RECEIVED
By Nova Scotia Aquaculture Review Board at 10:35 am, Dec 05, 2025

2023 **NSARB-2023-001**

Nova Scotia Aquaculture Review Board

IN THE MATTER OF: Applications made by **KELLY COVE SALMON LTD.** for a **BOUNDARY AMENDMENT** and **TWO NEW MARINE FINFISH** AQUACULTURE **LICENSES** and **LEASES** for the cultivation of **ATLANTIC SALMON (Salmo salar) - AQ#1205x, AQ#1432, AQ#1433** in **LIVERPOOL BAY, QUEENS COUNTY.**

Kelly Cove Salmon Ltd.
APPLICANT

-and-

Minister of Fisheries and Aquaculture
PARTY

-and-

Kwilmu'kw Maw-Klusuaqn Negotiation Office (KMKNO)
FIRST INTERVENOR

Queens Recreational Boating Association (Brooklyn Marina)
SECOND INTERVENOR

22 Fishermen of Liverpool Bay
THIRD INTERVENOR

Region of Queens Municipality
FOURTH INTERVENOR

Protect Liverpool Bay Association
FIFTH INTERVENOR

BOOK OF AUTHORITIES
ON BEHALF OF
THE MINISTER OF FISHERIES AND AQUACULTURE

Robert Grant KC, Sarah D. Nicholson
and David Barry
Stewart McKelvey
Queen's Marque
600-1741 Lower Water Street
Halifax, N.S. B3J 0J2
Counsel for Kelly Cove Salmon

Peter M. Rogers, KC and
Natasha Puka
McInnes Cooper
1300-1969 Upper Water St.
Purdy's Wharf
Halifax, NS B3J 2V1
Counsel for the Region of Queen's Municipality

Alison Campbell and
Caitlin Menczel-O'Neil
Department of Justice (NS)
1690 Hollis Street
Halifax, NS BJ3 1V7
Counsel for the Department of Fisheries and Aquaculture

James Gunvaldsen Klaassen,
Kacie Oliver and Ella Johnson
Ecojustice
520-1801 Hollis Street, Halifax
NS B3J 3N4
Counsel for Protect Liverpool Bay Association

Jessica Ginsburg
Mi'kmaq Rights Initiative
75 Treaty Trail
Truro, NS B6L 1W3
Counsel for Kwilmu'kw Maw-Klusuaqn

Jamie Simpson
Juniper Law
PO Box 20116,
Spryfield, NS B3R 2K9
Counsel for the 23 Fishermen

Authorities

Cases:	**Tab**
Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation, 2010 SCC 53	1
Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v Vavilov, 2019 SCC 65	2
Coldwater First Nation v Canada (Attorney General), 2020 FCA 34	3
Dunsmuir v New Brunswick, 2008 SCC 9	4
Haida Nation v British Columbia (Minister of Forests), 2004 SCC 73 *See KMK's Book of Authorities at Tab A*	-
Ktunaxa Nation v British Columbia (Forests, Lands and Natural Resources), 2017 SCC 54	5
Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage), 2005 SCC 69 *See KMK's Book of Authorities at Tab B*	-
Mi'kmaq of P.E.I. v. Province of P.E.I. et al., 2018 PESC 20	6
Nova Scotia (Attorney General) v Nova Scotia (Utility and Review Board), 2019 NSCA 66 *See KMK's Book of Authorities at Tab D*	-
Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council, 2010 SCC 43 *See KMK's Book of Authorities at Tab C*	-
R. v. Van der Peet, [1996] 2 S.C.R. 507	7
Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director), 2004 SCC 74 at para 32	8
Tusket Main Dam Refurbishment case, 2018 NSUARB 154 *See KMK's Book of Authorities at Tab I*	-
Regulations:	
Aquaculture Licence and Lease Regulations, NS Reg 347/2015 s. 3, 52(1) and (2)	9

1

David Beckman, in his capacity as Director, Agriculture Branch, Department of Energy, Mines and Resources, Minister of Energy, Mines and Resources, and Government of Yukon *Appellants/Respondents on cross-appeal*

v.

Little Salmon/Carmacks First Nation and Johnny Sam and Eddie Skookum, on behalf of themselves and all other members of the Little Salmon/Carmacks First Nation *Respondents/Appellants on cross-appeal*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Attorney General of Newfoundland and Labrador, Gwich'in Tribal Council, Sahtu Secretariat Inc., Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee)/Cree Regional Authority, Council of Yukon First Nations, Kwanlin Dün First Nation, Nunavut Tunngavik Inc., Tlicho Government, Te'Mexw Nations and Assembly of First Nations *Interveners*

David Beckman, en sa qualité de directeur, Direction de l'agriculture, ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources, Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources, et gouvernement du Yukon *Appelants/Intimés au pourvoi incident*

c.

Première nation de Little Salmon/Carmacks et Johnny Sam et Eddie Skookum, en leur propre nom et au nom de tous les autres membres de la Première nation de Little Salmon/Carmacks *Intimés/Appelants au pourvoi incident*

et

Procureur général du Canada, procureur général du Québec, procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, Conseil tribal des Gwich'in, Sahtu Secretariat Inc., Grand conseil des Cris (Eeyou Istchee)/Administration régionale crie, Conseil des Premières nations du Yukon, Première nation de Kwanlin Dün, Nunavut Tunngavik Inc., gouvernement tlicho, Nations Te'Mexw et Assemblée des Premières Nations *Intervenants*

INDEXED AS: BECKMAN *v.* LITTLE SALMON/CARMACKS FIRST NATION

2010 SCC 53

File No.: 32850.

2009: November 12; 2010: November 19.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR THE YUKON TERRITORY

Constitutional law — Aboriginal peoples — Aboriginal rights — Land claims — Duty of Crown to consult

RÉPERTORIÉ : BECKMAN *c.* PREMIÈRE NATION DE LITTLE SALMON/CARMACKS

2010 CSC 53

N° du greffe : 32850.

2009 : 12 novembre; 2010 : 19 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU YUKON

Droit constitutionnel — Autochtones — Droits ancestraux — Revendications territoriales — Obligation de la

2010 SCC 53 (CanLII)

and accommodate in the context of a modern comprehensive land claims treaty — Treaty provides Aboriginal right of access for hunting and fishing for subsistence in their traditional territory — Application by non-Aboriginal for an agricultural land grant within territory approved by Crown — Whether Crown had duty to consult and accommodate Aboriginal peoples — If so, whether Crown discharged its duty — Constitution Act, 1982, s. 35.

Crown law — Honour of the Crown — Duty to consult and accommodate Aboriginal peoples — Whether Crown has duty to consult and accommodate prior to making decisions that might adversely affect Aboriginal rights and title claims.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Whether decision maker had duty to consult and accommodate — If so, whether decision maker discharged this duty — Lands Act, R.S.Y. 2002, c. 132; Territorial Lands (Yukon) Act, S.Y. 2003, c. 17.

Little Salmon/Carmacks entered into a land claims agreement with the governments of Canada and the Yukon Territory in 1997, after 20 years of negotiations. Under the treaty, Little Salmon/Carmacks members have a right of access for hunting and fishing for subsistence in their traditional territory, which includes a parcel of 65 hectares for which P submitted an application for an agricultural land grant in November 2001. The land applied for by P is within the trapline of S, who is a member of Little Salmon/Carmacks.

Little Salmon/Carmacks disclaim any allegation that a grant to P would violate the treaty, which itself contemplates that surrendered land may be taken up from time to time for other purposes, including agriculture. Nevertheless, until such taking up occurs, the members of Little Salmon/Carmacks attach importance to their ongoing treaty interest in surrendered Crown lands (of which the 65 acres forms a small part). Little Salmon/Carmacks contend that in considering the grant to P the territorial government proceeded without proper consultation and without proper regard to relevant First Nation's concerns.

The Yukon government's Land Application Review Committee ("LARC") considered P's application at a

Couronne de consulter et d'accommoder les Autochtones dans le contexte d'un traité récent relatif à des revendications territoriales globales — Traité accordant aux Autochtones l'accès à leur territoire traditionnel pour y pratiquer la chasse et la pêche de subsistance — Approbation, par la Couronne, d'une demande de concession de terres agricoles dans ce territoire présentée par un non-Autochtone — La Couronne avait-elle l'obligation de consulter et d'accommoder les Autochtones? — Si oui, la Couronne s'est-elle acquittée de cette obligation? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

Droit de la Couronne — Honneur de la Couronne — Obligation de consulter et d'accommoder les Autochtones — La Couronne a-t-elle l'obligation de consulter et d'accommoder les Autochtones avant de prendre des décisions susceptibles d'avoir des conséquences négatives sur leurs revendications de titre et de droits?

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Le décideur avait-il l'obligation de consulter et d'accommoder les Autochtones? — Si oui, s'est-il acquitté de cette obligation? — Loi sur les terres, L.R.Y. 2002, ch. 132; Loi du Yukon sur les terres territoriales, L.Y. 2003, ch. 17.

En 1997, après 20 ans de négociations, la Première nation Little Salmon/Carmacks a conclu avec les gouvernements du Canada et du Territoire du Yukon un accord sur les revendications territoriales. Aux termes du traité, les membres de la première nation possèdent, à des fins de chasse et de pêche de subsistance, un droit d'accès à leur territoire traditionnel qui englobe une parcelle de 65 hectares à l'égard de laquelle P a fait une demande de concession de terres agricoles en novembre 2001. La parcelle visée par la demande de P se trouve dans le territoire de piégeage de S, un membre de la première nation.

La première nation rejette toute allégation que la concession d'une parcelle à P violerait le traité, qui prévoit lui-même que des terres cédées peuvent à l'occasion être prises à d'autres fins, notamment à des fins agricoles. Mais jusqu'à ce que des terres aient été ainsi prises, les membres de la première nation accordent de l'importance à l'intérêt qu'ils conservent sur les terres cédées à la Couronne (dont les 65 hectares forment une petite partie). La première nation soutient qu'en examinant la demande de concession de P, le gouvernement territorial a agi sans tenir la consultation requise et sans prendre en compte les préoccupations pertinentes de la première nation.

Le Comité d'examen des demandes d'aliénation de terres (« CEDAT ») du gouvernement du Yukon a

2010 SCC 53 (CanLII)

meeting to which it invited Little Salmon/Carmacks. The latter submitted a letter of opposition to P's application prior to the meeting, but did not attend. At the meeting, LARC recommended approval of the application and, in October 2004, the Director, Agriculture Branch, Yukon Department of Energy, Mines and Resources, approved it. Little Salmon/Carmacks appealed the decision to the Assistant Deputy Minister, who rejected its review request. On judicial review, however, the Director's decision was quashed and set aside. The chambers judge held that the Yukon failed to comply with the duty to consult and accommodate. The Court of Appeal allowed the Yukon's appeal.

Held: The appeal and cross-appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: When a modern land claim treaty has been concluded, the first step is to look at its provisions and try to determine the parties' respective obligations, and whether there is some form of consultation provided for in the treaty itself. While consultation may be shaped by agreement of the parties, the Crown cannot contract out of its duty of honourable dealing with Aboriginal people — it is a doctrine that applies independently of the intention of the parties as expressed or implied in the treaty itself.

In this case, a continuing duty to consult existed. Members of Little Salmon/Carmacks possessed an express treaty right to hunt and fish for subsistence on their traditional lands, now surrendered and classified as Crown lands. While the Treaty did not prevent the government from making land grants out of the Crown's holdings, and indeed it contemplated such an eventuality, it was obvious that such grants might adversely affect the traditional economic and cultural activities of Little Salmon/Carmacks, and the Yukon was required to consult with Little Salmon/Carmacks to determine the nature and extent of such adverse effects.

The treaty itself set out the elements the parties regarded as an appropriate level of consultation (where the treaty requires consultation) including proper notice of a matter to be decided in sufficient form and detail to allow that party to prepare its view on the matter; a reasonable period of time in which the party to be consulted may prepare its views on the matter, and an opportunity to present such views to the party obliged

examiné la demande de P lors d'une réunion à laquelle étaient invités les représentants de la première nation. Cette dernière ne s'est pas fait représenter à la réunion mais avait présenté une lettre d'opposition à la demande de P. À la réunion, le CEDAT a recommandé l'approbation de la demande, et le directeur de la Direction de l'agriculture du ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources du Yukon l'a approuvée au mois d'octobre 2004. La première nation a fait appel de la décision auprès du sous-ministre adjoint, qui a rejeté la demande de révision. À l'issue du contrôle judiciaire toutefois, la décision du directeur a été annulée. Le juge siégeant en cabinet a conclu que le Yukon n'avait pas respecté son obligation de consulter et d'accommoder. La Cour d'appel a accueilli l'appel du Yukon.

Arrêt : Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : Lorsqu'un traité récent relatif aux revendications territoriales a été conclu, la première étape consiste à en examiner les dispositions et à tenter de déterminer les obligations respectives des parties et l'existence, dans le traité lui-même, d'une forme quelconque de consultation. Les parties peuvent s'entendre sur les modalités de la consultation, mais la Couronne ne peut se soustraire à son obligation de traiter honorablement avec les Autochtones — il s'agit d'une doctrine qui s'applique indépendamment de l'intention des parties, que cette intention soit expresse ou implicite dans le traité lui-même.

En l'espèce, l'obligation de consulter était permanente. Les membres de la première nation possédaient un droit, prévu expressément au traité, de pratiquer la chasse et la pêche de subsistance sur leur territoire traditionnel qui a maintenant été cédé et est considéré comme des terres de la Couronne. Même si le traité n'empêchait pas le gouvernement de concéder des terres de la Couronne, cette possibilité y était même prévue, il était évident que cela risquait d'avoir des conséquences négatives sur les activités économiques et culturelles traditionnelles de la première nation, et le Yukon était tenu de consulter cette dernière afin de déterminer la nature et l'étendue de ces conséquences négatives.

Le traité lui-même précise les éléments considérés par les parties comme constituant une consultation appropriée (lorsqu'une consultation est nécessaire). Ces éléments comprennent un avis suffisamment détaillé concernant la question à trancher afin de permettre à la partie consultée de préparer sa position sur la question, un délai suffisant pour permettre à la partie devant être consultée de préparer sa position sur la question ainsi

2010 SCC 53 (CanLII)

to consult; and full and fair consideration by the party obliged to consult of any views presented.

The actual treaty provisions themselves did not govern the process for agricultural grants at the time. However, given the existence of the treaty surrender and the legislation in place to implement it, and the decision of the parties not to incorporate a more elaborate consultation process in the Treaty itself, the scope of the duty of consultation in this situation was at the lower end of the spectrum.

Accordingly, the Director was required, as a matter of compliance with the legal duty to consult based on the honour of the Crown, to be informed about and consider the nature and severity of any adverse impact of the proposed grant before he made a decision to determine (amongst other things) whether accommodation was necessary or appropriate. The purpose of consultation was not to re-open the Treaty or to re-negotiate the availability of the lands for an agricultural grant. Such availability was already established in the Treaty. Consultation was required to help manage the important ongoing relationship between the government and the Aboriginal community in a way that upheld the honour of the Crown and promoted the objective of reconciliation.

In this case, the duty of consultation was discharged. Little Salmon/Carmacks acknowledges that it received appropriate notice and information. The Little Salmon/Carmacks objections were made in writing and they were dealt with at a meeting at which Little Salmon/Carmacks was entitled to be present (but failed to attend). Both Little Salmon/Carmacks' objections and the response of those who attended the meeting were before the Director when, in the exercise of his delegated authority, he approved P's application. Neither the honour of the Crown nor the duty to consult required more.

Nor was there any breach of procedural fairness. While procedural fairness is a flexible concept, and takes into account the Aboriginal dimensions of the decision facing the Director, it is nevertheless a doctrine that applies as a matter of administrative law to regulate relations between the government decision makers and all residents of the Yukon, Aboriginal as well as non-Aboriginal.

While the Yukon had a duty to consult, there was no further duty of accommodation on the facts of this case. Nothing in the treaty itself or in

que l'occasion de présenter cette position à la partie obligée de tenir la consultation, et un examen complet et équitable de toutes les positions présentées, par la partie obligée de tenir la consultation.

