à 8), et il a pris les mesures proposées par le prêteur pour l’obtenir. Même si l’avocat insiste sur le fait que M. MacDonald n’avait aucun intérêt personnel à neutraliser le risque de fluctuation du marché à l’égard des actions données en gage, il n’en demeure pas moins qu’il était tout à fait conscient qu’il fallait que le risque soit neutralisé au profit du prêteur. Il ne s’agit pas d’une opération de couverture accidentelle.

[74] Abordons la question de savoir si le contrat à terme de gré à gré protégeait les actions de la BNE de M. MacDonald contre le risque.

*Les actions de M. MacDonald étaient-elles protégées contre le risque?*

[75] La juge de la Cour de l’impôt a répondu par la négative à cette question. Elle a expliqué qu’en plus du critère de l’intention, l’opération de couverture exige, entre le contrat à terme de gré à gré et le bien qui en fait l’objet ou l’opération qui donne lieu au risque, un lien très étroit quant au moment et à la valeur (motifs, aux paragraphes 86 et 95). Appliquant ce critère, elle était d’avis que le lien en l’espèce était insuffisant pour permettre de conclure qu’un risque lié à une opération (motifs, au paragraphe 112) ou qu’un risque découlant de la propriété (motifs, au paragraphe 104) avait été éliminé.

[76] La juge de la Cour de l’impôt a d’abord cherché à savoir si le contrat à terme de gré à gré visait à éliminer

risk, specifically whether the loss represented by the cash settlement payments were neutralized or mitigated by the offsetting gains realized by Mr. MacDonald on the sale of some of his BNS shares while the Forward Contract was in force. After a lengthy analysis, she found that the required linkage was not present.

[77] This, however, was not an issue which she had to decide as no transactional risk was alleged to have been hedged. The Crown's sole position throughout has been that Mr. MacDonald hedged the risk to which he was exposed by reason of owning his BNS shares (reply to the amended notice of appeal, paragraphs 14.33; Reasons, paragraph 97).

[78] The question surrounding ownership risk and whether such a risk is capable of being hedged for tax purposes was addressed by the Tax Court in *George Weston*. Until *George Weston*, the decided cases all dealt with derivative contracts which have the effect of neutralizing or mitigating a transactional risk—i.e.: the sale of the mining output in *Placer Dome* and *Echo Bay Mines*, the purchase of materials used in the course of business in *Atlantic Sugar Refineries v. Minister of National Revenue*, [1949] S.C.R. 706, at page 711 and *Tip Top Tailors* or the repayment of a foreign currency loan in *Shell*. Thus, in all these instances, it was a transactional risk that was offset through the use of a hedging instrument.

[79] *George Weston* involved currency swaps entered into in order to neutralize the impact of currency fluctuations on George Weston's consolidated balance sheet. The risk was caused by its subsidiary's acquisition of a U.S.-based business in U.S. dollars by way of debt financing. As a result, cross-currency fluctuations would impact on the equity section of the corporate group's consolidated balance sheet. George Weston therefore entered into currency swaps whose value varied inversely with the value of its U.S. investments thereby ensuring that its debt to equity ratio would be unaffected by these fluctuations. The currency swaps turned out to be a lucrative exercise for George Weston as it ended up being "in the money" by over 300 million Canadian dollars when the swaps were terminated.

un risque lié à une opération, plus précisément si la perte représentée par les paiements en espèces était neutralisée ou atténuée par les gains compensateurs réalisés par M. MacDonald à la suite de la vente d'actions de la BNE pendant la durée du contrat à terme de gré à gré. Après une longue analyse, elle a conclu à l'absence du lien requis.

[77] Cependant, elle n'était pas tenue de trancher la question; personne n'ayant avancé qu'un risque lié à une opération avait été couvert. Tout au long de l'instance, la Couronne a soutenu que M. MacDonald avait éliminé le risque auquel il était exposé du fait qu'il était propriétaire des actions de la BNE (réponse à l'avis d'appel modifié, au paragraphe 14.33; motifs, au paragraphe 97).

[78] La question concernant le risque lié à la propriété et la possibilité de couvrir un tel risque à des fins fiscales a été examinée par la Cour de l'impôt dans la décision *George Weston*. Avant cette décision, toutes les affaires ont trait à des contrats dérivés ayant pour effet de neutraliser ou d'atténuer un risque lié à une opération — c.-à-d. : la vente de la production de l'exploitation minière dans l'arrêt *Placer Dome* et la décision *Echo Bay Mines*, l'achat de matériaux utilisés dans le cours des affaires dans l'arrêt *Atlantic Sugar Refineries c. Minister of National Revenue*, [1949] R.C.S. 706, à la page 711 et l'arrêt *Tip Top Tailors* ou le remboursement d'un prêt en devises étrangères dans l'arrêt *Shell*. Dans toutes ces affaires, c'est donc un risque lié à une transaction qui était compensé par l'utilisation d'un instrument de couverture.

[79] L'affaire *George Weston* concerne des échanges de devises conclus pour neutraliser l'incidence de la fluctuation des devises sur le bilan consolidé de George Weston. Le risque découlait de l'achat par sa filiale, en dollars américains, d'une entreprise établie aux États-Unis, au moyen d'un financement par emprunt. En conséquence, la fluctuation des devises aurait une incidence sur la section des capitaux propres du bilan consolidé du groupe de sociétés. Par conséquent, George Weston a conclu des échanges de devises dont la valeur variait à l'inverse de celle de ses placements aux États-Unis, ce qui mettait à l'abri des fluctuations son ratio emprunts-capitaux propres. Les échanges de devises se sont révélés lucratifs pour George Weston, et se sont soldés par des gains de plus de 300 millions de dollars canadiens.



[80] Lamarre A.C.J. held for the first time that risk associated with the fluctuating value of assets can be hedged for tax purposes. In so holding, she rejected the Crown's contention that the currency risk associated with George Weston's increasing debt to equity ratio as a result of its expanded indirect holdings in U.S. assets could not be hedged because the risk was not associated with a transaction (*George Weston*, paragraphs 52, 76 and 81). No appeal was taken from that decision.

[81] The risk in *George Weston* arose by reason of the cross-currency fluctuation between the Canadian dollar and U.S. dollar. This had the potential of impacting negatively on George Weston's balance sheet. This was a real risk which George Weston neutralized through the swaps. Lamarre A.C.J. held that protecting one's financial position against an identified risk over time is hedging and this is what George Weston achieved by the swaps which it entered into.

[82] Neither the Tax Court Judge nor the parties took issue with *George Weston* and I have no reason to question its correctness. Although the situation is novel, none of the binding precedents, including *Shell*, requires that a derivative transaction be linked to a gain or loss resulting from a separate transaction (*George Weston*, paragraph 81). A risk arising from ownership is equally capable of being hedged and there is no reason why the established rule that hedging gains or losses are treated the same way as the assets being hedged for tax purposes, should not apply (*George Weston*, paragraph 81).

[83] The Crown reiterates before us her position that *George Weston* was dispositive of the issue before the Tax Court Judge and ought to have been followed. I agree. As was the case with respect to George Weston's U.S. assets, the value of the shares which Mr. MacDonald pledged in order to obtain his credit facility, as well as the corresponding number of BNS shares that he continued to hold after making cash settlement payments, were immunized from market fluctuation risk while the Forward Contract was in place.

[80] La juge en chef adjointe Lamarre a conclu pour la première fois que le risque associé à la valeur fluctuante des actifs peut être éliminé à des fins fiscales. Par cette conclusion, elle a rejeté l'argument de la Couronne voulant que le risque de change associé à une augmentation du ratio emprunts-capitaux propres de George Weston découlant de l'élargissement de ses avoirs indirects dans des actifs américains ne pouvait être couvert parce qu'il n'était pas lié à une opération (*George Weston*, aux paragraphes 52, 76 et 81). Aucun appel n'a été interjeté de cette décision.