Le processus de concession de terres à des fins agricoles n'était pas régi à l'époque par les dispositions elles-mêmes du traité. Cependant, étant donné l'existence de la cession opérée par le traité et les textes législatifs adoptés en vue de la mise en œuvre de celui-ci, ainsi que la décision des parties de ne pas incorporer dans le traité lui-même un processus de consultation plus élaboré, la portée de l'obligation de consultation dans une telle situation se situait au bas du continuum.

Par conséquent, le directeur était tenu, pour se conformer à l'obligation juridique de consulter fondée sur l'honneur de la Couronne, d'être informé de la nature et de la gravité de toute incidence négative de la concession projetée et d'en tenir compte avant de prendre une décision, pour déterminer (entre autres choses) si des accommodements étaient nécessaires ou appropriés. La consultation n'avait pas pour objet de rouvrir le traité ou de renégocier la possibilité de concéder les terres à des fins agricoles. Cette possibilité était déjà prévue au traité. La consultation était requise afin de faciliter la gestion de la relation importante entre le gouvernement et la communauté autochtone en conformité avec la préservation de l'honneur de la Couronne et la réalisation de l'objectif de réconciliation.

En l'espèce, l'obligation de consultation a été respectée. La première nation reconnaît avoir reçu un avis suffisant et l'information utile. Elle a communiqué ses objections par écrit, et celles-ci ont été étudiées lors d'une réunion à laquelle la première nation avait le droit d'assister (mais à laquelle elle ne s'est pas fait représenter). Le directeur avait pris connaissance des objections de la première nation et de la réponse fournie par les personnes présentes à la réunion lorsque, dans l'exercice de son pouvoir délégué, il a approuvé la demande de P. L'honneur de la Couronne et l'obligation de consultation n'exigeaient rien de plus.

Il n'y a eu non plus aucun manquement à l'équité procédurale. Si l'équité procédurale est une notion souple et prend en compte les aspects qui, dans la décision que doit prendre le directeur, touchent directement les Autochtones, il n'en demeure pas moins que cette doctrine s'applique en droit administratif pour encadrer les relations entre les décideurs gouvernementaux et tous les habitants du Yukon, Autochtones comme non-Autochtones.

Si le Yukon avait une obligation de consultation, les faits de l'espèce ne donnent lieu à aucune autre obligation d'accommodement. Le traité lui-même ou

2010 SCC 53 (CanLII)

the surrounding circumstances gave rise to such a requirement.

In exercising his discretion in this case, as in all others, the Director was required to respect legal and constitutional limits. The constitutional limits included the honour of the Crown and its supporting doctrine of the duty to consult. The standard of review in that respect, including the adequacy of the consultation, is correctness. Within the limits established by the law and the Constitution, however, the Director's decision should be reviewed on a standard of reasonableness.

In this case, the Director did not err in law in concluding that the level of consultation that had taken place was adequate. The advice the Director received from his officials after consultation is that the impact of the grant of 65 hectares would not be significant. There is no evidence that he failed to give full and fair consideration to the concerns of Little Salmon/Carmacks. The material filed by the parties on the judicial review application does not demonstrate any palpable error of fact in his conclusion. Whether or not a court would have reached a different conclusion is not relevant. The decision to approve or not to approve the grant was given by the legislature to the Minister who, in the usual way, delegated the authority to the Director. His disposition was reasonable in the circumstances.

Per LeBel and Deschamps JJ.: Whereas past cases have concerned unilateral actions by the Crown that triggered a duty to consult for which the terms had not been negotiated, in the case at bar, the parties have moved on to another stage. Formal consultation processes are now a permanent feature of treaty law, and the Little Salmon/Carmacks Final Agreement affords just one example of this. To give full effect to the provisions of a treaty such as the Final Agreement is to renounce a paternalistic approach to relations with Aboriginal peoples. It is a way to recognize that Aboriginal peoples have full legal capacity. To disregard the provisions of such a treaty can only encourage litigation, hinder future negotiations and threaten the ultimate objective of reconciliation.

To allow one party to renege unilaterally on its constitutional undertaking by superimposing further rights and obligations relating to matters already provided for in the treaty could result in a paternalistic legal contempt, compromise the national treaty negotiation

l'ensemble des circonstances ne donnent en aucun cas ouverture à une telle obligation.

Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire dans ce cas, comme dans tous les autres cas, le directeur devait respecter des limites légales et constitutionnelles. Les limites constitutionnelles incluaient l'honneur de la Couronne et le principe de l'obligation de consulter qui l'appuie. La norme de contrôle à cet égard, y compris à l'égard du caractère adéquat de la consultation, est celle de la décision correcte. Dans les limites établies par le droit et la Constitution, toutefois, la décision du directeur doit être examinée selon la norme de la raisonnabilité.

En l'espèce, le directeur n'a pas commis d'erreur de droit en concluant que la consultation menée était adéquate. Selon l'avis reçu de ses fonctionnaires par le directeur après la consultation, les incidences de la concession de 65 hectares de terres ne seraient pas importantes. Rien n'indique que les préoccupations de la première nation n'ont pas fait l'objet d'un examen complet et équitable de sa part. Les documents déposés par les parties lors de la demande de contrôle judiciaire ne révèlent l'existence d'aucune erreur de fait manifeste dans sa conclusion. Le fait qu'un tribunal judiciaire aurait éventuellement pu arriver à une conclusion différente n'est pas pertinent. La décision d'approuver ou de ne pas approuver la concession de la parcelle de terre a été confiée par l'assemblée législative au ministre qui, de la façon habituelle, a délégué ce pouvoir au directeur. La décision prise par ce dernier était raisonnable dans les circonstances.

Les juges LeBel et Deschamps : Si, jusqu'ici, les litiges ont mis en cause une action unilatérale de la Couronne qui déclenchait une obligation de consulter dont les modalités n'avaient pas été négociées, le présent dossier indique que les parties sont maintenant passées à une autre étape. Les processus formels de consultation font maintenant résolument partie de l'univers juridique des traités. L'Entente définitive de Little Salmon/Carmacks n'en est qu'un exemple. Donner leur plein effet aux stipulations d'un traité comme l'Entente définitive c'est renoncer à toute approche paternaliste à l'égard des peuples autochtones. Il s'agit d'une façon de reconnaître leur pleine capacité juridique. Méconnaître les stipulations d'un tel traité ne peut qu'encourager le recours aux tribunaux, nuire aux négociations futures et compromettre la réalisation de l'objectif ultime de réconciliation.

Permettre à une partie de revenir unilatéralement sur son engagement constitutionnel en y superposant des droits et obligations additionnels portant sur des matières déjà prévues au traité risque de se traduire par un mépris juridique paternaliste, de compromettre le

2010 SCC 53 (CanLII)

process and frustrate the ultimate objective of reconciliation. This is the danger of what seems to be an unfortunate attempt to take the constitutional principle of the honour of the Crown hostage together with the principle of the duty to consult Aboriginal peoples that flows from it.

In concluding a treaty, the Crown does not act dishonourably in agreeing with an Aboriginal community on an elaborate framework involving various forms of consultation with respect to the exercise of that community's rights. Nor does the Crown act dishonourably if it requires the Aboriginal party to agree that no parallel mechanism relating to a matter covered by the treaty will enable that party to renege on its undertakings. Legal certainty is the primary objective of all parties to a comprehensive land claim agreement.

Legal certainty cannot be attained if one of the parties to a treaty can unilaterally renege on its undertakings with respect to a matter provided for in the treaty where there is no provision for its doing so in the treaty. This does not rule out the possibility of there being matters not covered by a treaty with respect to which the Aboriginal party has not surrendered possible Aboriginal rights. Nor does legal certainty imply that an equitable review mechanism cannot be provided for in a treaty.

Thus, it should be obvious that the best way for a court to contribute to ensuring that a treaty fosters a positive long relationship between Aboriginal and non-Aboriginal communities consists in ensuring that the parties cannot unilaterally renege on their undertakings. And once legal certainty has been pursued as a common objective at the negotiation stage, it cannot become a one-way proposition at the stage of implementation of the treaty. On the contrary, certainty with respect to one party's rights implies that the party in question must discharge its obligations and respect the other party's rights. Having laboured so hard, in their common interest, to substitute a well-defined legal system for an uncertain normative system, both the Aboriginal party and the Crown party have an interest in seeing their efforts bear fruit.

It is in fact because the agreement in issue does provide that the Aboriginal party has a right to various forms of consultation with respect to the rights the Crown wishes to exercise in this case that rights and obligations foreign to the mechanism provided for in the treaty must not be superimposed on it, and not simply because this is a "modern" treaty constituting a land claims agreement.

processus national de négociation de traités et de nuire à la poursuite de l'objectif ultime de réconciliation. Voilà le péril auquel nous expose ce qui semble être une malheureuse prise en otage du principe constitutionnel d'honneur de la Couronne et du principe en découlant, l'obligation de consulter les Autochtones.

Dans le cadre de la conclusion d'un traité, il n'y a rien de déshonorant pour la Couronne à s'entendre avec une communauté autochtone sur un régime détaillé et multiforme de consultation relative à l'exercice des droits de cette communauté. Il n'y a rien non plus de déshonorant de la part de la Couronne à exiger de la partie autochtone qu'aucun régime parallèle relatif à une matière prévue au traité ne permette à celle-ci de revenir sur ses engagements. En effet, la sécurité juridique est l'objectif premier de toutes les parties à un accord portant règlement de revendication territoriale globale.

Il ne saurait y avoir de sécurité juridique si une des parties à un traité pouvait — unilatéralement et sans que cela ne soit prévu au traité — revenir sur ses engagements à l'égard d'une matière prévue à ce traité. Cela ne veut pas dire qu'il ne peut pas exister de matières dont les parties n'auront pas traité et à l'égard desquelles la partie autochtone pourra ne pas avoir renoncé à d'éventuels droits ancestraux. La sécurité juridique n'exclut pas non plus la possibilité de prévoir, dans un traité, un mécanisme équitable de réexamen.

En ce sens, il devrait être évident que la meilleure façon pour les tribunaux de contribuer à ce qu'un traité favorise une longue relation positive entre parties autochtone et étatique consiste à s'assurer que les parties ne puissent revenir unilatéralement sur leurs engagements. Et il se trouve que, en aval de sa poursuite en tant qu'objectif partagé à l'étape de la négociation, la sécurité juridique ne saurait, à l'étape de la mise en œuvre d'un traité, opérer à sens unique. Au contraire, la sécurité des droits d'une partie implique nécessairement que celle-ci s'acquitte de ses obligations et respecte les droits de l'autre partie. S'étant toutes deux échinées, dans leur intérêt commun, à substituer un système juridique précis à un régime normatif incertain, la partie autochtone et la partie étatique ont toutes deux intérêt à ce que leur œuvre produise ses effets.

En l'espèce, c'est justement parce que l'accord en cause traite bel et bien des différentes formes de consultation auxquelles a droit la partie autochtone concernant les droits que la Couronne veut exercer qu'il faut se garder de superposer à ce régime des droits et obligations qui lui sont étrangers, et non pas simplement parce qu'il s'agit d'un traité « moderne » constituant un accord portant règlement de revendications territoriales.

2010 SCC 53 (CanLII)

Even when the treaty in issue is a land claims agreement, the Court must first identify the common intention of the parties and then decide whether the common law constitutional duty to consult applies to the Aboriginal party. Therefore, where there is a treaty, the common law duty to consult will apply only if the parties to the treaty have failed to address the issue of consultation.

The consultation that must take place if a right of the Aboriginal party is impaired will consist in either: (1) the measures provided for in the treaty in this regard; or (2) if no such measures are provided for in the treaty, the consultation required under the common law framework.

Where a treaty provides for a mechanism for consultation, what it does is to override the common law duty to consult Aboriginal peoples; it does not affect the general administrative law principle of procedural fairness, which may give rise to a duty to consult rights holders individually.

The courts are not blind to omissions, or gaps left in the treaty, by the parties with respect to consultation, and the common law duty to consult could always be applied to fill such a gap. But no such gap can be found in this case.

These general considerations alone would form a sufficient basis for dismissing the appeal.

But the provisions of the Final Agreement also confirm this conclusion. The Final Agreement includes general and interpretive provisions that are reproduced from the Umbrella Agreement. More precisely, this framework was first developed by the parties to the Umbrella Agreement, and was then incorporated by the parties into the various final agreements concluded under the Umbrella Agreement. Where there is any inconsistency or conflict, the rules of this framework prevail over the common law principles on the interpretation of treaties between governments and Aboriginal peoples.

These general and interpretive provisions also establish certain rules with respect to the relationships of the Umbrella Agreement and any final agreement concluded under it, not only the relationship between them, but also that with the law in general. These rules can be summarized in the principle that the Final Agreement prevails over any other non-constitutional legal rule, subject to the requirement that its provisions not be so construed as to affect the rights of "Yukon Indian people" as Canadian citizens and their entitlement to

Même lorsque le traité en cause est un accord portant règlement de revendications territoriales, la Cour doit d'abord dégager l'intention commune des parties, elle se prononcera ensuite sur l'application, à la partie autochtone, du régime jurisprudentiel relatif à l'obligation constitutionnelle de consultation. Par conséquent, en présence d'un traité, l'obligation jurisprudentielle de consultation ne s'appliquera qu'en cas d'omission des parties au traité d'avoir prévu cette matière.

La consultation requise lorsqu'il y a atteinte à un droit des Autochtones comportera : (1) soit les mesures prévues par le traité à cet égard; (2) soit, à défaut de telles mesures dans le traité, un degré de consultation que le régime jurisprudentiel établit.

Lorsqu'un traité établit des mesures de consultation, ce que le traité a pour effet d'écarter dans un tel cas est bien l'obligation jurisprudentielle de consultation des peuples autochtones, non pas toute obligation de consulter individuellement le titulaire d'un droit pouvant découler du principe général du droit administratif qu'est l'équité procédurale.

Les tribunaux ne sont pas aveugles aux omissions ou lacunes des parties au traité en matière de consultation et l'obligation jurisprudentielle de consultation pourrait toujours s'appliquer pour combler cette lacune. Mais aucune lacune de ce genre ne peut être constatée dans la présente affaire.

Il serait possible, sur la seule base de ces considérations d'ordre général, de rejeter l'appel principal.

Cependant, les dispositions de l'Entente définitive confirment elles aussi cette conclusion. L'Entente définitive comporte des dispositions générales et interprétatives qui ont été reprises de l'Accord-cadre. Plus exactement, ce régime a d'abord été élaboré par les parties à l'Accord-cadre, puis repris par les parties aux différentes ententes définitives conclues conformément aux stipulations de cet accord. Advenant toute incompatibilité, ce régime l'emporte sur les principes dégagés par la jurisprudence en matière d'interprétation de traités conclus par les gouvernements et les peuples autochtones.

Ces dispositions interprétatives et générales posent aussi certaines normes relatives aux rapports qu'entretiennent l'Accord-cadre et toute entente définitive conclue conformément à ses stipulations, non seulement entre eux, mais avec le reste du droit également. Ces normes peuvent être résumées par le principe selon lequel l'Entente définitive l'emporte sur toute autre règle de droit infraconstitutionnel, sous réserve du fait que ses dispositions ne doivent pas être interprétées d'une manière portant atteinte aux droits des Indiens du Yukon en tant

2010 SCC 53 (CanLII)

all the rights, benefits and protections of other citizens. In short, therefore, with certain exceptions, the treaty overrides Aboriginal rights related to the matters to which it applies, and in cases of conflict or inconsistency, it prevails over all other non-constitutional law.

Regarding the relationship between the treaty in issue and the rest of our constitutional law other than the case law on Aboriginal rights, such a treaty clearly cannot on its own amend the Constitution of Canada. In other words, the Final Agreement contains no provisions that affect the general principle that the common law duty to consult will apply only where the parties have failed to address the issue of consultation. This will depend on whether the parties have come to an agreement on this issue, and if they have, the treaty will — unless, of course, the treaty itself provides otherwise — override the application to the parties of any parallel framework, including the common law framework.

In this case, the parties included provisions in the treaty that deal with consultation on the very question of the Crown's right to transfer Crown land upon an application like the one made by P.

P's application constituted a project to which the assessment process provided for in Chapter 12 of the Final Agreement applied. Although that process had not yet been implemented, Chapter 12, including the transitional legal rules it contains, had been. Under those rules, any existing development assessment process would remain applicable. The requirements of the processes in question included not only consultation with the First Nation concerned, but also its participation in the assessment of the project. Any such participation would involve a more extensive consultation than would be required by the common law duty in that regard. Therefore, nothing in this case can justify resorting to a duty other than the one provided for in the Final Agreement.