[81] Dans cette affaire, le risque découlait de la fluctuation des devises canadienne et américaine et pouvait se répercuter sur le bilan de George Weston. Il s'agissait d'un véritable risque que celle-ci a neutralisé au moyen des échanges. Selon la juge en chef adjointe Lamarre, protéger sa situation financière d'un risque déterminé sur une période donnée constitue une opération de couverture, et c'est ce qu'a fait George Weston par le truchement des échanges.

[82] Ni la juge de la Cour de l'impôt ni les parties en l'espèce n'ont contesté la décision *George Weston*, et je n'ai point de motif de douter de son bien-fondé. Même si la situation est nouvelle, aucune des décisions de principe, y compris l'arrêt *Shell*, n'exige qu'une opération dérivée soit rattachée à un gain ou à une perte découlant d'une opération distincte (*George Weston*, au paragraphe 81). Il est aussi possible de couvrir un risque lié à la propriété, et rien n'empêche la règle établie — voulant que les gains ou les pertes provenant d'une opération de couverture soient traités de la même façon que les actifs couverts à des fins fiscales — de s'appliquer (*George Weston*, au paragraphe 81).

[83] La Couronne réitère devant nous sa thèse : la décision *George Weston* tranchait la question dont la juge de la Cour de l'impôt était saisie et aurait dû être suivie. Je suis d'accord. À l'instar des actifs américains de George Weston, la valeur des actions que M. MacDonald a données en gage pour obtenir sa facilité de crédit, de même que les actions correspondantes de la BNE qu'il a continué de détenir après avoir effectué des paiements en espèces, étaient protégées contre le risque de fluctuation du marché pendant la durée du contrat à terme de gré à gré.



[84] The Tax Court Judge declined to apply *George Weston* on two grounds. First, she held that the present situation “is entirely different” because (Reasons, paragraph 104):

... Mr. MacDonald could [not] have been exposed to a risk associated with the ownership of the BNS shares since he did not want to ever sell the BNS shares .... As long as he did not sell the BNS shares, he suffered no risk in holding the BNS shares and I do not see how price fluctuations could have affected him.

[85] In so holding, the Tax Court Judge failed to appreciate the distinction between transactional risk and ownership risk. Although, the fact that Mr. MacDonald did not want to ever sell his BNS shares would foreclose the existence of a transactional risk, ownership risk can only exist if the underlying property is not sold. An intent to never sell is wholly consistent with the existence of ownership risk.

[86] This belief that Mr. MacDonald had no risk to hedge sealed the outcome from the Tax Court Judge’s perspective as Mr. MacDonald could not possibly have hedged a risk that he did not have (Reasons, paragraph 105). However, the reality is that Mr. MacDonald’s BNS shares were exposed to market fluctuation risk the same way as *George Weston*’s U.S. assets were exposed to cross-currency fluctuation risk, and in both cases, this risk could impact on their respective worth when measured in terms of the value of these assets in their hands. The respective derivative contracts neutralized this risk.

[87] The Tax Court Judge also distinguished *George Weston* on the basis that the risk in that case arose by reason of a “triggering event”—i.e.: the U.S. acquisition—whereas no such event occurred here. She noted that in contrast, Mr. MacDonald has been the owner of his BNS shares for some thirty years (Reasons, paragraph 107).

[88] With respect, whether the assets which give rise to ownership risk have long been held or were recently acquired is immaterial. There is no inconsistency between long-term ownership and hedging a risk associated with

[84] La juge de la Cour de l’impôt n’a pas appliqué la décision *George Weston* pour deux motifs, concluant premièrement que la présente situation « est entièrement différente » (motifs, au paragraphe 104) :

[...] Je ne vois pas comment M. MacDonald aurait pu être exposé à un risque associé aux actions de la BNE qu’il détenait, puisqu’il voulait ne jamais vendre les actions de la BNE [...] Tant qu’il ne vendait pas ses actions de la BNE, il n’était exposé à aucun risque du fait qu’il les détenait, et je ne vois pas comment la fluctuation des prix aurait pu le toucher.

[85] Par cette conclusion, la juge de la Cour de l’impôt a omis de faire la distinction entre risque lié à une opération et risque lié à la propriété. Si le désir de M. MacDonald de ne jamais vendre ses actions de la BNE ne concorde pas avec le risque lié à une opération, le risque lié à la propriété quant à lui n’existe que si le bien n’est pas vendu. L’intention de ne jamais vendre concorde tout à fait avec l’existence d’un risque lié à la propriété.

[86] Pour la juge de la Cour de l’impôt, l’absence de risque à couvrir réglait l’affaire; M. MacDonald ne pouvait pas vraisemblablement avoir couvert un risque qu’il n’avait pas (motifs, au paragraphe 105). Toutefois, en réalité, les actions de la BNE de M. MacDonald étaient exposées au risque de fluctuation du marché tout comme les actifs américains de *George Weston* l’étaient au risque de fluctuation des devises. Dans les deux cas, ce risque pouvait se répercuter sur leur valeur respective par rapport à la valeur des actifs entre leurs mains. Les contrats dérivés respectifs neutralisaient ce risque.

[87] La juge de la Cour de l’impôt a également distingué la décision *George Weston* de l’espèce au motif que le risque dans cette affaire découlait d’un « événement déclencheur » — une acquisition aux États-Unis —, alors qu’aucun tel événement n’est survenu en l’espèce. Elle a fait remarquer qu’en comparaison, M. MacDonald détenait ses actions de la BNE depuis une trentaine d’années (motifs, au paragraphe 107).

[88] Faisons observer qu’il importe peu que les actifs emportant un risque lié à la propriété soient détenus depuis longtemps ou qu’ils aient été acquis récemment. La propriété à long terme ne fait pas obstacle à la couverture

ownership. What matters is that Mr. MacDonald's BNS shares were exposed to market fluctuation risk and that this risk was neutralized by the Forward Contract.

[89] Finally, nothing more needs be demonstrated in order to establish that ownership risk was hedged by the Forward Contract. In this respect, the Tax Court Judge appeared to hold that the required "linkage" was not present because the BNS shares are not "Delivery Assets" under the Forward Contract but are "Reference Shares" or "Reference Assets" (Reasons, paragraphs 98 to 100). The suggestion, as I understand it, is that in order to qualify, the Forward Contract had to be a "same asset hedge of the BNS shares" and that the Forward Contract fell short of this description because the settlements had to be made by cash payments rather than by the delivery of shares (Reasons, paragraph 99).

[90] With respect, this linkage question, which arose from a debate between the experts, is irrelevant when regard is had to *Placer Dome*. As noted, the Supreme Court in that case considered the impact of the mode of settlement on the operation of a hedging instrument and held that hedging is unaffected by the way in which the contract is settled. The logic behind this conclusion seems unassailable, and I see no basis on which the Tax Court Judge could have held that the mode of settlement had any bearing on the issue before her.

[91] Had the Tax Court Judge followed the reasoning set out in *George Weston*, she would have been bound to conclude that risk capable of being hedged did result from Mr. MacDonald's share ownership and that this risk was neutralized by the Forward Contract which he entered into.

#### *Summary of conclusions*

[92] Based on the case law, an intention to hedge is not a condition precedent for hedging. It suffices that the person concerned owns assets exposed to market fluctuation risk when the derivative contract is entered into

d'un risque lié à la propriété. Ce qui importe, c'est que les actions de la BNE de M. MacDonald étaient exposées à un risque de fluctuation du marché et que ce risque a été neutralisé par le contrat à terme de gré à gré.

[89] Enfin, il n'y a rien d'autre à démontrer pour établir que le risque lié à la propriété a été couvert par le contrat à terme de gré à gré. À cet égard, la juge de la Cour de l'impôt a semblé conclure que le « lien » requis n'était pas présent parce que les actions de la BNE ne sont pas des « biens à livrer » en application du contrat à terme de gré à gré, mais des « actions de référence » ou des « biens de référence » (motifs, aux paragraphes 98 à 100). Ce qu'elle entend, d'après ce que je peux comprendre, c'est que le contrat à terme de gré à gré devait être « une couverture d'un même actif pour les actions de la BNE ». Or, selon elle le contrat à terme de gré à gré ne correspondait pas à cette description, parce que les règlements devaient être effectués au moyen de paiements en espèces plutôt que par livraison d'actions (motifs, au paragraphe 99).

[90] À notre sens, cette question de lien, qui découlait d'un débat entre les experts, n'est pas pertinente à la lumière de l'arrêt *Placer Dome*. Rappelons que la Cour suprême dans cette affaire conclut que l'opération de l'instrument de couverture ne dépend pas du mode de dénouement du contrat. La logique qui sous-tend cette conclusion semble inattaquable, et rien ne permettait à la juge de la Cour de l'impôt de conclure que le mode de dénouement avait quelque importance pour la question dont elle était saisie.

[91] Si la juge de la Cour de l'impôt avait suivi le raisonnement énoncé dans la décision *George Weston*, elle n'aurait pu que conclure qu'un risque pouvant être couvert résultait effectivement du fait que M. MacDonald était propriétaire de ses actions et que ce risque était neutralisé par le contrat à terme de gré à gré qu'il avait conclu.

#### *Résumé des conclusions*

[92] Selon la jurisprudence, l'intention de couvrir n'est pas une condition préalable à une opération de couverture. Il suffit que l'intéressée détienne des biens exposés à un risque de fluctuation du marché lorsque le contrat

and that the contract has the effect of neutralizing or mitigating that risk.

[93] Mr. MacDonald was not an “accidental hedger”. He was aware of the hedging effect which the Forward Contract would have on the BNS shares that he pledged to the TD Bank and that it would continue to have on the corresponding number of shares that he held thereafter while the Forward Contract was in force.

[94] The Tax Court Judge’s decision allows Mr. MacDonald to deduct the settlement payments as business losses even though the corresponding number of BNS shares that he held while the Forward Contract was in place are capital property in his hands thereby failing to adhere to the linkage principle, as developed by the case law.

[95] The Tax Court Judge erred in law in not following binding precedents, in particular the definition of a hedge given by the Supreme Court in *Placer Dome*. She further erred in distinguishing *George Weston* on the basis that Mr. MacDonald had no ownership risk to hedge. Had she appreciated that Mr. MacDonald’s BNS shares were exposed to risk and followed the case law, she would have been bound to conclude that this risk was mitigated by the Forward Contract that he entered into.

#### *Disposition*

[96] For these reasons, I would allow the appeal with costs, set aside the decision of the Tax Court Judge and giving the judgment which she ought to have given, I would confirm the validity of the reassessments issued against Mr. MacDonald, with costs.

PELLETIER J.A.: I agree.

DE MONTIGNY J.A.: I agree.

dérivé est conclu et que ce dernier a pour effet de neutraliser ou d’atténuer ce risque.

[93] M. MacDonald n’a pas obtenu une « couverture accidentelle ». Il était au courant de l’effet de couverture que le contrat à terme de gré à gré aurait sur les actions de la BNE qu’il avait données en gage à la Banque TD et de l’effet que ce contrat continuerait d’avoir sur le nombre correspondant d’actions qu’il détenait pendant la durée du contrat à terme de gré à gré.

[94] La décision de la juge de la Cour de l’impôt permet à M. MacDonald de déduire les paiements effectués à titre de règlement au titre de pertes d’entreprise, même si les actions correspondantes de la BNE qu’il détenait pendant la durée du contrat à terme de gré à gré constituent des immobilisations entre ses mains, ce qui contrevient au principe du rattachement, tel qu’il a été élaboré par la jurisprudence.

[95] La juge de la Cour de l’impôt a commis une erreur de droit en ne suivant pas les précédents faisant autorité, en particulier en faisant fi de la définition donnée par la Cour suprême du terme « couverture » dans l’arrêt *Placer Dome*. Elle a en outre commis une erreur en faisant une distinction avec la décision *George Weston* au motif que M. MacDonald n’avait aucun risque lié à la propriété à couvrir. Si elle avait reconnu que les actions de la BNE de M. MacDonald étaient exposées à un risque et si elle avait suivi la jurisprudence, elle n’aurait pu faire autrement que de conclure que ce risque était atténué par le contrat à terme de gré à gré conclu.

#### *Dispositif*

[96] Pour ces motifs, j’accueillerais l’appel avec dépens, j’annulerais la décision de la juge de la Cour de l’impôt et, rendant le jugement qu’elle aurait dû rendre, je confirmerais la validité des nouvelles cotisations établies à l’encontre de M. MacDonald, avec dépens.

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Je suis d’accord.

LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. : Je suis d’accord.

# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. The full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court.*

*\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

---

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### JUDICIAL REVIEW

Judicial review of Canada Border Services Agency (CBSA) refusal to give written assurances that applicant would be re-admitted to Canada should U.S. authorities bring him to border — Applicant, Albanian, claiming asylum in Canada — Later entering U.S. at non-official port of entry — Pleading guilty to illegal entry — Wishing to return to Canada to continue claim for asylum — U.S. authorities prepared to do so only if Canadian authorities giving indication that they would allow applicant to enter Canada — CBSA determining applicant not having right of entry pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act), s. 19 — Not in position to put in writing that applicant will be accepted back — CBSA's refusal to give assurances about applicant's re-admittance not reviewable decision — *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations), s. 39 providing that officer shall allow entry to persons returned to Canada as a result of a refusal of another country to allow them entry after they were removed from or otherwise left Canada after removal order made against them — Regulations, s. 39 not affording applicant right of entry herein because there was no enforceable removal order against him when he left Canada — Applicant's departure voluntary — No reason to depart from decision in *Toronto Coalition to Stop the War v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 957, [2012] 1 F.C.R. 413 wherein Court holding that statements made by government officials as to manner in which discretion afforded by Act, s. 18 would be exercised with respect to given individual not constituting decision amenable to judicial review — Applicant's application for judicial review akin to *mandamus* — Legislation not imposing on CBSA public duty to provide assurances of admittance to Canada — Application dismissed.

HIRAJ V. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (IMM-2237-18, 2019 FC 260, Grammond J., judgment dated March 1, 2019, 10 pp.)