Moreover, the provisions of Chapter 16 on fish and wildlife management establish a framework under which the First Nations are generally invited to participate in the management of those resources at the predecision stage. In particular, the invitation they receive to propose fish and wildlife management plans can be regarded as consultation.

The territorial government's conduct raises questions in some respects. In particular, there is the fact that the Director did not notify the First Nation of his decision of October 18, 2004 until July 27, 2005.

que citoyens canadiens ni à leur droit de jouir de tous les droits, avantages et protections reconnus aux autres citoyens. En somme, donc, sauf exception le traité se substitue aux droits ancestraux relativement aux matières dont il dispose et il a préséance, en cas d'incompatibilité, sur le reste du droit infraconstitutionnel.

En ce qui a trait à la relation entre le traité en cause et le reste de notre droit constitutionnel au-delà du seul régime jurisprudentiel des droits ancestraux, un tel traité ne saurait évidemment à lui seul modifier la Constitution du Canada. Autrement dit, l'Entente définitive ne contient pas de dispositions qui auraient une incidence sur le principe général selon lequel l'obligation de consultation de régime jurisprudentiel ne s'appliquera qu'en cas d'omission des parties au traité d'avoir prévu cette matière. En effet, tout dépendra de ce que les parties auront ou non convenu sur la question, auquel cas le traité, sauf bien sûr renvoi à l'effet contraire dans celui-ci, aura écarté l'application entre les parties de tout régime parallèle, y compris le régime jurisprudentiel.

En l'espèce, les parties ont prévu, dans le traité des dispositions concernant la consultation sur la question précise du droit de la Couronne de céder de ses terres à la suite d'une demande comme celle de P.

La demande de P constituait un projet soumis au processus d'évaluation prévu au chapitre 12 de l'Entente définitive. Ce processus n'avait pas été mis en œuvre, mais le chapitre 12 l'avait été, y compris les règles de droit provisoire y figurant. En vertu de ces règles, tout processus existant d'évaluation des activités de développement demeurait en vigueur. Ces processus prévoyaient non seulement la consultation de la nation autochtone concernée, mais aussi sa participation à l'évaluation du projet. Une telle participation impliquait un niveau de consultation supérieur à celui qui aurait été fondé sur l'obligation faite par la jurisprudence à cet égard. En conséquence, rien, en l'espèce, ne saurait justifier le recours à une obligation externe à celle prévue par l'Entente définitive.

De plus, les dispositions du chapitre 16 qui concernent la gestion des ressources halieutiques et fauniques instaurent un régime par lequel les premières nations sont généralement invitées à participer à la gestion de ces ressources sur une base prédécisionnelle. Notamment, l'invitation qui leur est faite de proposer des plans de gestion des ressources halieutiques et fauniques peut être considérée comme une consultation.

À certains égards, la conduite des autorités territoriales soulève des interrogations. C'est notamment le cas en ce qui a trait au fait que le directeur n'a signifié que le 27 juillet 2005 à la première nation sa décision

2010 SCC 53 (CanLII)

Under s. 81(1) of the *Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Act*, S.C. 2003, c. 7 ("*YESAA*"), the "designated office" and, if applicable, the executive committee of the Yukon Development Assessment Board would have been entitled to receive copies of that decision and, one can only assume, to receive them within a reasonable time. Here, the functional equivalent of the designated office is the Land Application Review Committee ("LARC"). Even if representatives of the First Nation did not attend the August 13, 2004 meeting, it would be expected that the Director would inform that First Nation of his decision within a reasonable time. Nonetheless, the time elapsed after the decision did not affect the quality of the prior consultation.

The territorial government's decision to proceed with P's application at the "prescreening" stage despite the requirement of consultation in the context of the First Nation's fish and wildlife management plan was not an exemplary practice either. However, the First Nation did not express concern about this in its letter of July 27, 2004 to Yukon's Lands Branch. And as can be seen from the minutes of the August 13, 2004 meeting, the concerns of the First Nation with respect to resource conservation were taken into consideration. Also, the required consultation in the context of the fish and wildlife management plan was far more limited than the consultation to which the First Nation was entitled in participating in LARC, which was responsible for assessing the specific project in issue in this appeal. Finally, the First Nation, the renewable resources council and the Minister had not agreed on a provisional suspension of the processing of applications for land in the area in question.

Despite these aspects of the handling of P's application that are open to criticism, it can be seen from the facts as a whole that the respondents received what they were entitled to receive from the appellants where consultation as a First Nation is concerned. In fact, in some respects they were consulted to an even greater extent than they would have been under the *YESAA*.

The only right the First Nation would have had under the *YESAA* was to be heard by the assessment district office as a stakeholder. That consultation would have been minimal, whereas the First Nation was invited to participate directly in the assessment of P's application as a member of LARC.

du 18 octobre 2004. En vertu du par. 81(1) de la *Loi sur l'évaluation environnementale et socioéconomique au Yukon*, L.C. 2003, ch. 7, (« *LÉESY* »), le « bureau désigné » et, le cas échéant, le comité de direction de la Commission d'évaluation des activités de développement du Yukon auraient eu droit de recevoir une copie de cette décision, et ce, on peut le supposer, à l'intérieur d'un délai raisonnable. L'équivalent fonctionnel du bureau désigné est ici le Comité d'examen des demandes d'aliénation de terres (« CEDAT »). Même si les représentants de la première nation ne se sont pas présentés à la réunion du 13 août 2004, on se serait attendu à ce que le directeur informe cette première nation de sa décision dans un délai raisonnable. Ce délai, survenu après la décision, n'a cependant pas affecté la qualité de la consultation préalable.

La décision qu'a prise l'administration territoriale, au terme de l'examen préalable, de poursuivre le traitement de la demande de P malgré la consultation qui avait cours dans le cadre du plan de gestion des ressources halieutiques et fauniques de la première nation n'est pas davantage un exemple de bonne pratique. Cependant, la première nation n'a pas exprimé cette préoccupation dans sa lettre du 27 juillet 2004 à la Direction des Terres du Yukon. De plus, comme le démontre le procès-verbal de la réunion du 13 août 2004, les préoccupations de la première nation concernant la conservation des ressources ont été prises en considération. Au surplus, la consultation qui avait cours dans le cadre du plan de gestion des ressources halieutiques et fauniques était beaucoup plus limitée que celle à laquelle donnait droit la participation de la première nation au CEDAT qui était chargé d'évaluer le projet spécifique faisant l'objet du présent pourvoi. De surcroît, la première nation, le conseil des ressources renouvelables et le ministre ne s'étaient pas entendus sur la suspension provisoire du traitement de toute demande d'aliénation de terres dans la région visée.

Au-delà de ces aspects critiquables du cheminement de la demande de P, l'ensemble des faits révèle que les intimés ont reçu des appelants ce à quoi ils avaient droit de la part de ceux-ci en matière de consultation à titre de première nation. En réalité, ils ont même obtenu à certains égards davantage que ce que leur aurait procuré la *LÉESY*.

Le seul droit qu'aurait obtenu la première nation en vertu de la *LÉESY* est celui d'être entendue à titre de personne intéressée par le bureau de circonscription. Il s'agissait là d'une consultation minimale, alors que la première nation a été invitée à participer directement, à titre d'évaluateur membre du CEDAT, à l'évaluation de la demande de P.

2010 SCC 53 (CanLII)

It is true that the First Nation's representatives did not attend the August 13, 2004 meeting. They did not notify the other members of LARC that they would be absent and did not request that the meeting be adjourned, but they had already submitted comments in a letter.

Thus, the process that led to the October 18, 2004 decision on P's application was consistent with the transitional law provisions of Chapter 12 of the Final Agreement. There is no legal basis for finding that the Crown breached its duty to consult.

Cases Cited

By Binnie J.

Considered: *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; **applied:** *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557; **referred to:** *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227, leave to appeal refused, [1981] 2 S.C.R. xi; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256.

By Deschamps J.

Considered: *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; **referred to:** *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *Reference*

Il est vrai que les représentants de la première nation ne se sont pas présentés à la réunion du 13 août 2004. Cela est survenu sans qu'ils ne préviennent au préalable les autres membres du CEDAT et sans demander l'ajournement de la réunion mais alors qu'ils avaient fait des commentaires par lettre.

Par conséquent, le processus qui a mené à la décision du 18 octobre 2004 relativement à la demande de P respectait les dispositions de droit provisoire prévues au chapitre 12 de l'Entente définitive. Il n'existe aucun motif juridique permettant de conclure que l'obligation de consultation de la Couronne a été violée.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts examinés : *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; **arrêts appliqués :** *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557; **arrêts mentionnés :** *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227, autorisation d'appel refusée, [1981] 2 R.C.S. xi; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256.

Citée par la juge Deschamps

Arrêt examiné : *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; **arrêts mentionnés :** *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004]

2010 SCC 53 (CanLII)

re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211; *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911; *R. v. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, aff'd (1965), 52 D.L.R. (2d) 481; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *Province of Ontario v. Dominion of Canada* (1895), 25 S.C.R. 434; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, 2001 SCC 85, [2001] 3 S.C.R. 746.

Statutes and Regulations Cited

Assessable Activities, Exceptions and Executive Committee Projects Regulations, SOR/2005-379, ss. 2, 5, Sch. 1, Part 13, item 27.
Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37.
Constitution Act, 1867, Part VI.
Constitution Act, 1982, ss. 25, 35, 52, Part V.
Environmental Assessment Act, S.Y. 2003, c. 2 [rep. O.I.C. 2005/202, (2006) 25 Y. Gaz. II, 32].
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5.
Lands Act, R.S.Y. 2002, c. 132, s. 7(1)(a).
Royal Proclamation (1763), R.S.C. 1985, App. II, No. 1.
Territorial Lands (Yukon) Act, S.Y. 2003, c. 17.
Wildlife Act, R.S.Y. 2002, c. 229, ss. 13(1), 82, 187.
Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Act, S.C. 2003, c. 7, ss. 2(1) "territory", 5, 8, 20(1), 23(1), 47(2), 50(1), 55(1)(*b*), 55(4), 60, 63, 81(1), 82(1), 83(1), 84(1), 122(*c*), 134.
Yukon First Nations Land Claims Settlement Act, S.C. 1994, c. 34, ss. 5, 6(2), 13.

Treaties and Agreements

James Bay and Northern Québec Agreement (1975).
Little Salmon/Carmacks First Nation Final Agreement, July 1, 1997 (online: http://www.eco.gov.yk.ca/pdf/little_salmon_carmacks_fa.pdf).
Treaty No. 8 (1899).
Treaty No. 11 (1921).

3 R.C.S. 550; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King*, [1950] R.C.S. 211; *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911; *R. c. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, conf. par (1965), 52 D.L.R. (2d) 481; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Province of Ontario c. Dominion of Canada* (1895), 25 R.C.S. 434; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville)*, 2001 CSC 85, [2001] 3 R.C.S. 746.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37.
Loi constitutionnelle de 1867, partie VI.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 25, 35, 52, partie V.
Loi du Yukon sur les terres territoriales, L.Y. 2003, ch. 17.
Loi sur l'évaluation environnementale, L.Y. 2003, ch. 2 [abr. D. 2005/202, (2006) 25 Gaz. Y. II, 32].
Loi sur l'évaluation environnementale et socioéconomique au Yukon, L.C. 2003, ch. 7, art. 2(1) « territoire », 5, 8, 20(1), 23(1), 47(2), 50(1), 55(1)*b*), 55(4), 60, 63, 81(1), 82(1), 83(1), 84(1), 122*c*), 134.
Loi sur la faune, L.R.Y. 2002, ch. 229, art. 13(1), 82, 187.
Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon, L.C. 1994, ch. 34, art. 5, 6(2), 13.
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5.
Loi sur les terres, L.R.Y. 2002, ch. 132, art. 7(1)a).
Proclamation royale (1763), L.R.C. 1985, app. II, n° 1.
Règlement sur les activités susceptibles d'évaluation, les exceptions et les projets de développement soumis au comité de direction, DORS/2005-379, art. 2, 5, ann. 1, partie 13, art. 27.

Traités et ententes

Accord-cadre définitif entre le gouvernement du Canada, le Conseil des Indiens du Yukon et le gouvernement du Yukon (1993).
Convention de la Baie-James et du Nord québécois (1975).

2010 SCC 53 (CanLII)

Umbrella Final Agreement between the Government of Canada, the Council for Yukon Indians and the Government of the Yukon (1993).

Authors Cited

Canada. Indian and Northern Affairs. *Federal Policy for the Settlement of Native Claims*. Ottawa: Indian and Northern Affairs Canada, 1993.

Grammond, Sébastien. *Aménager la coexistence: Les peuples autochtones et le droit canadien*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.

Newman, Dwight G. *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples*. Saskatoon: Purich Publishing, 2009.

Saint-Hilaire, Maxime. "La proposition d'entente de principe avec les Innus: vers une nouvelle génération de traités?" (2003), 44 *C. de D.* 395.

Stevenson, Mark L. "Visions of Certainty: Challenging Assumptions", in Law Commission of Canada, ed., *Speaking Truth to Power: A Treaty Forum*. Ottawa: Minister of Public Works and Government Services Canada, 2001, 113.

Williams, Robert A. *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*. New York: Oxford University Press, 1997.

Yukon. *Agriculture for the 90s: A Yukon Policy*. Whitehorse: Yukon Government, 1991.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Yukon Court of Appeal (Newbury, Kirkpatrick and Tysoe JJ.A.), 2008 YKCA 13, 296 D.L.R. (4th) 99, 258 B.C.A.C. 160, 434 W.A.C. 160, [2008] 4 C.N.L.R. 25, 71 R.P.R. (4th) 162, [2008] Y.J. No. 55 (QL), 2008 CarswellYukon 62, setting aside the decision of Veale J., 2007 YKSC 28, [2007] 3 C.N.L.R. 42, [2007] Y.J. No. 24 (QL), 2007 CarswellYukon 18, quashing the approval of application for land grant. Appeal and cross-appeal dismissed.

Brad Armstrong, *Q.C.*, *Keith Bergner*, *Penelope Gawn* and *Lesley McCullough*, for the appellants/respondents on cross-appeal.

Jean Teillet, *Arthur Pape* and *Richard B. Salter*, for the respondents/appellants on cross-appeal.

Mitchell R. Taylor, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Entente définitive de la Première nation de Little Salmon/Carmacks, 1 juillet 1997 (en ligne : http://www.ainc-inac.gc.ca/al/ldc/ccl/fagr/ykn/slmon/lsfa/lsfa-fra.pdf).

Traité nº 8 (1899).

Traité nº 11 (1921).

Doctrine citée

Canada. Affaires indiennes et du Nord. *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*. Ottawa : Affaires indiennes et du Nord Canada, 1993.

Grammond, Sébastien. *Aménager la coexistence : Les peuples autochtones et le droit canadien*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.

Newman, Dwight G. *The Duty to Consult : New Relationships with Aboriginal Peoples*. Saskatoon : Purich Publishing, 2009.

Saint-Hilaire, Maxime. « La proposition d'entente de principe avec les Innus : vers une nouvelle génération de traités? » (2003), 44 *C. de D.* 395.

Stevenson, Mark L. « Visions de certitude : question d'hypothèses », dans Commission du droit du Canada, dir., *Parlons franchement à propos des traités*. Ottawa : Ministère des travaux publics et des Services gouvernementaux Canada, 2001, 123.

Williams, Robert A. *Linking Arms Together : American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*. New York : Oxford University Press, 1997.

Yukon. *Agriculture for the 90s : A Yukon Policy*. Whitehorse : Yukon Government, 1991.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel du Yukon (les juges Newbury, Kirkpatrick et Tysoe), 2008 YKCA 13, 296 D.L.R. (4th) 99, 258 B.C.A.C. 160, 434 W.A.C. 160, [2008] 4 C.N.L.R. 25, 71 R.P.R. (4th) 162, [2008] Y.J. No. 55 (QL), 2008 CarswellYukon 62, qui a infirmé une décision du juge Veale, 2007 YKSC 28, [2007] 3 C.N.L.R. 42, [2007] Y.J. No. 24 (QL), 2007 CarswellYukon 18, annulant l'approbation de la demande de concession de terres. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Brad Armstrong, *c.r.*, *Keith Bergner*, *Penelope Gawn* et *Lesley McCullough*, pour les appelants/intimés au pourvoi incident.

Jean Teillet, *Arthur Pape* et *Richard B. Salter*, pour les intimés/appelants au pourvoi incident.

Mitchell R. Taylor, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

2010 SCC 53 (CanLII)

Hugues Melançon and *Natacha Lavoie*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Rolf Pritchard and *Justin S. C. Mellor*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

Brian A. Crane, *Q.C.*, for the interveners the Gwich'in Tribal Council and Sahtu Secretariat Inc.

Jean-Sébastien Clément and *François Dandonneau*, for the intervener the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee)/Cree Regional Authority.

James M. Coady, *Dave Joe* and *Daryn R. Leas*, for the intervener the Council of Yukon First Nations.

Joseph J. Arvay, *Q.C.*, and *Bruce Elwood*, for the intervener the Kwanlin Dün First Nation.

James R. Aldridge, *Q.C.*, and *Dominique Nouvet*, for the intervener Nunavut Tunngavik Inc.

John Donihee, for the intervener the Tlicho Government.

Robert J. M. Janes and *Karey M. Brooks*, for the intervener the Te'Mexw Nations.

Peter W. Hutchins and *Julie Corry*, for the intervener the Assembly of First Nations.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] Binnie J. — This appeal raises important questions about the interpretation and implementation of modern comprehensive land claims treaties between the Crown and First Nations and other levels of government.

[2] The treaty at issue here is the Little Salmon/Carmacks First Nation Final Agreement (the "LSCFN Treaty"), which was finalized in 1996 and ratified by members of the First Nation in

Hugues Melançon et *Natacha Lavoie*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Rolf Pritchard et *Justin S. C. Mellor*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Brian A. Crane, *c.r.*, pour les intervenants le Conseil tribal des Gwich'in et Sahtu Secretariat Inc.

Jean-Sébastien Clément et *François Dandonneau*, pour l'intervenant le Grand conseil des Cris (Eeyou Istchee)/Administration régionale crie.

James M. Coady, *Dave Joe* et *Daryn R. Leas*, pour l'intervenant le Conseil des Premières nations du Yukon.

Joseph J. Arvay, *c.r.*, et *Bruce Elwood*, pour l'intervenante la Première nation de Kwanlin Dün.

James R. Aldridge, *c.r.*, et *Dominique Nouvet*, pour l'intervenante Nunavut Tunngavik Inc.

John Donihee, pour l'intervenant le gouvernement tlicho.

Robert J. M. Janes et *Karey M. Brooks*, pour l'intervenante les Nations Te'Mexw.

Peter W. Hutchins et *Julie Corry*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] Le juge Binnie — Ce pourvoi soulève d'importantes questions touchant l'interprétation et la mise en œuvre des traités récents relatifs à des revendications territoriales globales conclus entre la Couronne, les Premières Nations et d'autres paliers de gouvernement.

[2] Le traité en cause en l'espèce est l'Entente définitive de la Première nation de Little Salmon/Carmacks (le « traité PNLSC »), finalisée en 1996 et ratifiée par les membres de la première nation

2010 SCC 53 (CanLII)

1997. The LSCFN Treaty is one of 11 that arose out of and implement an umbrella agreement signed in 1993 after 20 years of negotiations between representatives of all of the Yukon First Nations and the federal and territorial governments. It was a monumental achievement. These treaties fall within the protection of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, which gives constitutional protection to existing Aboriginal and treaty rights.

[3] The present dispute relates to an application for judicial review of a decision by the Yukon territorial government dated October 18, 2004, to approve the grant of 65 hectares of surrendered land to a Yukon resident named Larry Paulsen. The plot borders on the settlement lands of the Little Salmon/Carmacks First Nation, and forms part of its traditional territory, to which its members have a treaty right of access for hunting and fishing for subsistence. In the result, Mr. Paulsen still awaits the outcome of the grant application he submitted on November 5, 2001.

[4] The First Nation disclaims any allegation that the Paulsen grant would violate the LSCFN Treaty, which itself contemplates that surrendered land may be taken up from time to time for other purposes, including agriculture. Nevertheless, until such taking up occurs, the members of the LSCFN have an ongoing treaty interest in surrendered Crown lands (of which the 65 hectares form a small part), to which they have a treaty right of access for hunting and fishing for subsistence. The LSCFN contends that the territorial government proceeded without proper consultation and without proper regard to relevant First Nation's concerns. They say the decision of October 18, 2004, to approve the Paulsen grant should be quashed.

[5] The territorial government responds that no consultation was required. The LSCFN Treaty,

en 1997. Le traité PNLSC s'inscrit dans une série de 11 traités découlant et assurant la mise en œuvre d'un accord-cadre signé en 1993 après 20 ans de négociations entre des représentants de l'ensemble des premières nations du Yukon et les gouvernements fédéral et territorial. Il s'agissait d'une réalisation des plus imposantes. Ces traités sont visés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui accorde une protection constitutionnelle aux droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada.

[3] Le litige concerne une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le gouvernement territorial du Yukon a approuvé, le 18 octobre 2004, la concession à un habitant du Yukon nommé Larry Paulsen de 65 hectares de terres cédées. La parcelle en question est contiguë aux terres visées par le règlement de la Première nation de Little Salmon/Carmacks (« PNLSC »), et fait partie de son territoire traditionnel, auquel ses membres ont un droit d'accès issu d'un traité à des fins de chasse et de pêche de subsistance. En raison de ce litige, M. Paulsen attend toujours le résultat de sa demande de concession de terre présentée le 5 novembre 2001.

[4] La première nation rejette toute allégation suivant laquelle la concession de la parcelle à M. Paulsen violerait le traité PNLSC, qui lui-même prévoit que des terres cédées peuvent à l'occasion être prises à d'autres fins, notamment à des fins agricoles. Mais jusqu'à ce que des terres aient été ainsi prises, les membres de la PNLSC conservent un intérêt issu d'un traité relativement aux terres de la Couronne cédées (dont les 65 hectares forment une petite partie), à l'égard desquelles ils ont un droit d'accès issu d'un traité à des fins de chasse et de pêche de subsistance. La PNLSC soutient que le gouvernement territorial a agi sans effectuer la consultation requise et sans tenir compte des préoccupations pertinentes de la première nation. Selon elle, la décision du 18 octobre 2004 approuvant la concession de terres à M. Paulsen devrait être annulée.

[5] Le gouvernement territorial réplique qu'aucune consultation n'était exigée. Le traité

2010 SCC 53 (CanLII)

it says, is a complete code. The treaty refers to consultation in over 60 different places but a land grant application is not one of them. Where not specifically included, the duty to consult, the government says, is excluded.

[6] The important context of this appeal, therefore, is an application for judicial review of a decision that was required to be made by the territorial government having regard to relevant constitutional as well as administrative law constraints. The Yukon Court of Appeal held, as had the trial judge, that the LSCFN Treaty did not exclude the duty of consultation, although in this case the content of that duty was at the lower end of the spectrum (2007 YKSC 28; 2008 YKCA 13). The Court of Appeal went on to hold, disagreeing in this respect with the trial judge, that on the facts the government's duty of consultation had been fulfilled.

[7] I agree that the duty of consultation was not excluded by the LSCFN Treaty, although its terms were relevant to the exercise of the territorial government discretion, as were other principles of administrative and Aboriginal law, as will be discussed. On the facts of the Paulsen application, however, I agree with the conclusion of the Court of Appeal that the First Nation did not make out its case. The First Nation received ample notice of the Paulsen application, an adequate information package, and the means to make known its concerns to the decision maker. The LSCFN's objections were made in writing and they were dealt with at a meeting at which the First Nation was entitled to be present (but failed to show up). Both the First Nation's objections and the response of those who attended the meeting were before the appellant when, in the exercise of his delegated authority, he approved the Paulsen application. In light of the consultation provisions contained in the treaty, neither the honour of the Crown nor the duty to consult were breached. Nor was there any breach of procedural fairness. Nor can it be said that the appellant acted unreasonably in making

PNLSC constitue, dit-il, un code complet. Il est question de consultation à plus de 60 endroits différents dans le traité, mais jamais à propos d'une demande de concession de terres. Lorsque l'obligation de consulter n'est pas spécifiquement mentionnée, dit le gouvernement, elle est exclue.

[6] Le pourvoi s'inscrit donc dans le contexte important d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision que le gouvernement territorial devait prendre en tenant compte des contraintes applicables qu'imposent tant le droit constitutionnel que le droit administratif. La Cour d'appel du Yukon a conclu, comme le juge de première instance, que le traité PNLSC n'excluait pas l'obligation de consulter, bien que le contenu de cette obligation se situait en l'espèce au bas du continuum (2007 YKSC 28; 2008 YKCA 13). La Cour d'appel a ensuite conclu, en désaccord sur ce point avec le juge de première instance, que selon les faits, le gouvernement s'était acquitté de son obligation de consulter.

[7] J'estime moi aussi que l'obligation de consulter n'était pas exclue par le traité PNLSC, même si les clauses de ce dernier étaient pertinentes à l'égard de l'exercice, par le gouvernement territorial, de son pouvoir discrétionnaire, à l'instar d'autres principes du droit administratif et du droit des Autochtones, comme nous le verrons. Mais devant les faits relatifs à la demande de M. Paulsen, je suis d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la première nation n'a pas réussi à démontrer le bien-fondé de ses arguments. La première nation a été avisée longtemps d'avance de la demande de M. Paulsen; on lui a fourni une documentation adéquate et on lui a donné le moyen de faire connaître ses préoccupations au décideur. La PNLSC a communiqué ses objections par écrit, et celles-ci ont été étudiées lors d'une réunion à laquelle la première nation avait le droit d'assister (mais à laquelle elle ne s'est pas fait représenter). L'appelant avait pris connaissance des objections soulevées par la première nation et de la réponse fournie par les personnes présentes à la réunion lorsque, dans l'exercice de son pouvoir délégué, il a approuvé la demande de M. Paulsen. Vu les dispositions relatives à la consultation contenues

2010 SCC 53 (CanLII)

the decision that he did. I would dismiss the appeal and cross-appeal.

I. Overview

[8] Historically, treaties were the means by which the Crown sought to reconcile the Aboriginal inhabitants of what is now Canada to the assertion of European sovereignty over the territories traditionally occupied by First Nations. The objective was not only to build alliances with First Nations but to keep the peace and to open up the major part of those territories to colonization and settlement. No treaties were signed with the Yukon First Nations until modern times.

[9] Unlike their historical counterparts, the modern comprehensive treaty is the product of lengthy negotiations between well-resourced and sophisticated parties. The negotiation costs to Yukon First Nations of their various treaties, financed by the federal government through reimbursable loans, were enormous. The LSCFN share alone exceeded seven million dollars. Under the Yukon treaties, the Yukon First Nations surrendered their Aboriginal rights in almost 484,000 square kilometres, roughly the size of Spain, in exchange for defined treaty rights in respect of land tenure and a quantum of settlement land (41,595 square kilometres), access to Crown lands, fish and wildlife harvesting, heritage resources, financial compensation, and participation in the management of public resources. To this end, the LSCFN Treaty creates important institutions of self-government and authorities such as the Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Board and the Carmacks Renewable Resources Council, whose members are jointly nominated by the First Nation and the territorial government.

au traité, l'honneur de la Couronne a été préservé et il n'y a eu aucun manquement à l'obligation de consultation. Il n'y a eu non plus aucun manquement à l'équité procédurale. On ne peut en outre affirmer que l'appelant a agi de manière déraisonnable en prenant la décision qu'il a prise. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et le pourvoi incident.

I. Vue d'ensemble

[8] Dans le passé, les traités ont constitué le moyen par lequel la Couronne s'est efforcée de faire accepter aux habitants autochtones de ce qui est maintenant le Canada l'affirmation de la souveraineté européenne sur les territoires traditionnellement occupés par les Premières Nations. L'objectif ne consistait pas seulement à construire des alliances avec celles-ci, mais à maintenir la paix et à ouvrir la majeure partie de ces territoires à la colonisation. Aucun traité n'a été signé avec les premières nations du Yukon avant l'ère moderne.

[9] Contrairement aux traités historiques, les traités récents portant sur des revendications globales sont le fruit de longues négociations entre des parties qui sont averties et disposent de ressources importantes. Le coût énorme de la négociation des divers traités, pour les premières nations du Yukon, a été financé par le gouvernement fédéral au moyen de prêts remboursables. Pour la seule PNLSC, le coût a dépassé les sept millions de dollars. En vertu des traités du Yukon, les premières nations du Yukon ont cédé leurs droits ancestraux sur presque 484 000 kilomètres carrés, soit environ la superficie de l'Espagne, contre des droits définis par traités au chapitre de la tenure et une certaine quantité de terres visées par le règlement (41 595 kilomètres carrés), l'accès aux terres de la Couronne, à la récolte de poissons et d'animaux sauvages et aux ressources patrimoniales, une indemnisation pécuniaire et la participation à la gestion des ressources publiques. À cette fin, le traité PNLSC établit d'importantes institutions d'autonomie gouvernementale et des autorités comme l'Office d'évaluation environnementale et socioéconomique du Yukon et le Conseil des ressources renouvelables de Carmacks, dont les membres sont désignés conjointement par la première nation et le gouvernement territorial.

2010 SCC 53 (CanLII)

[10] The reconciliation of Aboriginal and non-Aboriginal Canadians in a mutually respectful long-term relationship is the grand purpose of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The modern treaties, including those at issue here, attempt to further the objective of reconciliation not only by addressing grievances over the land claims but by creating the legal basis to foster a positive long-term relationship between Aboriginal and non-Aboriginal communities. Thoughtful administration of the treaty will help manage, even if it fails to eliminate, some of the misunderstandings and grievances that have characterized the past. Still, as the facts of this case show, the treaty will not accomplish its purpose if it is interpreted by territorial officials in an ungenerous manner or as if it were an everyday commercial contract. The treaty is as much about building relationships as it is about the settlement of ancient grievances. The future is more important than the past. A canoeist who hopes to make progress faces forwards, not backwards.

[11] Equally, however, the LSCFN is bound to recognize that the $34 million and other treaty benefits it received in exchange for the surrender has earned the territorial government a measure of flexibility in taking up surrendered lands for other purposes.

[12] The increased detail and sophistication of modern treaties represents a quantum leap beyond the pre-Confederation historical treaties such as the 1760-61 Treaty at issue in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, and post-Confederation treaties such as Treaty No. 8 (1899) at issue in *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, and *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388. The historical treaties were typically expressed in lofty terms of high generality and were often ambiguous. The courts were obliged to resort to general principles (such as the honour of the Crown) to fill the gaps and achieve a fair outcome. Modern comprehensive land claim agreements, on the other hand, starting perhaps with the *James Bay and Northern Québec Agreement* (1975), while still to be interpreted and

[10] La réconciliation des Canadiens autochtones et non autochtones dans le cadre d'une relation à long terme empreinte de respect mutuel : voilà le noble objectif de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les traités récents, y compris ceux en cause en l'espèce, tentent de contribuer à la réalisation de cet objectif de réconciliation, non seulement en répondant aux griefs relatifs aux revendications territoriales, mais en créant le fondement juridique propre à favoriser une relation à long terme harmonieuse entre les collectivités autochtones et non autochtones. Une application judicieuse du traité aidera à aplanir, sans nécessairement les éliminer, certains des malentendus et des doléances qui ont caractérisé le passé. Mais comme le montrent les faits de la présente affaire, l'objectif du traité ne pourra être atteint si les responsables territoriaux l'interprètent de façon mesquine ou comme s'il s'agissait d'un banal contrat commercial. Le traité vise tout autant l'établissement de relations que la résolution des griefs du passé. L'avenir est plus important que le passé. Un canoteur qui souhaite avancer regarde devant lui, non derrière.

[11] La PNLSC doit cependant reconnaître du même coup que les 34 millions de dollars et les autres avantages qu'elle a reçus en échange de la cession autorisent le gouvernement territorial à faire preuve d'une certaine souplesse dans l'utilisation à d'autres fins des terres cédées.