### STATUS IN CANADA

#### *Convention Refugees and Persons in Need of Protection*

Judicial review of Canada Border Services Agency (CBSA) officer decision finding applicants ineligible for referral to Immigration and Refugee Board of Canada, Refugee Protection Division (RPD) — Applicants, citizens of Iran, fleeing to Hungary — Hungarian government refusing applicants' claim for recognition as Convention refugees — Recognizing them as persons enjoying "subsidiary protection" — Applicants fleeing to Canada from anti-migrant rhetoric, discrimination — Initiating claim for refugee protection, indicating fear of return to both Iran, Hungary — Claim initially found eligible for referral to RPD under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act), s. 100(1) — However, CBSA officer subsequently finding applicants ineligible pursuant to Act, s. 101(1)(d) as applicants recognized as Convention refugees in Hungary — Applicants seeking reconsideration of that decision, submitting new documentation — Officer concluding applicants ineligible as they were "persons who have been granted protection" — Issue whether officer erring in determining that applicants' subsidiary protection in Hungary rendering them ineligible under Act, s. 101(1)(d) — Officer's conclusion that applicants Convention refugees unreasonable, incorrect — Subsidiary protection not equivalent to being recognized as Convention refugee — Labels adopted, used in foreign domestic law to describe protection cannot be determinative of assessment under s. 101(1)(d) — Whether protections

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

extended by country other than Canada arising as result of state having recognized individual as Convention refugee determinative for purposes of s. 101(1)(d) — S. 101(1)(d) intending to capture whether country’s international obligations triggered — Principles of Act neither consistent with, nor advanced through, interpretation of s. 101(1)(d) resulting in excluding from consideration claims by persons who have been refused Convention refugee status in another country but have been granted some other form of protection — To render claim ineligible on basis that some other form of protection granted inconsistent with stated objectives of Act — Parliament adopting language capturing broader class of individuals than “Convention refugees” in other parts of Act — Not doing so in s. 101(1)(d) — Expecting screening officer to engage in detailed consideration of individual’s status in country other than Canada inconsistent with straightforward administrative role of screening claims pursuant to s. 101 — This opening door to front-line officers engaging in very analysis that Act mandating RPD to perform — Court unable to conclude herein that term “Convention refugees” can be interpreted as including persons refused Convention refugee status but granted some other form of protection by country other than Canada — This conclusion not contrary to binding case law interpreting s. 101(1)(d) — Application allowed.

AGHAZADEH V. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (IMM-1343-18, 2019 FC 99, Gleeson, J., judgment dated January 23, 2019, 21 pp.)

**MARITIME LAW****TORTS**

Motion for summary judgment seeking to dismiss plaintiff’s action for negligence against defendants on basis that plaintiff’s losses constituting unrecoverable economic loss — In 2015, “BBC Lena” (vessel) colliding with Bridge No. 19, which forms part of St. Lawrence Seaway (Seaway) — Collision causing severe structural damage to Bridge 19 necessitating significant repairs, halting passage over and through it for almost 6 months — Plaintiff was, at all material times, not-for-profit corporation charged with management, operation of Seaway, including Bridge 19 — Responsibility arising from *Canada Marine Act*, S.C. 1998, c. 10 (Act), s. 80(5), series of management agreements entered into by plaintiff, Crown — Agreements making plaintiff responsible for causing any necessary repairs to Bridge to be conducted at own expense — Plaintiff claiming in particular that collision, resulting damages caused by unseaworthiness of vessel with actual fault, privity of defendant owners, negligence of its officers, crew — Seeking approximately \$1 million dollars of damages for cost of repairing Bridge; also claiming for loss of use of Bridge, etc. — Defendants asserting that losses, damages that plaintiff incurring constituting relational economic losses, which not recoverable at law — Plaintiff submitting that review of relevant provisions of management agreements, Act, clearly establishing that all of Crown’s rights, responsibilities in connection with relevant assets, including Bridge 19, conferred upon it; therefore, plaintiff having all necessary powers to commence these proceedings, to obtain full indemnification — Whether Act as implemented by management agreements affording plaintiff right to pursue claims; whether plaintiff’s right to commence claims restricted to actions intended to protect Crown’s interests; whether management agreements intending to exclude plaintiff from recovering damages caused by third party negligence; whether plaintiff’s losses relational economic losses — Matter essentially coming down to nature of contractual relationship between plaintiff, Crown — Act permitting Minister of Transport to enter into agreements in respect of Seaway, which agreements can be with not-for-profit corporation — Pursuant to Act, s. 80(6), such agreement can include any terms, conditions that Minister considering appropriate — Where agreement entered into pursuant to Act, s. 80(5) so provides, person who has entered agreement shall undertake, defend any legal proceedings respecting management of property (s. 91(1)(d)), shall discharge all obligations respecting management of property (s. 91(1)(e)) — Provisions of Act, management agreements making it clear that responsibility for management, operation of managed assets, which include Bridge 19, lying exclusively with plaintiff — Further, repair costs of managed assets to be incurred exclusively by plaintiff, which is obliged to keep, repair them, to operate Seaway in commercially prudent manner — Moreover, any actions related to managed assets must be brought by plaintiff — Read together, Act, as implemented by agreements, granting plaintiff statutory right to pursue claims such as present action — Since agreements transferring from Crown to plaintiff all risks, responsibilities pertaining to Bridge 19, practical effect of Act, s. 91(2) is that only plaintiff can, has exclusive right to pursue claims for damages, as plaintiff doing so in present matter — Defendants’ submission that Act, s. 91 only authorizing plaintiff to commence proceedings to “protect Her Majesty’s interests — not the plaintiff corporation’s interests” rejected — Significantly, s. 91 containing no such wording or restriction — Act, management agreements made pursuant to Act, s. 80(5) creating scheme under which, once s. 80(5) agreement entered into, entity entering into agreement effectively stepping into Crown’s shoes in management, operation of subject property — Plaintiff, having entered into agreements pursuant to Act, s. 80(5), acting in *lieu* of Crown — Nothing in text of Act, s. 91, context or purpose of Act, or agreements implementing it, suggesting that plaintiff’s right to engage in legal proceedings restricted to protecting Crown property, interests on behalf of Crown, to exclusion



**MARITIME LAW—Concluded**

of plaintiff recovering losses incurred as result of responsibilities it assumes under agreements — While plaintiff not owning managed assets, including Bridge 19, plaintiff solely responsible for operation, management, repair of those assets at its own expense, must operate Seaway on commercially sound basis — To carry out this function, plaintiff must be able to pursue actions to recover costs it incurs to repair damage to those assets caused by negligence of third parties — By way of Act, as implemented by agreements, plaintiff having this authority — Finally, regarding plaintiff's losses, given nature, effect of contractual relationship between Crown, plaintiff, plaintiff's claim for recovery of costs it incurred in repairing damage to Bridge 19, caused by defendants' negligence, is analogous to claims made by demise charterers; falling within possessory interest exception (to presumption against recovery for relational economic loss) — Since few plaintiffs having possessory or proprietary interest, indeterminacy concerns created by contractual relational economic loss allayed — Unlike typical cases of economic loss, in present matter, allowing plaintiff to sue based upon possessory interest in Bridge not posing risk of indeterminate liability or over deterrence — If plaintiff not permitted to bring action seeking to recover actual repair costs, then there would be no deterrence factor — In conclusion, matter lending itself to disposition by summary judgment — Motion granted in favour of plaintiff.

ST. LAWRENCE SEAWAY MANAGEMENT CORPORATION V. BBC LENA (VESSEL) (T-1621-16, 2018 FC 1026, Strickland J., judgment dated October 12, 2018, 61 pp.)