[12] Par leur complexité et leur caractère détaillé, les traités récents marquent un énorme progrès, à la fois par rapport aux traités historiques antérieurs à la Confédération tels les traités de 1760 et 1761 en cause dans *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, et par rapport aux traités postérieurs à la Confédération tel le Traité n^{o} 8 (1899) dont il est question dans *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, et dans *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388. Les traités historiques, habituellement formulés en termes nobles d'une grande généralité, étaient souvent ambigus. Les tribunaux se sont ainsi vus forcés de recourir à des principes généraux (comme l'honneur de la Couronne) pour pallier les lacunes et parvenir à un résultat équitable. En revanche, si les ententes récentes sur des revendications

2010 SCC 53 (CanLII)

applied in a manner that upholds the honour of the Crown, were nevertheless intended to create some precision around property and governance rights and obligations. Instead of *ad hoc* remedies to smooth the way to reconciliation, the modern treaties are designed to place Aboriginal and non-Aboriginal relations in the mainstream legal system with its advantages of continuity, transparency, and predictability. It is up to the parties, when treaty issues arise, to act diligently to advance their respective interests. Good government requires that decisions be taken in a timely way. To the extent the Yukon territorial government argues that the Yukon treaties represent a new departure and not just an elaboration of the *status quo*, I think it is correct. However, as the trial judge Veale J. aptly remarked, the new departure represents but a step — albeit a very important step — in the long journey of reconciliation (para. 69).

territoriales globales — que l'on pourrait sans doute faire remonter à la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* (1975) — doivent elles aussi être interprétées et appliquées en conformité avec l'honneur de la Couronne, elles étaient néanmoins censées procurer une certaine précision quant aux droits et obligations relatifs à la propriété et à la gouvernance. Au lieu d'instituer des mécanismes ponctuels facilitant la réconciliation, les traités récents visent à inscrire les relations entre Autochtones et non-Autochtones dans le système juridique général, avec les avantages que cela présente au plan de la continuité, de la transparence et de la prévisibilité. Il appartient aux parties, lorsque l'application des traités suscite des difficultés, d'agir de façon diligente pour faire valoir leurs intérêts respectifs. Une bonne gouvernance suppose que les décisions soient prises en temps opportun. Dans la mesure où le gouvernement territorial du Yukon plaide que les traités du Yukon constituent un nouveau départ et non pas simplement un prolongement du *statu quo*, je crois qu'il a raison. Toutefois, comme le juge Veale l'a si justement fait remarquer en première instance, le nouveau départ ne représente qu'une étape — mais une étape très importante — dans le long voyage de la réconciliation (par. 69).

[13] There was in this case, as mentioned, an express treaty right of members of the First Nation to hunt and fish for subsistence on their traditional lands, now surrendered and classified as Crown lands. While the LSCFN Treaty did not prevent the government from making land grants out of the Crown's land holdings, and indeed it contemplated such an eventuality, it was obvious that such grants might adversely affect the traditional economic activities of the LSCFN, and the territorial government was required to consult with the LSCFN to determine the nature and extent of such adverse effects.

[13] Comme je l'ai indiqué, le traité PNLSC conférait expressément aux membres de la première nation, dans le cas présent, un droit de chasse et de pêche de subsistance sur leurs terres ancestrales, qui ont fait l'objet d'une cession et sont maintenant considérées comme des terres de la Couronne. Même si le traité n'interdisait pas aux autorités d'octroyer des terres faisant partie des terres de la Couronne, — en fait, cette possibilité y était envisagée — il était évident que cela risquait d'avoir des conséquences négatives sur les activités économiques traditionnelles de la PNLSC, et le gouvernement territorial était tenu de consulter cette dernière afin de déterminer la nature et l'étendue de ces conséquences négatives.

[14] The delegated statutory decision maker was the appellant David Beckman, the Director of the Agriculture Branch of the territorial Department of Energy, Mines and Resources. He was authorized, subject to the treaty provisions, to issue land grants

[14] Le décideur délégué en vertu de la loi était l'appelant David Beckman, le directeur de la Direction de l'agriculture du ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources du Yukon. Il était autorisé, sous réserve des clauses du traité, à concéder

2010 SCC 53 (CanLII)

to non-settlement lands under the *Lands Act*, R.S.Y. 2002, c. 132, and the *Territorial Lands (Yukon) Act*, S.Y. 2003, c. 17. The First Nation argues that in exercising his discretion to approve the grant the Director was required to have regard to First Nation's concerns and to engage in consultation. This is true. The First Nation goes too far, however, in seeking to impose on the territorial government not only the procedural protection of consultation but also a substantive right of accommodation. The First Nation protests that its concerns were not taken seriously — if they had been, it contends, the Paulsen application would have been denied. This overstates the scope of the duty to consult in this case. The First Nation does not have a veto over the approval process. No such substantive right is found in the treaty or in the general law, constitutional or otherwise. The Paulsen application had been pending almost three years before it was eventually approved. It was a relatively minor parcel of 65 hectares whose agricultural use, according to the advice received by the Director (and which he was entitled to accept), would not have any significant adverse effect on First Nation's interests.

des terres non visées par un règlement en vertu de la *Loi sur les terres*, L.R.Y. 2002, ch. 132, et de la *Loi du Yukon sur les terres territoriales*, L.Y. 2003, ch. 17. Selon la première nation, le directeur était obligé, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'approuver la concession de terres, de tenir compte des préoccupations de la première nation et de tenir des consultations. C'est exact. Mais la première nation va trop loin lorsqu'elle prétend imposer au gouvernement territorial non seulement la protection procédurale qu'offre la consultation, mais également le respect d'un droit substantif à l'accommodement. La première nation se plaint de ce que ses préoccupations n'ont pas été prises au sérieux — sinon, dit-elle, la demande de M. Paulsen aurait été rejetée. Elle se trouve ainsi à élargir indûment l'obligation de consulter en l'espèce. La première nation ne jouit pas d'un droit de veto à l'égard du processus d'approbation. Aucun droit semblable n'est prévu par le traité ni par le droit commun, constitutionnel ou autre. La demande de M. Paulsen est demeurée en suspens pendant près de trois ans avant d'être finalement approuvée. Elle concernait une parcelle relativement petite de 65 hectares dont l'utilisation à des fins agricoles, suivant l'avis reçu par le directeur — un avis qu'il était en droit d'accepter — n'aurait aucune incidence négative notable sur les intérêts de la première nation.

[15] Unlike *Mikisew Cree* where some accommodation was possible through a rerouting of the proposed winter road, in this case, the stark decision before the appellant Director was to grant or refuse the modified Paulsen application. He had before him the relevant information. Face-to-face consultation between the First Nation and the Director (as decision maker) was not required. In my view, the decision was reasonable having regard to the terms of the treaty, and in reaching it the Director did not breach the requirements of the duty to consult, natural justice, or procedural fairness. There was no *constitutional* impediment to approval of the Paulsen application and from an *administrative* law perspective the outcome fell within a range of reasonable outcomes.

[15] Contrairement à la situation dans *Première nation crie Mikisew*, où un accommodement était possible par la modification du tracé de la route hivernale projetée, dans la présente affaire, la décision consistait purement et simplement, pour le directeur appelant, à accorder ou à rejeter la demande modifiée de M. Paulsen. Il disposait de l'information pertinente. Les représentants de la première nation et le directeur (en tant que décideur) n'étaient pas tenus de se rencontrer pour tenir des consultations. Je suis d'avis que la décision était raisonnable, compte tenu des termes du traité, et que le directeur, lorsqu'il l'a prise, n'a en aucun cas écarté l'obligation de tenir des consultations, la justice naturelle ou l'équité procédurale. Il n'existait aucun obstacle *constitutionnel* à l'approbation de la demande de M. Paulsen, et du point de vue du droit *administratif*, le résultat entrait dans la gamme des résultats raisonnables.

2010 SCC 53 (CanLII)

II. Facts

[16] On November 5, 2001, Larry Paulsen submitted his application for an agricultural land grant of 65 hectares. He planned to grow hay, put up some buildings and raise livestock. The procedure governing such grant applications was set out in a pre-treaty territorial government policy, *Agriculture for the 90s: A Yukon Policy* (1991) (the "1991 Agriculture Policy").

[17] The Paulsen application (eventually in the form of a "Farm Development Plan") was pre-screened by the Agriculture Branch and the Lands Branch as well as the Land Claims and Implementation Secretariat (all staffed by territorial civil servants) for completeness and compliance with current government policies.

[18] The Paulsen application was then sent to the Agriculture Land Application Review Committee ("ALARC") for a more in-depth technical review by various Yukon government officials. ALARC was established under the 1991 Agriculture Policy. It predates and is completely independent from the treaty. The civil servants on ALARC recommended that Mr. Paulsen reconfigure his parcel to include only the "bench" of land set back from the Yukon River for reasons related to the suitability of the soil and unspecified environmental, wildlife, and trapping concerns. Mr. Paulsen complied.

[19] On February 24, 2004, ALARC recommended that the Paulsen application for the parcel, as reconfigured, proceed to the next level of review, namely, the Land Application Review Committee ("LARC"), which includes First Nation's representatives. LARC also functioned under the 1991 Agriculture Policy and, as well, existed entirely independently of the treaties.

II. Les faits

[16] Le 5 novembre 2001, Larry Paulsen a présenté une demande de concession de 65 hectares de terres agricoles. Il projetait de cultiver du fourrage, de construire quelques bâtiments et d'élever du bétail. La façon de traiter de telles demandes était énoncée dans une politique du gouvernement territorial antérieure au traité, intitulée *Agriculture for the 90s : A Yukon Policy* (1991) (la « Politique agricole pour 1991 »).

[17] La Direction de l'agriculture et la Direction des terres ainsi que le Secrétariat des revendications territoriales (le personnel de tous ces services étant formé de fonctionnaires territoriaux) ont procédé à un examen préliminaire de la demande de M. Paulsen (devenue depuis un « plan de développement agricole »), afin de vérifier si la demande était complète et respectait les politiques gouvernementales en vigueur.

[18] La demande de M. Paulsen a ensuite été transmise au Comité d'examen des demandes concernant les terres agricoles (« CEDTA »), où elle devait faire l'objet d'un examen technique plus approfondi par divers fonctionnaires du Yukon. Institué en vertu de la Politique agricole pour 1991, le CEDTA est antérieur au traité et n'a rien à voir avec celui-ci. Les fonctionnaires du CEDTA ont recommandé à M. Paulsen de redélimiter sa parcelle de terre de façon à n'y inclure que la partie du terrain formant terrasse en retrait du fleuve Yukon, pour des raisons liées aux caractéristiques du sol et à des préoccupations non précisées concernant l'environnement, la faune et la flore ainsi que le piégeage. M. Paulsen s'est conformé à cette recommandation.

[19] Le 24 février 2004, le CEDTA a recommandé que la demande de M. Paulsen, ainsi redélimitée, soit soumise au palier d'examen supérieur, soit celui du Comité d'examen des demandes d'aliénation de terres (« CEDAT »), où siègent des représentants des premières nations. Le CEDAT exerçait des fonctions prévues à la Politique agricole pour 1991 et il n'avait lui non plus rien à voir avec les traités.

2010 SCC 53 (CanLII)

[20] Reference should also be made at this point to the Fish and Wildlife Management Board — a treaty body composed of persons nominated by the First Nation and Yukon government — which in August 2004 (i.e. while the Paulsen application was pending) adopted a Fish and Wildlife Management Plan ("FWMP") that identified a need to protect wildlife and habitat in the area of the Yukon River, which includes the Paulsen lands. It proposed that an area in the order of some 10,000 hectares be designated as a Habitat Protection Area under the *Wildlife Act*, R.S.Y. 2002, c. 229. The FWMP also recognized the need to preserve the First Nation's ability to transfer its culture and traditions to its youth through opportunities to participate in traditional activities. The FWMP did not, however, call for a freeze on approval of agricultural land grants in the area pending action on the FWMP proposals.

[21] Trapline #143 was registered to Johnny Sam, a member of the LSCFN. His trapline is in a category administered by the Yukon government, not the First Nation. It helps him to earn a livelihood as well as to provide a training ground for his grandchildren and other First Nation youth in the ways of trapping and living off the land. The trapline covers an area of approximately 21,435 hectares. As noted by the Court of Appeal, the 65 hectares applied for by Mr. Paulsen is approximately one-third of one percent of the trapline. A portion of the trapline had already been damaged by forest fire, which, in the LSCFN view, added to the significance of the loss of a further 65 hectares. The severity of the impact of land grants, whether taken individually or cumulatively, properly constituted an important element of the consultation with LARC and, ultimately, a relevant consideration to be taken into account by the Director in reaching his decision.

[20] Il faut aussi mentionner la Commission de gestion des ressources halieutiques et fauniques — un organe constitué par le traité dont les membres sont désignés par la première nation et le gouvernement du Yukon — qui, en août 2004 (soit pendant que la demande de M. Paulsen était toujours à l'étude) a adopté un plan de gestion des ressources halieutiques et fauniques (« PGRHF ») faisant état de la nécessité de protéger la faune et son habitat dans la région du fleuve Yukon où se trouvent les terres demandées par M. Paulsen. Il y était proposé qu'une superficie de quelque 10 000 hectares soit désignée comme région de protection de l'habitat sous le régime de la *Loi sur la faune*, L.R.Y. 2002, ch. 229. Était en outre reconnue dans le PGRHF la nécessité de préserver la capacité de la première nation de transmettre sa culture et ses traditions aux nouvelles générations en leur donnant l'occasion de participer à des activités traditionnelles. Le PGRHF ne prévoyait cependant pas le gel des approbations de concession de terres agricoles dans la région jusqu'à ce qu'il ait été donné suite aux propositions contenues dans le plan.

[21] Le territoire de piégeage n^{o} 143 a été enregistré au nom de Johnny Sam, un membre de la PNLSC. Ce territoire de piégeage appartient à une catégorie administrée par le gouvernement du Yukon, et non par la première nation. Johnny Sam l'utilise comme gagne-pain partiel et comme une base où ses petits-enfants ainsi que d'autres jeunes de la première nation s'y entraînent aux méthodes de piégeage et y apprennent à vivre des ressources de la nature. Le territoire de piégeage s'étend sur une superficie d'environ 21 435 hectares. Comme l'a relevé la Cour d'appel, la parcelle de 65 hectares visée par la demande de M. Paulsen correspond approximativement à un tiers de un pour cent du territoire de piégeage en question. Une partie du territoire de piégeage avait déjà été détériorée par un incendie de forêt, ce qui, pour la PNLSC, avait pour effet de rendre plus onéreuse la perte de 65 autres hectares. La grande incidence des concessions de terres, prises individuellement ou cumulativement, constituait à juste titre pour le CEDAT un élément important de la consultation et, en définitive, une considération pertinente que le directeur devait prendre en compte pour rendre sa décision.

2010 SCC 53 (CanLII)

[22] The LARC meeting to discuss the Paulsen application was scheduled for August 13, 2004. The First Nation received notice and was invited to provide comments prior to the meeting and to participate in the discussion as a member of LARC.

[23] On July 27, 2004, the First Nation submitted a letter of opposition to the Paulsen application. The letter identified concerns about impacts on Trapline #143, nearby timber harvesting, the loss of animals to hunt in the area, and adjacent cultural and heritage sites. No reference was made in the First Nation's letter to Johnny Sam's concerns about cultural transfer or to the FWMP. The letter simply states that "[t]he combination of agricultural and timber harvesting impacts on this already-damaged trapline would certainly be a significant deterrent to the ability of the trapper to continue his traditional pursuits" (A.R., vol. II, at p. 22).

[24] Nobody from the LSCFN attended the August 13, 2004 meeting. Susan Davis, its usual representative, was unable to attend for undisclosed reasons. The meeting went on as planned.

[25] The members of LARC who were present (mainly territorial government officials) considered the Paulsen application and recommended approval in principle. The minutes of the August 13 meeting show that LARC *did* consider the concerns voiced by the LSCFN in its July 27, 2004 letter. Those present at the meeting concluded that the impact of the loss of 65 hectares on Trapline #143 would be minimal as the Paulsen application covered a very small portion of the trapline's overall area and noted that Johnny Sam could apply under Chapter 16 of the LSCFN Treaty for compensation for any diminution in its value. LARC recommended an archaeological survey to address potential heritage and cultural sites. (An archaeological assessment was later conducted and reported on

[22] Le CEDAT devait se réunir le 13 août 2004 pour discuter de la demande de M. Paulsen. La première nation en a été avisée; elle a été invitée à présenter des observations avant la réunion et à participer à la discussion en sa qualité de membre du CEDAT.