**PENSIONS**

Judicial review of Social Security Tribunal Appeal Division (AD) decision dismissing appeal from General Division denying claim for disability benefits — AD granting applicant's leave to appeal pursuant to *Department of Employment and Social Development Act*, S.C. 2005, c. 34 (Act), s. 58 — Applicant submitting AD not considering all grounds advanced in application for leave — Applicant asking Court to quash AD decision, remit matter for redetermination on all grounds — Whether AD's decision not to consider all grounds reasonable — Words of s. 58 precise, unequivocal, supporting applicant's position — AD not having inherent or plenary powers — S. 58 also noteworthy for what powers it does not give to AD — Features of s. 58 suggesting that once AD granting leave to appeal, all grounds set out in application live, before AD — Unless appeal having no merit at all, AD should take appeal on all grounds provided that those grounds falling within categories of s. 58(1) — In this sense, s. 58 furthering access to justice by facilitating recourse by social security claimants — AD not following accepted approach to interpreting legislative provision — Expressing own preference for “hold[ing] full hearings only on issues of substance” — Claiming Act, s. 58(2) not preventing it from picking, choosing among grounds, Parliament not stopping it from doing this — Parliament choosing more limited purpose than administrative efficiency, adjudicative economy, conservation of scarce administrative resources in enacting s. 58 — Parliament's choice not to be overridden because administrative efficiency, adjudicative economy, conservation of scarce administrative resources thought to be good — To state that benefits-conferring legislation must be given “liberal construction” overshooting mark — *Abrahams v. Canada (Attorney General)*, [1983] 1 S.C.R. 2 standing for proposition that if courts left in doubt about authentic meaning of legislation after using interpretive tools, should resolve doubt in favour of benefits claimant — Judge-made rules not empowering judicial, administrative decision makers to ignore or bend authentic meaning of legislation discovered through accepted approach to interpretation — Absent constitutional objection, authentic meaning of legislation must be applied — Laws passed by legislators, not rules made by judges, are supreme — *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12 not licence for courts, administrative decision makers to substitute broad legislative purpose for one that is genuinely narrow or to construe legislative words strictly for strictness' sake — Instructing decision makers to interpret provisions to fulfil purposes they serve, broad or narrow, no more, no less — Intensity of reasonableness review does not matter here — AD's decision unreasonable under any level of intensity of review — AD should have considered, determined all grounds raised by applicant as long as they fell within categories in Act, s. 58(1) — Matter remitted to different member of AD — Application allowed.

HILLIER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-77-18, 2019 FCA 44, Stratas J.A., judgment dated March 5, 2019, 20 pp.)

**PRACTICE**

Motion for protective order by defendant — Underlying issue patent infringement action against defendant — Parties agreeing on terms for protective order in anticipation of discovery process — Both parties arguing same side of debate — No one arguing against motion — Issue whether motion should be granted — Legal test for issuance of protective order found in *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522 — Supreme Court of Canada at paragraph 53 therein stating that confidentiality order granted (1) to prevent serious risk to important interest, (2) when salutary



**PRACTICE—Concluded**

effects of confidentiality order outweighing its deleterious effects — Request for protective order should be considered using same criteria as set out in paragraph 53 and following of *Sierra Club* for confidentiality order — Whether requested order necessary because reasonably alternative measures not preventing risk to parties' interest in confidential information — Whether parties' interests in their confidential information adequately protected by express undertaking to Court supplementing implied undertaking — Parties raising number of concerns with reliance on protective agreement as alternative to protective order — No reason for concern that Court could not enforce agreement between parties regarding control of its own process — Breach of express undertaking to Court not less enforceable by contempt proceedings than breach of implied undertaking which it supplements — Third parties subject to implied undertaking rule — Protective agreement protecting parties' confidential information as adequately as protective order — Gaps in implied undertaking rule can be filled by terms of protective agreement — Amending protective agreement no more difficult than amending protective order — Implied undertaking rule, as supplemented by protective agreement, providing protection for parties' confidential information equal to that provided by protective order — Court expressing concern that continued routine issuance of protective orders in circumstances similar to present case risking perpetuation of some parties' misunderstanding of their obligations in respect of discovery material — Test provided by Supreme Court in *Sierra Club* applicable, binding on Court — Test not met herein — Law relating to implied undertaking rule has evolved over time such that earlier uncertainty no longer a concern — Reasonable alternative measure of protective agreement protecting parties' confidential information as well as requested protective order — Not necessary to consider second part of *Sierra Club* test — Motion dismissed.

CANADIAN NATIONAL RAILWAY COMPANY v. BNSF RAILWAY COMPANY (T-913-17, 2019 FC 281, Locke J., order dated March 7, 2019, 19 pp.)

**CLASS PROCEEDINGS**

Joint motion pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (Rules), r. 334.29 seeking approval of settlement agreement in underlying class action — Plaintiff, others, contributors to Employment Insurance (EI) program, giving birth, receiving parental benefits — Some EI recipients becoming ill while in receipt of parental benefits, seeking to convert parental benefits to sickness benefits — Those recipients denied sickness benefits — *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, s. 18(1)(b) requiring at that time that claimant for sickness benefits be otherwise available for work — Claimants already on parental leave considered not to be available for work — 2002 amendments allowing for extensions of benefit period to allow “stacking” of maternity, parental, sickness benefits, but not including specific amendment to Act, s. 18 to remove requirement that person seeking sickness benefits must be otherwise available for work — 2013 amendments ensuring that claimants after March 24, 2013 not denied sickness benefits due to unavailability for work — Those amendments not retroactive, not benefitting plaintiff, class members — Action claiming several causes of action, including negligence, against defendant with respect to how Employment Insurance Commission implemented 2002 amendments to Act — Court granting plaintiff's motion for certification in part — Proposed settlement agreement reached in 2018 — Whether settlement agreement as a whole fair, reasonable, in best interests of class; whether Court should approve honorarium to plaintiff as representative plaintiff, whether Court should approve fee agreement for class counsel — Court concluding that settlement agreement fair, reasonable, in best interests of class members — A few dissatisfied or misinformed class members not derailing otherwise well supported, reasonable agreement when all relevant factors taken into account — Court approving honorarium to plaintiff — Plaintiff's contribution meeting factors in *Robinson v. Rochester Financial Ltd.*, 2012 ONSC 911, [2012] 5 CTC 24 for compensation as representative plaintiff — Court concluding that fees of class counsel fair, reasonable — Key factors to be considered in assessing reasonableness of class counsel's fees including results achieved, risks taken — Case law emphasizing that fees reward for taking on litigation, risks entailed, pursuing litigation with skill, diligence — Results achieved demonstrated by settlement agreement — Motion granted.

MCCREA v. CANADA (T-210-12, 2019 FC 122, Kane J., order dated January 29, 2019, 49 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale.

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

---

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

### CONTRÔLE JUDICIAIRE

Contrôle judiciaire de la décision de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) de refuser de donner des assurances écrites que le demandeur serait réadmis au Canada si les autorités américaines le ramenaient à la frontière — Le demandeur, un citoyen de l'Albanie, a demandé l'asile au Canada — Il est ensuite entré aux É.-U. par un point d'entrée non officiel — Il a plaidé coupable relativement à une accusation d'entrée illégale — Il souhaite revenir au Canada et y donner suite à sa demande d'asile — Les autorités américaines ne sont disposées à acquiescer à sa demande que si les autorités canadiennes indiquent qu'elles permettront au demandeur d'entrer au Canada — L'ASFC a déclaré que le demandeur n'avait aucun droit d'entrée en vertu de l'art. 19 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (Loi) — Elle n'était pas en mesure de confirmer par écrit que le demandeur sera réadmis — La décision de l'ASFC de refuser de donner des assurances concernant la réadmission du demandeur n'était pas une décision susceptible de contrôle — L'art. 39 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (Règlement) prescrit que l'agent permet à la personne retournée au Canada du fait qu'un autre pays lui a refusé l'entrée, d'entrer au Canada, et ce après avoir été renvoyée du Canada ou l'avoir quitté à la suite d'une mesure de renvoi — L'art. 39 du Règlement ne donne pas au demandeur de droit d'entrée dans la présente affaire, puisqu'il ne faisait l'objet d'aucune mesure de renvoi exécutoire lorsqu'il a quitté le Canada — Le demandeur est parti volontairement — Il n'y avait aucune raison de déroger à la décision rendue dans l'affaire *Toronto Coalition to Stop the War c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 957, [2012] 1 R.C.F. 413, dans laquelle la Cour a conclu que les déclarations faites par des fonctionnaires sur la manière dont le pouvoir discrétionnaire conféré à l'art. 18 de la Loi serait exercé à l'égard de la personne en cause ne constituaient pas une décision susceptible de contrôle judiciaire — La demande de contrôle judiciaire du demandeur s'apparentait à une demande de bref de *mandamus* — La loi n'impose à l'ASFC aucun devoir public d'offrir des assurances d'une admission au Canada — Demande rejetée.

HIRAJ C. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE) (IMM-2237-18, 2019 CF 260, juge Grammond, jugement en date du 1<sup>er</sup> mars 2019, 10 p.)

### STATUT AU CANADA

#### *Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger*

Contrôle judiciaire de la décision d'un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC), qui a conclu que la demande d'asile des demandeurs ne pouvait être déférée à la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada — Les demandeurs, des citoyens iraniens, ont fui en Hongrie — Le gouvernement hongrois a rejeté leur demande d'asile à titre de réfugiés au sens de la Convention — Il les a reconnus comme des personnes bénéficiant d'une « protection subsidiaire » — Les demandeurs sont venus au Canada en raison de difficultés liées à la discrimination et aux discours hostiles à l'immigration — Ils ont présenté une demande d'asile dans laquelle ils ont fait part de leur crainte de retourner en Iran et en Hongrie — Leur demande a d'abord été jugée recevable et pouvait être déférée à la SPR en application de l'art. 100(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (Loi) — Toutefois, un agent de l'ASFC a ensuite conclu qu'elle était irrecevable au titre de l'art. 101(1)d) de la Loi, étant donné que les

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

demandeurs avaient obtenu le statut réfugié au sens de la Convention en Hongrie — Les demandeurs ont sollicité un réexamen de cette décision et ont joint d'autres documents à l'appui de leur demande — L'agent a conclu à l'irrecevabilité de la demande, précisant que les demandeurs étaient des « personnes ayant obtenu une protection » — Il s'agissait de savoir si l'agent a commis une erreur en concluant que la protection subsidiaire octroyée aux demandeurs en Hongrie rendait leur demande d'asile irrecevable au titre de l'art. 101(1)d) de la Loi — La conclusion de l'agent selon laquelle les demandeurs sont des réfugiés au sens de la Convention était déraisonnable et erronée — La protection subsidiaire n'équivaut pas à être reconnu comme réfugié au sens de la Convention — Les étiquettes adoptées et utilisées en droit interne étranger pour décrire la protection ne peuvent pas être déterminantes dans le cadre d'un examen au titre de l'art. 101(1)d) — La question de savoir si les protections accordées par un pays autre que le Canada découlent du fait que l'État en question a accordé à la personne le statut de réfugié au sens de la Convention est déterminante pour l'application de l'art. 101(1)d) — L'art. 101(1)d) vise à englober la question de savoir si le respect des obligations internationales d'un pays a été déclenché — Les principes qui sous-tendent la Loi ne concordent pas avec une interprétation de l'art. 101(1)d) et ne sont pas mis de l'avant par une interprétation qui a pour effet de rendre irrecevables des demandes d'asile présentées par des personnes qui se sont vu refuser le statut de réfugié au sens de la Convention dans un autre pays, mais qui se sont vu accorder une autre forme de protection — Le fait de rendre une demande irrecevable au motif qu'une autre forme de protection a été accordée est incompatible avec les objectifs énoncés dans la Loi — Le législateur a adopté un langage qui englobe une catégorie plus large de personnes que celle des « réfugiés au sens de la Convention » dans d'autres dispositions de la Loi — Il ne l'a pas fait à l'art. 101(1)d) — S'attendre à ce qu'un agent de contrôle examine en détail le statut d'une personne dans un pays autre que le Canada irait à l'encontre de ce rôle administratif relativement simple d'examen des demandes au titre de l'art. 101 de la Loi — Cela ouvrirait la porte aux agents de première ligne d'effectuer l'analyse que la Loi demande à la SPR de faire — La Cour ne pouvait pas conclure que l'expression « réfugié au sens de la Convention » peut être interprétée comme incluant les personnes qui se sont vu refuser le statut de réfugié au sens de la Convention, mais qui se sont vu accorder une autre forme de protection par un pays autre que le Canada — Cette conclusion n'est pas contraire aux précédents jurisprudentiels portant sur l'interprétation de l'art. 101(1)d) — Demande accueillie.

AGHAZADEH C. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE) (IMM-1343-18, 2019 CF 99, juge Gleeson, jugement en date du 23 janvier 2019, 21 p.)

**DROIT MARITIME****RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE**

Requête en jugement sommaire visant à faire rejeter l'action pour négligence de la demanderesse au motif que les pertes que celle-ci a subies constituaient des pertes économiques ne donnant pas lieu à indemnisation — En 2015, le « BBC Lena » (le navire) a heurté le pont n° 19, qui fait partie de la Voie maritime du Saint-Laurent (la Voie maritime) — Cet accident a causé au pont 19 plusieurs dommages structureaux qui ont entraîné des réparations importantes et l'arrêt de toute circulation sur le pont et sous ce dernier pendant près de six mois — Pendant toute la période pertinente, la demanderesse a été une société à but non lucratif chargée de la gestion et de l'exploitation de la Voie maritime, ce qui inclut le pont 19 — Cette responsabilité découle de l'art. 80(5) de la *Loi maritime du Canada*, L.C. 1998, ch. 10 (la Loi), et d'une série d'ententes de gestion qu'ont conclues la demanderesse et la Couronne — Ces ententes font en sorte que la demanderesse est chargée de faire faire les réparations nécessaires au pont à ses propres frais — La demanderesse a prétendu que l'accident et les dommages qui en ont résulté étaient imputables à l'état d'innavigabilité du navire, ainsi qu'à la faute et à la complicité des propriétaires défendeurs et à la négligence de ses officiers et membres d'équipage — Elle a réclamé des dommages-intérêts d'environ un million de dollars pour le coût des travaux de réparation du pont; elle a aussi demandé une indemnisation pour la perte d'usage du pont, etc. — Les défendeurs ont affirmé que les pertes et les dommages que la demanderesse a subis constituaient des pertes économiques relationnelles, qui, en droit, ne donnent pas lieu à indemnisation — La demanderesse a soutenu qu'il ressort clairement d'une revue des dispositions applicables des ententes de gestion et de la Loi que la totalité des droits et des responsabilités de la Couronne qui se rapportent aux biens pertinents, dont le pont 19, lui ont été conférés et qu'elle détient de ce fait tous les pouvoirs nécessaires pour engager la présente instance et obtenir une indemnisation complète — Il s'agissait de savoir si la Loi, que les ententes de gestion mettent en application, confère à la demanderesse le droit de présenter une demande d'indemnisation; si le droit de la demanderesse de présenter une demande d'indemnisation se limite aux actions destinées à protéger les intérêts de la Couronne; s'il était prévu par les ententes de gestion d'empêcher la demanderesse d'être indemnisée des dommages dus à la négligence d'un tiers; si les pertes que la demanderesse a subies sont des pertes économiques relationnelles — L'affaire se résumait essentiellement à la nature de la relation contractuelle entre la demanderesse et la Couronne — La Loi permet au ministre des Transports de conclure des ententes relatives à la Voie maritime, lesquelles ententes peuvent être conclues avec une société à but non lucratif — Aux