[23] Le 27 juillet 2004, la première nation a exprimé par lettre son opposition à la demande de M. Paulsen. La lettre faisait état de préoccupations touchant les incidences sur le territoire de piégeage n^{o} 143, la récolte de bois dans les environs, la perte d'animaux pour la chasse dans la région et certains sites d'intérêt culturel et patrimonial. La lettre de la première nation ne faisait pas mention des préoccupations de Johnny Sam concernant la transmission de la culture, ni du PGRHF. Il y était simplement écrit que [TRADUCTION] « [l]a conjugaison d'incidences relatives à l'agriculture et à la récolte de bois sur ce territoire de piégeage déjà détérioré aurait certainement un effet dissuasif notable quant à la possibilité pour le trappeur de continuer à se livrer à ses activités traditionnelles » (d.a., vol. II, p. 22).

[24] Aucun représentant de la PNLSC n'était présent à la réunion du 13 août 2004. Susan Davis, la personne qui représentait habituellement la première nation, n'a pu y assister pour des raisons non précisées. La réunion a eu lieu comme prévu.

[25] Les membres du CEDAT qui étaient présents (principalement des fonctionnaires du gouvernement territorial) ont étudié la demande de M. Paulsen et en ont recommandé l'approbation de principe. Le procès-verbal de la réunion du 13 août indique que le CEDAT a *bel et bien* pris en considération les préoccupations exprimées par la PNLSC dans sa lettre du 27 juillet 2004. Les personnes présentes à la réunion sont arrivées à la conclusion que la perte de 65 hectares aurait une incidence minime sur le territoire de piégeage n^{o} 143, du fait que la demande de M. Paulsen visait une très petite partie du territoire en question. Elles ont signalé que Johnny Sam pouvait, en vertu du chapitre 16 du traité PNLSC, demander une indemnisation pour toute diminution de la valeur du

2010 SCC 53 (CanLII)

September 2, 2004, that it was unable to identify any sites that would be impacted adversely by the grant.)

[26] On September 8, 2004, the First Nation representatives met with Agriculture Branch staff who were conducting an agricultural policy review. The meeting did not focus specifically on the Paulsen application. Nevertheless, the First Nation made the general point that its concerns were not being taken seriously. Agriculture Branch officials replied that they consult on such matters through LARC but they were not required by the Final Agreement to consult on such issues. Meetings and discussions with the First Nation had been conducted, they said, only as a courtesy.

[27] On October 18, 2004, the Director approved the Paulsen application and sent a letter to Larry Paulsen, informing him of that fact. He did not notify the LSCFN of his decision, as he ought to have done.

[28] Apparently unaware that the Paulsen application had been approved, the First Nation continued to express its opposition by way of a series of letters from Chief Eddie Skookum to the Yukon government. Johnny Sam also wrote letters expressing his opposition. It seems the government officials failed to disclose that the Director's decision to approve the grant had already been made. This had the unfortunate effect of undermining appropriate communication between the parties.

[29] In the summer of 2005, Susan Davis, representing the First Nation, made enquiries of the Agriculture Branch and obtained confirmation that the Paulsen application had already been approved. She was sent a copy of the October 18, 2004 approval letter.

territoire de piégeage. Le CEDAT a recommandé qu'on procède à une reconnaissance archéologique au sujet des sites d'intérêt patrimonial et culturel. (Une évaluation archéologique a été effectuée par la suite, et selon le rapport en date du 2 septembre 2004, elle n'a permis l'identification d'aucun site sur lequel l'octroi de la parcelle aurait des incidences négatives.)

[26] Le 8 septembre 2004, des représentants de la première nation ont rencontré les fonctionnaires de la Direction de l'agriculture qui procédaient à un examen de la politique agricole. Cette rencontre n'a pas porté spécifiquement sur la demande de M. Paulsen. La première nation a tout de même signalé que ses préoccupations n'avaient pas été prises au sérieux. Les fonctionnaires ont répondu qu'ils tiennent des consultations sur ces questions dans le cadre du CEDAT, mais que l'Entente définitive ne les obligeait pas à tenir des consultations sur de telles questions. C'est uniquement par courtoisie, ont-ils dit, qu'on avait tenu des réunions et des discussions avec la première nation.

[27] Le 18 octobre 2004, le Directeur a approuvé la demande de M. Paulsen et lui a envoyé une lettre pour l'en informer. Il n'a pas avisé la PNLSC de sa décision, ce qu'il aurait dû faire.

[28] N'étant apparemment pas au courant de l'approbation de la demande de M. Paulsen, la première nation a continué à manifester son opposition par une série de lettres adressées par le chef Eddie Skookum au gouvernement du Yukon. Johnny Sam a lui aussi écrit des lettres dans lesquelles il faisait part de son opposition. Les fonctionnaires semblent avoir tu le fait que le directeur avait déjà décidé d'approuver la concession de la parcelle de terre. Cette omission a eu pour effet malheureux de miner la communication opportune entre les parties.

[29] Au cours de l'été 2005, Susan Davis, la représentante de la première nation, a demandé à la Direction de l'agriculture où en était le dossier. On lui a confirmé que la demande de M. Paulsen avait déjà été approuvée et on lui a fait parvenir une copie de la lettre d'approbation du 18 octobre 2004.

2010 SCC 53 (CanLII)

[30] In response, by letter dated August 24, 2005, the First Nation launched an administrative appeal of the Paulsen grant to the Assistant Deputy Minister.

[31] On December 12, 2005, the request to review the decision was rejected on the basis that the First Nation had no right of appeal because it was a member of LARC, and not just an intervener under the LARC Terms of Reference. The Terms of Reference specify that only applicants or interveners may initiate an appeal. The Terms of Reference had no legislative or treaty basis whatsoever, but the Yukon government nevertheless treated them as binding both on the government and on the First Nation.

[32] Frustrated by the territorial government's approach, which it believed broadly misconceived and undermined relations between the territorial government and the LSCFN, the First Nation initiated the present application for judicial review.

III. Analysis

[33] The decision to entrench in s. 35 of the *Constitution Act, 1982* the recognition and affirmation of existing Aboriginal and treaty rights, signalled a commitment by Canada's political leaders to protect and preserve constitutional space for Aboriginal peoples to be Aboriginal. At the same time, Aboriginal people do not, by reason of their Aboriginal heritage, cease to be citizens who fully participate with other Canadians in their collective governance. This duality is particularly striking in the Yukon, where about 25 percent of the population identify themselves as Aboriginal. The territorial government, elected in part by Aboriginal people, represents Aboriginal people as much as it does non-Aboriginal people, even though Aboriginal culture and tradition are and will remain distinctive.

[34] Underlying the present appeal is not only the need to respect the rights and reasonable expectations of Johnny Sam and other members of his community, but the rights and expectations of

[30] En réponse, la première nation, par une lettre du 24 août 2005, a fait appel de la concession de la parcelle à M. Paulsen auprès du sous-ministre adjoint.

[31] Le 12 décembre 2005, la demande d'examen de la décision a été rejetée au motif que la première nation n'avait aucun droit d'appel, puisqu'en vertu du mandat du CEDAT, elle était un membre de ce comité et non simplement un intervenant. Il est précisé dans ce mandat que seuls les demandeurs ou les intervenants peuvent former un appel. Le mandat ne trouvait aucun fondement dans un texte législatif ou un traité, mais le gouvernement du Yukon considérait tout de même qu'il liait tant le gouvernement que la première nation.

[32] Irritée par la démarche du gouvernement territorial qui, selon elle, dénaturait et bafouait gravement les relations entre le gouvernement et la PNLSC, la première nation a présenté la demande de contrôle judiciaire à l'origine du pourvoi.

III. Analyse

[33] Par la décision d'inscrire à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* la reconnaissance et la confirmation des droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones, les dirigeants politiques du Canada s'engageaient à protéger et à préserver un espace constitutionnel permettant aux Autochtones d'être des Autochtones. Mais l'existence de leur héritage autochtone ne fait pas en sorte que les Autochtones cessent d'être des citoyens qui participent pleinement avec les autres Canadiens à leur gouvernance collective. Cette dualité est particulièrement frappante au Yukon, où environ 25 pour 100 de la population se réclame d'une identité autochtone. Le gouvernement territorial, élu en partie par les Autochtones, représente tout autant ces derniers que les non-Autochtones, même si la culture et la tradition autochtones conservent maintenant et pour l'avenir leur caractère distinctif.

[34] À la base du présent pourvoi, il y a la nécessité de respecter non seulement les droits et les attentes raisonnables de Johnny Sam et d'autres membres de sa communauté, mais aussi ceux d'autres habitants

2010 SCC 53 (CanLII)

other Yukon residents, including both Aboriginal people *and* Larry Paulsen, to good government. The Yukon treaties are intended, in part, to replace expensive and time-consuming *ad hoc* procedures with mutually agreed upon legal mechanisms that are efficient but fair.

[35] I believe the existence of Larry Paulsen's stake in this situation is of considerable importance. Unlike *Mikisew Cree*, which involved a dispute between the Federal government and the Mikisew Cree First Nation over the route of a winter road, Mr. Paulsen made his application as an ordinary citizen who was entitled to a government decision reached with procedural fairness within a reasonable time. On the other hand, the entitlement of the trapper Johnny Sam was a derivative benefit based on the collective interest of the First Nation of which he was a member. I agree with the Court of Appeal that he was not, as an individual, a necessary party to the consultation.

A. *The LSCFN Treaty Reflects a Balance of Interests*

[36] Under the treaty, the LSCFN surrendered all undefined Aboriginal rights, title, and interests in its traditional territory in return for which it received:

- title to 2,589 square kilometres of "settlement land" [Chapters 9 and 15];
- financial compensation of $34,179,210 [Chapter 19];
- potential for royalty sharing [Chapter 23];
- economic development measures [Chapter 22];
- rights of access to Crown land (except that disposed of by agreement for sale, surface licence, or lease) [Chapter 6];
- special management areas [Chapter 10];

du Yukon, y compris les Autochtones *et* Larry Paulsen, relativement à un bon gouvernement. Les traités du Yukon visent notamment à substituer à des procédures ponctuelles coûteuses en temps et en argent des mécanismes juridiques mutuellement acceptés qui sont efficaces tout en étant équitables.

[35] Je crois que l'existence de l'intérêt de Larry Paulsen dans la présente situation revêt une importance considérable. Contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *Première nation crie Mikisew*, où le litige opposait le gouvernement fédéral et la Première nation crie Mikisew au sujet du tracé d'une route hivernale, M. Paulsen a présenté sa demande en qualité de simple citoyen ayant droit à une décision gouvernementale prise conformément à l'équité procédurale dans un délai raisonnable. Par ailleurs, le droit du trappeur Johnny Sam constituait un avantage dérivé qu'il tenait de l'intérêt collectif de la première nation dont il était membre. Je suis d'accord avec la cour d'appel pour dire qu'il n'était pas, à titre individuel, une partie nécessaire à la consultation.

A. *Le traité PNLSC présente un juste équilibre des intérêts*

[36] Aux termes du traité, la PNLSC a renoncé à la totalité de ses droits, titres et intérêts ancestraux non précisés concernant son territoire traditionnel, en échange de quoi elle a reçu :

[TRADUCTION]

- un titre à l'égard d'une superficie de 2 589 kilomètres carrés de « terres visées par le règlement » [chapitres 9 et 15];
- une indemnisation pécuniaire de 34 179 210 $ [chapitre 19];
- une possibilité de partage des redevances [chapitre 23];
- des mesures de développement économique [chapitre 22];
- des droits d'accès aux terres de la Couronne (à l'exception de celles faisant l'objet d'un contrat de vente, d'un permis ou d'un bail de surface) [chapitre 6];
- des zones spéciales de gestion [chapitre 10];

2010 SCC 53 (CanLII)

- protection of access to settlement land [s. 6.2.7];
- rights to harvest fish and wildlife [Chapter 16];
- rights to harvest forest resources [Chapter 17];
- rights to representation and involvement in land use planning [Chapter 11] and resource management [Chapters 14, 16-18].

(C.A. reasons, para. 41)

These are substantial benefits, especially when compared to the sparse offerings of earlier treaties such as those provided to the Mikisew Cree in Treaty No. 8. With the substantive benefits, however, came not only rights but duties and obligations. It is obvious that the long-term interdependent relationship thus created will require work and good will on both sides for its success.

[37] The reason for the government's tight-lipped reaction to the unfolding Paulsen situation, as explained to us at the hearing by its counsel, was the fear that if the duty of consultation applies, "these parties will be in court like parties are in areas where there are no treaties, and there will be litigation over whether the consultation applies; what is the appropriate level of the consultation? Is accommodation required? It is all under court supervision" (transcript, at p. 18). The history of this appeal shows, however, that taking a hard line does not necessarily speed matters up or make litigation go away.

[38] The denial by the Yukon territorial government of any duty to consult except as specifically listed in the LSCFN Treaty complicated the Paulsen situation because at the time the Director dealt with the application the treaty implementation provision contemplated in Chapter 12 had itself not yet been implemented. I do not believe the Yukon Treaty was intended to be a "complete code". Be that as it

- la protection de l'accès aux terres visées par le règlement [art. 6.2.7];
- des droits relatifs à la récolte des ressources halieutiques et fauniques [chapitre 16];
- des droits relatifs à la récolte des ressources forestières [chapitre 17];
- des droits relatifs à la représentation et à la participation dans le cadre de l'aménagement du territoire [chapitre 11] et de la gestion des ressources [chapitres 14, 16-18].

(motifs de la C.A., par. 41)

Il s'agit là d'avantages substantiels, surtout si on les compare aux rares avantages offerts par les anciens traités comme ceux accordés à la Première nation crie Mikisew dans le Traité n^{o} 8. Ces avantages considérables, toutefois, s'accompagnaient non seulement de droits, mais aussi d'obligations. La réussite de la relation d'interdépendance à long terme qui a été établie nécessitera de toute évidence du travail et de la bonne volonté de part et d'autre.

[37] Le silence du gouvernement face à la situation que présentait la demande de M. Paulsen, comme l'a expliqué l'avocat du gouvernement à l'audience, était attribuable à la crainte que, dans le cas où l'obligation de consulter s'appliquerait, [TRADUCTION] « les parties se trouveront devant le tribunal dans la même situation que dans les domaines où il n'existe pas de traité, et on débattra la question de savoir si la consultation s'applique, ainsi que celles de savoir quel est le niveau de consultation requis et si un accommodement est nécessaire. Tout est soumis à la supervision du tribunal » (transcription, p. 18). L'historique du présent pourvoi montre cependant que l'adoption de la ligne dure n'accélère pas nécessairement les choses, pas plus qu'elle n'élimine les litiges.

[38] La négation, par le gouvernement territorial du Yukon, de toute obligation de consulter sauf dans les cas prévus spécifiquement dans le traité PNLSC a compliqué la situation que présentait la demande de M. Paulsen car, à l'époque où le directeur a pris une décision sur la demande, la disposition relative à la mise en œuvre du traité envisagée au chapitre 12 n'avait elle-même pas encore été mise en

2010 SCC 53 (CanLII)

may, the duty to consult is derived from the honour of the Crown which applies independently of the expressed or implied intention of the parties (see below, at para. 61). In any event, the procedural gap created by the failure to implement Chapter 12 had to be addressed, and the First Nation, in my view, was quite correct in calling in aid the duty of consultation in putting together an appropriate procedural framework.

[39] Nevertheless, consultation *was* made available and *did* take place through the LARC process under the 1991 Agriculture Policy, and the ultimate question is whether what happened in this case (even though it was mischaracterized by the territorial government as a courtesy rather than as the fulfilment of a legal obligation) was sufficient. In *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, the Court held that participation in a forum created for other purposes may nevertheless satisfy the duty to consult if *in substance* an appropriate level of consultation is provided.

B. *The Relationship Between Section 35 and the Duty to Consult*

[40] The First Nation relies in particular on the following statements in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 20:

> It is a corollary of s. 35 that the Crown act honourably in defining the rights it guarantees and in reconciling them with other rights and interests. This, in turn, implies a duty to consult and, if appropriate, accommodate.