**DROIT MARITIME—Fin**

termes de l'art. 80(6), une entente de cette nature peut inclure les mesures que le ministre juge indiquées — Lorsqu'une entente conclue en vertu de l'art. 80(5) de la Loi le prévoit, la personne qui l'a conclue est tenue d'intenter les actions en justice qui se rapportent à la gestion des biens et de répondre à celles qui sont intentées contre elle (art. 91(1d)), ainsi que d'exécuter les obligations qui se rattachent à la gestion de ces biens (art. 91(1e)) — Les dispositions de la Loi et des ententes de gestion indiquent clairement que la responsabilité de la gestion et de l'exploitation des biens gérés, lesquels incluent le pont 19, incombe exclusivement à la demanderesse — De plus, les frais de réparation des biens gérés doivent être engagés exclusivement par elle, et celle-ci est tenue de les entretenir et de les réparer ainsi que d'exploiter la Voie maritime d'une manière commercialement avisée — Par ailleurs, toute action liée au bien géré doit être intentée par la demanderesse — Lue en corrélation, la Loi, que les ententes de gestion mettent en application, confère à la demanderesse le droit législatif de présenter des demandes telles que la présente action — Étant donné que les ententes transfèrent de la Couronne à elle la totalité des risques et des responsabilités qui se rattachent au pont 19, l'effet pratique de l'art. 91(2) est que seule la demanderesse est en mesure, et a le droit exclusif, de présenter des demandes d'indemnisation, comme elle l'a fait en l'espèce — La prétention des défendeurs selon laquelle l'art. 91 n'autorise la demanderesse qu'à intenter une action en justice pour « protéger les intérêts de Sa Majesté – et non ceux de la société demanderesse » a été rejetée — Détail important, l'art. 91 ne contient aucune formulation ou restriction de cette nature — La Loi et les ententes de gestion conclues en vertu de l'art. 80(5) créent un régime dans le cadre duquel, une fois qu'une entente fondée sur l'art. 80(5) est conclue, l'entité qui l'a conclue prend en fait la place de la Couronne pour ce qui est de la gestion et de l'exploitation des biens en question — Ayant conclu les ententes visées à l'art. 80(5), la demanderesse a agi à la place de la Couronne — Rien dans le libellé de l'art. 91, le contexte ou l'objet de la Loi, pas plus que dans les ententes qui l'appliquent, ne donne à penser que le droit qu'a la demanderesse d'intenter une action en justice se limite à protéger les biens et les intérêts de la Couronne pour le compte de la Couronne, à l'exclusion du fait d'être indemnisée des pertes qu'elle a subies par suite des responsabilités qu'elle assume dans le cadre des ententes — Même si la demanderesse n'était pas propriétaire des biens gérés, dont le pont 19, elle était uniquement chargée d'exploiter, de gérer et de réparer ces biens à ses propres frais, ainsi que d'exploiter la Voie maritime d'une manière commercialement saine — Pour remplir cette fonction, la demanderesse doit être capable d'intenter des actions en vue de recouvrer les frais qu'elle engage pour réparer les dommages causés à ces biens par la négligence d'un tiers — Elle dispose de ce pouvoir par le truchement de la Loi, que les ententes mettent en application — Enfin, en ce qui concerne les pertes subies par la demanderesse, compte tenu de la nature, ou de l'effet, de la relation contractuelle entre la Couronne et la demanderesse, la demande d'indemnisation de cette dernière pour les frais qu'elle a engagés en réparant les dommages causés au pont 19 par la négligence des défendeurs s'apparente aux demandes que peuvent présenter les affréteurs coque nue et elle tombe sous le coup de l'exception fondée sur le droit de possession (exception à la présomption contre l'indemnisation pour les pertes économiques relationnelles) — Étant donné que rares sont les demandeurs qui détiendront un droit de possession ou de propriété, cela dissipe les préoccupations d'indétermination que crée la perte économique relationnelle découlant d'un contrat — Contrairement aux affaires caractéristiques de perte économique, dans la présente affaire le fait d'autoriser la demanderesse à intenter une action fondée sur le droit de possession qu'elle détient sur le pont ne présentait pas un risque de responsabilité indéterminée, ou de sur-dissuasion — Si la demanderesse n'était pas autorisée à intenter la présente action pour tenter d'être indemnisée de ses frais de réparation réels, il n'y aurait aucun facteur de dissuasion — En conclusion, l'affaire pouvait être tranchée par voie de jugement sommaire — Requête accueillie en faveur de la demanderesse.

CORPORATION DE GESTION DE LA VOIE MARITIME DU SAINT-LAURENT C. BBC LENA (NAVIRE) (T-1621-16, 2018 CF 1026, juge Strickland, jugement en date du 12 octobre 2018, 61 p.)

**PENSIONS**

Contrôle judiciaire de la décision de la division d'appel (DA) du Tribunal de la sécurité sociale, qui a rejeté l'appel interjeté à l'encontre du refus par la division générale d'accorder les prestations d'invalidité demandées — La DA a accordé à la demanderesse l'autorisation d'interjeter appel en application de l'art. 58 de la *Loi sur le ministère de l'Emploi et du Développement social*, L.C. 2005, ch. 34 (Loi) — La demanderesse a fait valoir que la DA n'a pas pris en considération tous les motifs invoqués dans la demande d'autorisation — Elle a demandé à la Cour d'annuler la décision de la DA et de renvoyer l'affaire afin qu'une nouvelle décision soit rendue sur tous les motifs — Il s'agissait de savoir si la décision de la DA de ne pas prendre en considération tous les motifs était raisonnable — Le libellé de l'art. 58 est précis et sans équivoque, et il appuie la position de la demanderesse — La DA ne détient aucun pouvoir inhérent ou absolu — L'art. 58 est digne de mention également en ce qui concerne les pouvoirs qu'il ne confère pas à la DA — Les caractéristiques de l'art. 58 permettent de penser que, dès lors que la DA a accordé la permission d'en appeler, tous les motifs énoncés dans la demande subsistent et sont soumis à la DA — À moins que l'appel n'ait absolument aucun bien-fondé, la DA devrait entendre l'appel sur le fondement de tous les motifs, à condition que ceux-ci relèvent des catégories énoncées à l'art. 58(1) — En ce sens, l'art. 58 donne accès à la justice en facilitant les recours institués

**PENSIONS—Fin**

par les prestataires de la sécurité sociale — La DA n'a pas suivi la méthode établie d'interprétation d'une disposition législative — Elle a dit préférer [TRADUCTION] « tenir des audiences en bonne et due forme seulement sur les questions de fond » — Elle a fait valoir que l'art. 58(2) de la Loi ne l'empêche pas de sélectionner et de faire un choix parmi les motifs et que le législateur ne l'a pas empêchée de le faire — Le législateur a choisi de poursuivre un objectif plus limité que l'efficacité administrative, l'économie judiciaire et la préservation de ressources administratives limitées lorsqu'il a adopté l'art. 58 — Le choix du législateur ne peut être supplanté au motif que l'efficacité administrative, l'économie judiciaire et la préservation de ressources administratives limitées sont considérées comme étant une bonne chose — L'affirmation selon laquelle les lois qui prévoient le versement de prestations doivent faire l'objet d'une « interprétation libérale » est excessive — L'arrêt *Abrahams c. Canada (Procureur général)*, [1983] 1 R.C.S. 2, permet de soutenir que, s'ils éprouvent encore des doutes quant au sens véritable d'une disposition législative après avoir utilisé des outils d'interprétation, les tribunaux doivent résoudre ce doute en faveur du prestataire — Les règles établies par les tribunaux n'habilitent pas les décideurs judiciaires et administratifs à faire abstraction du sens véritable d'une disposition législative cerné au moyen d'une méthode d'interprétation acceptée, ni de contourner celui-ci — En l'absence d'une contestation constitutionnelle, le sens véritable d'une disposition législative doit être appliqué — Ce sont les lois adoptées par les législateurs, et non les règles établies par les tribunaux, qui priment — L'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, n'autorise pas les tribunaux et les décideurs administratifs à remplacer l'objectif législatif général par un objectif véritablement restreint ni d'interpréter un texte législatif de manière stricte par souci de rigueur — Il instruit les décideurs d'interpréter les dispositions de manière qu'elles réalisent les objectifs qu'elles servent, qu'ils soient généraux ou restreints, ni plus, ni moins — L'intensité de l'examen du caractère raisonnable n'avait pas d'importance dans la présente affaire — La décision de la DA était déraisonnable, quel que soit le degré d'intensité de l'examen — La DA aurait dû prendre en considération tous les motifs invoqués par la demanderesse et se prononcer sur ceux-ci, à condition qu'ils relèvent des catégories énoncées à l'art. 58(1) de la Loi — L'affaire a été renvoyée à un membre différent de la DA — Demande accueillie.

HILLIER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-77-18, 2019 CAF 44, juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 5 mars 2019, 20 p.)

**PRATIQUE**

Requête en ordonnance conservatoire présentée par la défenderesse — La question sous-jacente était une action en contrefaçon de brevet intentée contre la défenderesse — Les parties se sont entendues sur les modalités de l'ordonnance conservatoire en vue de l'interrogatoire préalable — Ni l'une ni l'autre des parties n'a contesté la requête — Il s'agissait de savoir si la requête devait être accueillie — Le critère juridique à appliquer au prononcé d'ordonnances conservatoires a été énoncé dans l'arrêt *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522 — Au paragraphe 53 de cet arrêt, la Cour suprême du Canada a déclaré qu'une ordonnance de confidentialité ne doit être rendue que si 1) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour un intérêt important, et si 2) ses effets bénéfiques l'emportent sur ses effets préjudiciables — Les critères énoncés au paragraphe 53 de l'arrêt *Sierra Club* qui s'appliquent aux ordonnances de confidentialité devraient également s'appliquer aux ordonnances conservatoires — Il s'agissait de savoir si l'ordonnance sollicitée était nécessaire vu l'absence d'autres options raisonnables susceptibles d'écarter le risque pour les parties associé à la communication de leurs informations confidentielles — Il s'agissait également de savoir si les informations confidentielles des parties seraient protégées adéquatement au moyen d'un engagement explicite pris envers la Cour qui compléterait l'engagement implicite — Les parties ont invoqué un certain nombre de problèmes soulevés par le recours à une entente conservatoire comme solution de rechange à l'ordonnance conservatoire — Il n'y avait aucune raison de douter du pouvoir de la Cour fédérale, s'agissant de sa propre procédure, de faire respecter une entente conclue entre les parties — L'outrage au tribunal pourrait servir de sanction tout autant en cas de manquement à un engagement implicite qu'en cas de manquement à l'engagement explicite qui le complète — La règle de l'engagement implicite s'applique aux tiers — Une entente conservatoire protège les informations confidentielles des parties aussi bien que l'ordonnance conservatoire — Les modalités de l'entente conservatoire peuvent combler toute lacune possible de la règle de l'engagement implicite — La modification d'une entente conservatoire ne serait pas plus complexe que la modification d'une ordonnance conservatoire — La règle de l'engagement implicite, jumelée à l'entente conservatoire, protège les informations confidentielles des parties aussi bien que l'ordonnance conservatoire — La Cour a dit craindre de perpétuer toute méprise des parties quant à leurs obligations à l'égard des documents communiqués si les tribunaux continuent de rendre régulièrement des ordonnances conservatoires dans des circonstances comme celles en l'espèce — La Cour suprême a énoncé dans l'arrêt *Sierra Club* le critère applicable et la Cour est liée par ce précédent — Ce critère n'a pas été satisfait dans la présente affaire — L'évolution au fil du temps du droit régissant la règle de l'engagement implicite a permis de dissiper la préoccupation antérieure — L'entente conservatoire, soit l'autre option raisonnable, protège les informations confidentielles des parties aussi

**PRATIQUE—Fin**

bien que l'ordonnance conservatoire demandée — Il n'était pas nécessaire de se pencher sur le deuxième volet du critère énoncé dans l'arrêt *Sierra Club* — Requête rejetée.

COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX C. BNSF RAILWAY COMPANY (T-913-17, 2019 CF 281, juge Locke, ordonnance en date du 7 mars 2019, 19 p.)

**RECOURS COLLECTIFS**

Requête conjointe en vertu de la règle 334.29 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles) pour demander l'approbation de l'entente de règlement dans le cadre du recours collectif sous-jacent — La demanderesse et d'autres personnes, qui ont cotisé au régime d'assurance-emploi (AE), ont donné naissance à un enfant et ont reçu des prestations parentales — Certains prestataires de l'AE sont tombés malades pendant qu'ils recevaient des prestations parentales et ont présenté une demande pour convertir leurs prestations parentales en prestations de maladie — Ces prestataires se sont vu refuser les prestations de maladie — L'art. 18(1)b) de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (la Loi), exigeait alors que les personnes qui reçoivent des prestations de maladie soient autrement disponibles pour travailler — Les prestataires qui étaient déjà en congé parental étaient considérés comme non disponibles pour travailler — Des modifications à la Loi en 2002 ont permis de prolonger la période de prestations afin de permettre le « cumul » des prestations de maternité, des prestations parentales et des prestations de maladie, sans pour autant modifier précisément l'art. 18 de la Loi, de façon à supprimer l'exigence selon laquelle une personne qui demande des prestations de maladie doit être autrement disponible pour travailler — Des modifications à la Loi en 2013 ont fait en sorte que, après le 24 mars 2013, les prestataires ne se voient pas refuser des prestations de maladie parce qu'ils ne sont pas disponibles pour travailler — Ces modifications n'étaient pas rétroactives et ne visaient ni la demanderesse ni les membres du groupe — L'action a soulevé plusieurs causes d'action, y compris la négligence, contre la défenderesse en ce qui concerne la façon dont la Commission de l'assurance-emploi a mis en œuvre les modifications apportées à la Loi en 2002 — La Cour a accueilli la requête de la demanderesse et accordé une autorisation partielle d'intenter l'action en tant que recours collectif — Les parties se sont entendues relativement à une proposition d'entente de règlement en 2018 — Il s'agissait de savoir si l'entente de règlement dans son ensemble était juste et raisonnable et si elle était dans l'intérêt du groupe; si la Cour devait approuver le versement d'une rétribution à la demanderesse à titre de représentante demanderesse; et si la Cour devait approuver la convention d'honoraires des avocats du groupe — La Cour a conclu que l'entente de règlement était juste, raisonnable et dans l'intérêt supérieur des membres du groupe — Quelques membres du groupe insatisfaits ou mal informés ne devraient pas faire dérailler une entente qui serait autrement bien appuyée et qui était raisonnable à la lumière de l'ensemble des facteurs pertinents — La Cour a approuvé le versement d'une rétribution à la demanderesse — La participation de la demanderesse a satisfait aux facteurs énoncés dans la décision *Robinson v. Rochester Financial Ltd.*, 2012 ONSC 911 [2012] 5 CTC 24, pour obtenir une indemnisation à titre de représentante demanderesse — La Cour a conclu que les honoraires des avocats du groupe étaient justes et raisonnables — Les facteurs dont il faut tenir compte au moment d'évaluer le caractère raisonnable des honoraires des avocats du groupe incluent notamment les résultats obtenus et les risques assumés — La jurisprudence insiste sur le fait que les honoraires sont une récompense pour avoir accepté le litige et tous les risques connexes et avoir mené l'affaire à terme avec compétence et diligence — Les résultats obtenus étaient reflétés dans l'entente de règlement — Requête accueillie.

McCREA C. CANADA (T-210-12, 2019 CF 122, juge Kane, ordonnance en date du 29 janvier 2019, 49 p.)



If undelivered, return to:  
Federal Courts Reports  
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada  
99 Metcalfe Street, 8th floor  
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :  
Recueil des décisions des Cours fédérales  
Commissariat à la magistrature fédérale Canada  
99, rue Metcalfe, 8<sup>e</sup> étage  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3