Further, at para. 32:

> The jurisprudence of this Court supports the view that the duty to consult and accommodate is part of a process of fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty and continues beyond formal claims resolution. Reconciliation is not a final

œuvre. Je ne crois pas que le traité du Yukon était censé constituer un « code complet ». Quoi qu'il en soit, l'obligation de consulter découle du principe de l'honneur de la Couronne, qui s'applique indépendamment de l'intention expresse ou implicite des parties (voir le par. 61 ci-après). De toute façon, il fallait remédier à la lacune procédurale suscitée par l'absence de mise en œuvre du chapitre 12, et la première nation a eu tout à fait raison à mon avis d'invoquer l'obligation de consulter et d'établir un cadre de procédure approprié.

[39] Quoi qu'il en soit, la consultation *a effectivement* été rendue possible et *a bel et bien* eu lieu dans le cadre du processus du CEDAT en vertu de la Politique agricole pour 1991. En dernière analyse, la question à trancher est de savoir si, dans la présente affaire, ce que l'on a fait était suffisant (bien que le gouvernement territorial y ait vu à tort une mesure de courtoisie plutôt que l'exécution d'une obligation juridique). Dans *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, la Cour a conclu que la participation à un forum créé pour d'autres besoins peut tout de même satisfaire à l'obligation de consulter si, *pour l'essentiel*, un niveau approprié de consultation a été rendu possible.

B. *La relation entre l'art. 35 et l'obligation de consulter*

[40] La première nation se fonde en particulier sur le passage suivant de l'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 20 :

> L'article 35 a pour corollaire que la Couronne doit agir honorablement lorsqu'il s'agit de définir les droits garantis par celui-ci et de les concilier avec d'autres droits et intérêts. Cette obligation emporte à son tour celle de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder.

Également, au par. 32 :

> La jurisprudence de la Cour étaye le point de vue selon lequel l'obligation de consulter et d'accommoder fait partie intégrante du processus de négociation honorable et de conciliation qui débute au moment de l'affirmation de la souveraineté et se poursuit au-delà du

2010 SCC 53 (CanLII)

legal remedy in the usual sense. Rather, it is a process flowing from rights guaranteed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. [Emphasis added.]

[41] Reference should also be made to *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 6, where the Court said:

The decision to enhance aboriginal participation in the commercial fishery may also be seen as a response to the directive of this Court in *Sparrow*, at p. 1119, that the government consult with aboriginal groups in the implementation of fishery regulation in order to honour its fiduciary duty to aboriginal communities. Subsequent decisions have affirmed the duty to consult and accommodate aboriginal communities with respect to resource development and conservation; it is a constitutional duty, the fulfilment of which is consistent with the honour of the Crown: see e.g. *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010. [Emphasis added.]

[42] The obligation of honourable dealing was recognized from the outset by the Crown itself in the *Royal Proclamation* of 1763 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1), in which the British Crown pledged its honour to the protection of Aboriginal peoples from exploitation by non-Aboriginal peoples. The honour of the Crown has since become an important anchor in this area of the law: see *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1981] 2 S.C.R. xi; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; as well as *Badger*, *Marshall* and *Mikisew Cree*, previously referred to. The honour of the Crown has thus been confirmed in its status as a constitutional principle.

[43] However, this is not to say that every policy and procedure of the law adopted to uphold the honour of the Crown is itself to be treated as if inscribed in s. 35. As the Chief Justice noted in *Haida Nation*, "[t]he honour of the Crown gives rise to different duties in different circumstances" (para. 18). This appeal considers its application in

règlement formel des revendications. La conciliation ne constitue pas une réparation juridique définitive au sens usuel du terme. Il s'agit plutôt d'un processus découlant des droits garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. [Je souligne.]

[41] On peut également citer l'arrêt *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 6, où la Cour a dit ce qui suit :

La décision de favoriser la participation des Autochtones à la pêche commerciale peut aussi être perçue comme une réponse à la directive donnée par notre Cour dans l'arrêt *Sparrow*, p. 1119, selon laquelle, en appliquant la réglementation sur les pêches, le gouvernement doit consulter les groupes autochtones afin de respecter l'obligation de fiduciaire qu'il a envers ces collectivités. Des arrêts subséquents ont confirmé l'obligation de consulter et d'accommoder les collectivités autochtones dans les domaines de l'exploitation et de la conservation des ressources; il s'agit là d'une obligation constitutionnelle qui concorde avec le principe de l'honneur de la Couronne : voir, par exemple, l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010. [Je souligne.]

[42] L'obligation de se conduire honorablement a été reconnue dès le départ par la Couronne elle-même dans la *Proclamation royale* de 1763 (L.R.C. 1985, App. II, n^{o} 1). La Couronne britannique s'y engageait sur l'honneur à protéger les peuples autochtones contre l'exploitation de la part des peuples non autochtones. L'honneur de la Couronne est devenu depuis lors un important point d'ancrage dans ce domaine du droit : voir *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (C.A. Ont.), autorisation d'appel refusée, [1981] 2 R.C.S. xi; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, de même que *Badger*, *Marshall* et *Première nation crie Mikisew*, dont il a déjà été fait état. L'honneur de la Couronne a par conséquent été confirmé dans son statut de principe constitutionnel.

[43] Il ne faut pas en conclure pour autant que toute politique et procédure juridique adoptée en vue de préserver l'honneur de la Couronne doive elle-même être considérée comme inscrite dans l'art. 35. Ainsi que l'a souligné la Juge en chef dans *Nation haïda*, « [l]'honneur de la Couronne fait naître différentes obligations selon les circonstances » (par. 18).

2010 SCC 53 (CanLII)

the modern treaty context; its application where no treaty has yet been signed was recently the subject of this Court's decision in *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650.

[44] The respondents' submission, if I may put it broadly, is that because the *duty* to consult is "constitutional", therefore there must be a reciprocal constitutional *right* of the First Nation to be consulted, and constitutional rights of Aboriginal peoples are not subject to abrogation or derogation except as can be justified under the high test set out in *Sparrow*. On this view, more or less every case dealing with consultation in the interpretation and implementation of treaties becomes a constitutional case. The trouble with this argument is that the content of the duty to consult varies with the circumstances. In relation to what *Haida Nation* called a "spectrum" of consultation (para. 43), it cannot be said that consultation at the lower end of the spectrum instead of at the higher end must be justified under the *Sparrow* doctrine. The minimal content of the consultation imposed in *Mikisew Cree* (para. 64), for example, did not have to be "justified" as a limitation on what would otherwise be a right to "deep" consultation. The circumstances in *Mikisew Cree* never gave rise to anything more than minimal consultation. The concept of the duty to consult is a valuable adjunct to the honour of the Crown, but it plays a supporting role, and should not be viewed independently from its purpose.

[45] The LSCFN invited us to draw a bright line between the duty to consult (which it labelled constitutional) and administrative law principles such as procedural fairness (which it labelled unsuitable). At the hearing, counsel for the LSCFN was dismissive of resort in this context to administrative law principles:

Dans le présent pourvoi, nous examinons l'application du principe de l'honneur de la Couronne dans le contexte d'un traité récent; son application lorsqu'aucun traité n'a été signé a récemment fait l'objet de la décision de notre Cour dans *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650.

[44] La thèse de l'intimée, si je peux la résumer à grands traits, est celle-ci : étant donné la nature « constitutionnelle » de *l'obligation* de consulter, il doit exister un *droit* constitutionnel réciproque de la première nation d'être consultée, et les droits constitutionnels des peuples autochtones sont à l'abri de toute abrogation ou dérogation, exception faite de celles qui peuvent se justifier au regard du critère rigoureux établi dans *Sparrow*. Selon cette logique, pratiquement chaque affaire ayant trait à la consultation dans le cadre de l'interprétation et de la mise en œuvre des traités devient une affaire constitutionnelle. Cet argument est problématique en ce que le contenu de l'obligation de consulter varie suivant les circonstances. Relativement à ce que l'on a appelé dans *Nation haïda* un « continuum » de consultation (par. 43), on ne peut affirmer que la consultation au bas plutôt qu'au haut du continuum doit être justifiée suivant la doctrine de l'arrêt *Sparrow*. Le contenu minimal de la consultation imposé dans *Première nation crie Mikisew* (par. 64), par exemple, n'avait pas à être justifié comme une limite à ce qui serait autrement un droit à une consultation « approfondie ». Dans *Première nation crie Mikisew*, les circonstances n'ont jamais requis plus qu'un minimum de consultation. Si la notion d'obligation de consulter se veut un complément valable à l'honneur de la Couronne, elle joue un rôle de soutien et ne devrait pas être considérée indépendamment de l'objectif qu'elle vise à atteindre.

[45] La PNLSC nous a demandé d'établir une nette distinction entre l'obligation de consulter (qu'elle a qualifiée de constitutionnelle) et les principes du droit administratif tels l'équité procédurale (qu'elle a qualifiés d'inadéquats). Lors de l'audition, l'avocat de la PNLSC a rejeté le recours aux principes du droit administratif dans ce contexte :

2010 SCC 53 (CanLII)

[A]dministrative law principles are not designed to address the very unique circumstance of the Crown-Aboriginal history, the Crown-Aboriginal relationship. Administrative law principles, for all their tremendous value, are not tools toward reconciliation of Aboriginal people and other Canadians. They are not instruments to reflect the honour of the Crown principles. [transcript, at p. 62]

However, as Lamer C.J. observed in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, "aboriginal rights exist within the general legal system of Canada" (para. 49). Administrative decision makers regularly have to confine their decisions within constitutional limits: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; and *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256. In this case, the constitutional limits include the honour of the Crown and its supporting doctrine of the duty to consult.

[46] The link between constitutional doctrine and administrative law remedies was already noted in *Haida Nation*, at the outset of our Court's duty to consult jurisprudence:

In all cases, the honour of the Crown requires that the Crown act with good faith to provide meaningful consultation appropriate to the circumstances. In discharging this duty, regard may be had to the procedural safeguards of natural justice mandated by administrative law. [Emphasis added; para. 41.]

The relevant "procedural safeguards" mandated by administrative law include not only natural justice but the broader notion of procedural fairness. And the content of meaningful consultation "appropriate to the circumstances" will be shaped, and in some cases determined, by the terms of the modern land claims agreement. Indeed, the parties themselves may decide therein to exclude consultation altogether in defined situations and the decision to do so would be upheld by the courts where this

[TRADUCTION] [L]es principes du droit administratif ne sont pas conçus pour s'appliquer au cas tout à fait particulier de l'histoire des relations entre la Couronne et les Autochtones. Ces principes, malgré leur valeur considérable, ne constituent pas des outils favorisant la réconciliation entre les Autochtones et les autres Canadiens. Ce ne sont pas des instruments par lesquels peuvent s'exprimer les principes relatifs à l'honneur de la Couronne. [transcription, p. 62]

Toutefois, comme l'a précisé le Juge en chef Lamer dans *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, « les droits ancestraux existent dans les limites du système juridique canadien » (par. 49). Les décideurs administratifs doivent couramment confiner leurs décisions dans les limites constitutionnelles : *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, et *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256. En l'espèce, les limites constitutionnelles incluent l'honneur de la Couronne et le principe de l'obligation de consulter qui l'appuie.

[46] Le lien entre la doctrine constitutionnelle et les recours de droit administratif a déjà été signalé dans *Nation haïda*, un des premiers arrêts traitant de l'obligation de consulter :

Dans tous les cas, le principe de l'honneur de la Couronne commande que celle-ci agisse de bonne foi et tienne une véritable consultation, qui soit appropriée eu égard aux circonstances. Lorsque vient le temps de s'acquitter de cette obligation, les garanties procédurales de justice naturelle exigées par le droit administratif peuvent servir de guide. [Je souligne; par. 41.]

Les « garanties procédurales » en question qu'exige le droit administratif englobent non seulement la justice naturelle mais aussi la notion plus générale de l'équité procédurale. Et les termes des ententes récentes sur les revendications territoriales suggéreront, et dans certains cas dicteront, le contenu de la véritable consultation « appropriée eu égard aux circonstances ». Les parties elles-mêmes peuvent décider dans ces ententes d'exclure purement et simplement la consultation dans des situations

2010 SCC 53 (CanLII)

outcome would be consistent with the maintenance of the honour of the Crown.

[47] The parties in this case proceeded by way of an ordinary application for judicial review. Such a procedure was perfectly capable of taking into account the constitutional dimension of the rights asserted by the First Nation. There is no need to invent a new "constitutional remedy". Administrative law is flexible enough to give full weight to the constitutional interests of the First Nation. Moreover, the impact of an administrative decision on the interest of an Aboriginal community, whether or not that interest is entrenched in a s. 35 right, would be relevant as a matter of procedural fairness, just as the impact of a decision on any other community or individual (including Larry Paulsen) may be relevant.

C. *Standard of Review*

[48] In exercising his discretion under the Yukon *Lands Act* and the *Territorial Lands (Yukon) Act*, the Director was required to respect legal and constitutional limits. In establishing those limits no deference is owed to the Director. The standard of review in that respect, including the adequacy of the consultation, is correctness. A decision maker who proceeds on the basis of inadequate consultation errs in law. Within the limits established by the law and the Constitution, however, the Director's decision should be reviewed on a standard of reasonableness: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, and *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339. In other words, if there was adequate consultation, did the Director's decision to approve the Paulsen grant, having regard to all the relevant considerations, fall within the range of reasonable outcomes?

précises, et les tribunaux accepteront cette décision lorsqu'une telle décision serait compatible avec le maintien de l'honneur de la Couronne.

[47] Les parties en l'espèce ont choisi la voie d'une demande ordinaire de contrôle judiciaire. Dans le cadre de cette instance, il était parfaitement possible de prendre en compte la dimension constitutionnelle des droits invoqués par la première nation. Point n'est besoin d'inventer une nouvelle « réparation constitutionnelle ». Le droit administratif est suffisamment souple pour que le tribunal accorde l'importance voulue aux intérêts constitutionnels de la première nation. De plus, l'incidence d'une décision administrative sur un intérêt d'une communauté autochtone — que cet intérêt fasse ou non partie d'un droit reconnu par l'art. 35 — s'avérerait pertinente au titre de l'équité procédurale, tout comme peut s'avérer pertinente l'incidence d'une décision sur toute autre communauté ou tout autre individu (y compris Larry Paulsen).

C. *Norme de contrôle*

[48] Dans l'exercice des pouvoirs discrétionnaires que lui confèrent la *Loi sur les terres* et la *Loi du Yukon sur les terres territoriales*, le directeur devait respecter les limites légales et constitutionnelles. En ce qui a trait à la détermination de ces limites, on n'a pas à faire preuve de déférence à l'endroit du directeur. La norme de contrôle à cet égard, y compris à l'égard du caractère adéquat de la consultation, est celle de la décision correcte. Un décideur qui rend une décision fondée sur une consultation inadéquate commet une erreur de droit. Dans les limites établies par le droit et la Constitution, toutefois, la décision du directeur doit être examinée selon la norme de la raisonnabilité : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, et *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339. En d'autres mots, s'il y a eu consultation adéquate, la décision du directeur d'approuver la concession de terres à M. Paulsen se situait-elle, compte tenu de toutes les considérations pertinentes, dans la gamme des résultats raisonnables?

2010 SCC 53 (CanLII)

D. *The Role and Function of the LSCFN Treaty*

[49] The territorial government and the LSCFN have very different views on this point. This difference lies at the heart of their opposing arguments on the appeal.

[50] The territorial government regards the role of the LSCFN Treaty as having nailed down and forever settled the rights and obligations of the First Nation community as Aboriginal people. The treaty recognized and affirmed the Aboriginal rights surrendered in the land claim. From 1997 onwards, the rights of the Aboriginal communities of the LSCFN, in the government's view, were limited to the treaty. To put the government's position simplistically, what the First Nations negotiated as terms of the treaty is what they get. Period.

[51] The LSCFN, on the other hand, considers as applicable to the Yukon what was said by the Court in *Mikisew Cree*, at para. 54:

> Treaty making is an important stage in the long process of reconciliation, but it is only a stage. What occurred at Fort Chipewyan in 1899 was not the complete discharge of the duty arising from the honour of the Crown, but a rededication of it.

And so it is, according to the First Nation, with the treaty-making process in the Yukon that led in 1997 to the ratification of the LSCFN Treaty.

[52] I agree with the territorial government that the LSCFN Treaty is a major advance over what happened in Fort Chipewyan in 1899, both in the modern treaty's scope and comprehensiveness, and in the fairness of the procedure that led up to it. The eight pages of generalities in Treaty No. 8 in 1899 is not the equivalent of the 435 pages of the LSCFN Treaty almost a century later. The LSCFN Treaty provides a solid foundation for reconciliation, and the territorial government is quite correct that the LSCFN Treaty should not simply set the stage for further negotiations from ground zero. Nor is that

D. *Le rôle et la fonction du traité PNLSC*

[49] Le gouvernement territorial et la PNLSC ont des points de vue très différents sur cette question. Cette divergence d'opinion se retrouve au centre même des arguments opposés qu'ils ont invoqués dans le cadre du pourvoi.

[50] Pour le gouvernement territorial, le traité PNLSC a fixé de façon définitive les droits et les obligations de la première nation en tant que peuple autochtone. Le traité a reconnu et confirmé les droits ancestraux cédés dans le cadre de la revendication territoriale. À partir de 1997, les droits des communautés autochtones de la PNLSC, selon le gouvernement, ont été limités à ce qui est prévu par le traité. Pour exprimer en termes simplistes la position du gouvernement, les premières nations obtiennent ce qu'elles ont négocié comme termes des traités, un point c'est tout.

[51] La PNLSC, pour sa part, juge applicable au Yukon ce que la Cour a écrit dans *Première nation crie Mikisew*, par. 54 :

> La conclusion de traités est une étape importante du long processus de réconciliation, mais ce n'est qu'une étape. Ce qui s'est passé à Fort Chipewyan en 1899 ne constituait pas un accomplissement parfait de l'obligation découlant de l'honneur de la Couronne, mais une réitération de celui-ci.

Il en va de même, selon la première nation, du processus de conclusion de traités relatifs au Yukon qui a conduit en 1997 à la ratification du traité PNLSC.

[52] Je suis d'accord avec le gouvernement territorial lorsqu'il dit que le traité PNLSC marque un progrès majeur par rapport à ce qui s'est produit à Fort Chipewyan en 1899, tant pour la portée et le caractère global du traité récent que pour la justesse de la procédure qui y a mené. Les huit pages de considérations générales du Traité n^{o} 8 de 1899 ne peuvent équivaloir aux 435 pages du traité PNLSC conclu près d'un siècle plus tard. Le traité PNLSC procure une assise solide à la réconciliation, et le gouvernement territorial a tout à fait raison de soutenir que ce traité ne devrait pas simplement préparer le

2010 SCC 53 (CanLII)

the First Nation's position. It simply relies on the principle noted in *Haida Nation* that "[t]he honour of the Crown is always at stake in its dealings with Aboriginal peoples" (para. 16 (emphasis added)). Reconciliation in the Yukon, as elsewhere, is not an accomplished fact. It is a work in progress. The "complete code" position advocated by the territorial government is, with respect, misconceived. As the Court noted in *Mikisew Cree*: "The duty to consult is grounded in the honour of the Crown . . . . The honour of the Crown exists as a source of obligation independently of treaties as well, of course" (para. 51).

[53] On this point, *Haida Nation* represented a shift in focus from *Sparrow*. Whereas the Court in *Sparrow* had been concerned about sorting out the consequences of infringement, *Haida Nation* attempted to head off such confrontations by imposing on the parties a duty to consult and (if appropriate) accommodate in circumstances where development might have a significant impact on Aboriginal rights when and if established. In *Mikisew Cree*, the duty to consult was applied to the management of an 1899 treaty process to "take up" (as in the present case) ceded Crown lands for "other purposes". The treaty itself was silent on the process. The Court held that on the facts of that case the content of the duty to consult was at "the lower end of the spectrum" (para. 64), but that nevertheless the Crown was wrong to act unilaterally.

[54] The difference between the LSCFN Treaty and Treaty No. 8 is not simply that the former is a "modern comprehensive treaty" and the latter is more than a century old. Today's modern treaty will become tomorrow's historic treaty. The distinction lies in the relative precision and sophistication of the modern document. Where adequately resourced and professionally represented parties have sought to order their own affairs, and have

terrain pour d'autres négociations qu'on reprendrait à partir de zéro. Telle n'est pas du reste la position défendue par la première nation. Elle s'appuie simplement sur le principe signalé dans *Nation haïda*, soit que « [l]'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsque cette dernière transige avec les peuples autochtones » (par. 16 (je souligne)). La réconciliation, au Yukon comme ailleurs, n'est pas un fait accompli, mais un chantier permanent. La thèse du « code complet » avancée par le gouvernement territorial est, à mon avis, mal fondée. Comme l'a observé la Cour dans *Première nation crie Mikisew* : « L'obligation de consultation repose sur l'honneur de la Couronne [. . .] L'honneur de la Couronne existe également en tant que source d'obligation indépendante des traités, bien entendu » (par. 51).

[53] Sur cette question, *Nation haïda* marquait un changement de perspective par rapport à *Sparrow*. Alors que dans *Sparrow*, la Cour s'était employée à dégager les conséquences de la violation, elle a tenté dans *Nation haïda* de prévenir de tels affrontements en imposant aux parties une obligation de consulter et (au besoin) d'accommoder, dans des circonstances où le développement est susceptible d'avoir des conséquences importantes sur les droits ancestraux lorsque ceux-ci ont été établis. Dans *Première nation crie Mikisew*, l'obligation de consulter a été appliquée à la gestion d'un processus prévu par un traité de 1899, concernant la « prise » (comme dans la présente espèce) pour d'« autres objets », de terres cédées à la Couronne. Le traité lui-même ne mentionnait aucunement le processus en question. La Cour a conclu que si, d'après les faits de l'espèce, le contenu de l'obligation de consulter se situait « au bas du continuum » (par. 64), la Couronne n'en avait pas moins eu tort d'agir de façon unilatérale.

[54] La différence entre le traité PNLSC et le Traité nº 8 ne tient pas uniquement au fait que le premier est un « traité récent global » tandis que le second a été conclu il y a plus d'un siècle. Le traité récent d'aujourd'hui deviendra le traité historique de demain. La distinction réside plutôt dans la précision et la complexité relatives du document récent. Lorsque des parties bénéficiant de ressources suffisantes et de l'aide de professionnels ont tenté de

2010 SCC 53 (CanLII)

given shape to the duty to consult by incorporating consultation procedures into a treaty, their efforts should be encouraged and, subject to such constitutional limitations as the honour of the Crown, the Court should strive to respect their handiwork: *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557.

[55] However, the territorial government presses this position too far when it asserts that unless consultation is specifically required by the Treaty it is excluded by negative inference. Consultation in some meaningful form is the necessary foundation of a successful relationship with Aboriginal people. As the trial judge observed, consultation works "to avoid the indifference and lack of respect that can be destructive of the process of reconciliation that the Final Agreement is meant to address" (para. 82).

[56] The territorial government would have been wrong to act unilaterally. The LSCFN had existing treaty rights in relation to the land Paulsen applied for, as set out in s. 16.4.2 of the LSCFN Treaty:

> Yukon Indian People shall have the right to harvest for Subsistence within their Traditional Territory . . . all species of Fish and Wildlife for themselves and their families at all seasons of the year and in any numbers on Settlement Land and on Crown Land to which they have a right of access pursuant to 6.2.0, subject only to limitations prescribed pursuant to Settlement Agreements.

The Crown land was subject to being taken up for other purposes (as in *Mikisew Cree*), including agriculture, but in the meantime the First Nation had a continuing treaty interest in Crown lands to which their members continued to have a treaty right of access (including but not limited to the Paulsen plot). It was no less a treaty interest because it was defeasible.

mettre de l'ordre dans leurs propres affaires et ont donné forme à l'obligation de consulter en incorporant dans un traité la procédure de consultation, il convient d'encourager leurs efforts et, sous réserve des limitations constitutionnelles comme le principe de l'honneur de la Couronne, la Cour devrait essayer de respecter le fruit de leur travail : *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557.

[55] Cependant, le gouvernement territorial pousse trop loin cette thèse lorsqu'il prétend que la consultation qui n'est pas spécifiquement requise par le traité est exclue par inférence négative. Une consultation digne de ce nom demeure le fondement nécessaire d'une relation réussie avec les peuples autochtones. Comme le juge de première instance l'a pertinemment fait remarquer, la consultation permet [TRADUCTION] « d'éviter l'indifférence et le manque de respect susceptibles d'anéantir le processus de réconciliation que l'entente définitive est censée établir » (par. 82).

[56] Le gouvernement territorial aurait eu tort d'agir de façon unilatérale. La PNLSC avait des droits existants issus d'un traité à l'égard de la parcelle visée par la demande de M. Paulsen, comme l'indique l'art. 16.4.2 du traité PNLSC :

> Les Indiens du Yukon ont le droit de récolter, à des fins de subsistance, dans les limites de leur territoire traditionnel [. . .] toute espèce de poisson et d'animal sauvage, pour eux-mêmes et pour leur famille, en toute saison et sans limite de prises, sur des terres visées par un règlement et sur des terres de la Couronne où ils bénéficient d'un droit d'accès conformément à la section 6.2.0, sous réserve seulement des limites prévues par les ententes portant règlement.

Les terres de la Couronne pouvaient être prises à d'autres fins (comme dans *Première nation crie Mikisew*) et notamment à des fins d'agriculture, mais entre-temps, la première nation conservait un intérêt issu d'un traité sur les terres de la Couronne à l'égard desquelles ses membres avaient toujours un droit d'accès issu d'un traité (y compris la parcelle de M. Paulsen). La possibilité que cet intérêt soit supprimé n'en faisait pas moins un intérêt issu d'un traité.

2010 SCC 53 (CanLII)

[57] The decision maker was required to take into account the impact of allowing the Paulsen application on the concerns and interests of members of the First Nation. He could not take these into account unless the First Nation was consulted as to the nature and extent of its concerns. Added to the ordinary administrative law duties, of course, was the added legal burden on the territorial government to uphold the honour of the Crown in its dealings with the First Nation. Nevertheless, given the existence of the treaty surrender and the legislation in place to implement it, and the decision of the parties not to incorporate a more general consultation process in the LSCFN Treaty itself, the content of the duty of consultation (as found by the Court of Appeal) was at the lower end of the spectrum. It was not burdensome. But nor was it a mere courtesy.

[57] Le décideur était tenu de prendre en compte les conséquences qu'aurait le fait d'accorder la demande de M. Paulsen sur les préoccupations et les intérêts des membres de la première nation. Or, il ne pouvait pas le faire sans que la première nation ne soit consultée au sujet de la nature et de la portée de ses préoccupations. S'ajoutait bien sûr aux obligations habituelles ressortissant au droit administratif, l'obligation légale du gouvernement territorial de préserver l'honneur de la Couronne dans ses relations avec la première nation. Néanmoins, étant donné l'existence de la cession opérée par le traité et les textes législatifs adoptés en vue de la mise en œuvre de celui-ci, ainsi que la décision des parties de ne pas incorporer dans le traité PNLSC lui-même un processus de consultation d'un caractère plus général, le contenu de l'obligation de consultation se situait (comme l'a conclu la Cour d'appel) au bas du continuum. Il ne s'agissait pas d'une obligation exigeante. Mais ce n'était pas non plus une simple affaire de courtoisie.

E. *The Source of the Duty to Consult Is External to the LSCFN Treaty*

E. *La source de l'obligation de consulter est extrinsèque au traité PNLSC*

[58] The LSCFN Treaty dated July 21, 1997, is a comprehensive lawyerly document. The territorial government argues that the document refers to the duty to consult in over 60 different places but points out that none of them is applicable here (although the implementation of Chapter 12, which was left to subsequent legislative action, did not foreclose the possibility of such a requirement).

[58] Le traité PNLSC, daté du 21 juillet 1997, est un document à caractère juridique des plus détaillé. Le gouvernement territorial fait valoir qu'il est fait mention de l'obligation de consulter à plus de 60 endroits différents dans ce document, mais qu'aucun de ces cas n'est applicable en l'espèce (même si la mise en œuvre du chapitre 12, laissée en suspens dans l'attente d'une mesure législative, n'écartait pas la possibilité d'une telle obligation).

[59] There was considerable discussion at the bar about whether the duty to consult, if it applies at all, should be considered an implied term of the LSCFN Treaty or a duty externally imposed as a matter of law.

[59] On a longuement débattu, à l'audience, la question de savoir si l'obligation de consulter, à supposer qu'elle soit applicable d'une quelconque façon, devrait être considérée comme une clause implicite du traité PNLSC ou comme une obligation juridique extérieure au traité.

[60] The territorial government takes the view that terms cannot be implied where the intention of the parties is plainly inconsistent with such an outcome. In this case, it says, the implied term is negated by the parties' treatment of consultation throughout the treaty and its significant absence

[60] Pour le gouvernement territorial, il ne saurait y avoir de clause implicite qui serait à l'évidence incompatible avec l'intention des parties. En l'espèce, plaide-t-il, la clause implicite est contredite par la manière dont les parties ont abordé la consultation dans l'ensemble du traité et par l'absence

2010 SCC 53 (CanLII)

in the case of land grants. The necessary "negative inference", argues the territorial government, is that failure to include it was intentional.

[61] I think this argument is unpersuasive. The duty to consult is treated in the jurisprudence as a means (in appropriate circumstances) of upholding the honour of the Crown. Consultation can be shaped by agreement of the parties, but the Crown cannot contract out of its duty of honourable dealing with Aboriginal people. As held in *Haida Nation* and affirmed in *Mikisew Cree*, it is a doctrine that applies independently of the expressed or implied intention of the parties.

[62] The argument that the LSCFN Treaty is a "complete code" is untenable. For one thing, as the territorial government acknowledges, nothing in the text of the LSCFN Treaty authorizes the making of land grants on Crown lands to which the First Nation continues to have treaty access for subsistence hunting and fishing. The territorial government points out that authority to alienate Crown land exists in the general law. This is true, but the general law exists outside the treaty. The territorial government cannot select from the general law only those elements that suit its purpose. The treaty sets out rights and obligations of the parties, but the treaty is part of a special relationship: "In all its dealings with Aboriginal peoples, from the assertion of sovereignty to the resolution of claims and the implementation of treaties, the Crown must act honourably" (*Haida Nation*, at para. 17 (emphasis added)). As the text of s. 35(3) makes clear, a modern comprehensive land claims agreement is as much a treaty in the eyes of the Constitution as are the earlier pre- and post-Confederation treaties.

[63] At the time the Paulsen application was pending, the implementation of the LSCFN Treaty was in transition. It contemplates in Chapter 12

significative de celle-ci dans le cas de la concession de terres. La nécessaire « inférence négative », soutient le gouvernement territorial, est que le fait de ne pas prévoir la consultation était intentionnel.

[61] Cet argument ne me paraît pas convaincant. L'obligation de consulter est considérée, dans la jurisprudence, comme un moyen de préserver l'honneur de la Couronne (lorsque cela s'avère indiqué). Les parties ont la possibilité de s'entendre sur les modalités de la consultation, mais la Couronne ne peut pas se soustraire à son obligation de traiter honorablement avec les Autochtones. Cette doctrine, comme nous l'avons affirmé dans *Nation haïda* et confirmé dans *Première nation crie Mikisew*, s'applique indépendamment de l'intention expresse ou implicite des parties.

[62] L'argument suivant lequel le traité PNLSC est un « code complet » ne tient pas. D'une part, comme le reconnaît le gouvernement territorial, le texte du traité PNLSC n'autorise d'aucune manière l'octroi de terres de la Couronne à l'égard desquelles la première nation continue de jouir, en vertu du traité, d'un droit d'accès à des fins de chasse et de pêche de subsistance. Le gouvernement territorial souligne que le pouvoir d'aliéner des terres de la Couronne existe selon le droit commun. C'est vrai, mais le droit commun existe à l'extérieur du traité. Le gouvernement territorial ne peut pas retenir uniquement, dans le droit commun, les éléments qui lui conviennent. Le traité énonce les droits et les obligations des parties, tout en s'inscrivant dans une relation spéciale : « Dans tous ses rapports avec les peuples autochtones, qu'il s'agisse de l'affirmation de sa souveraineté, du règlement de revendications ou de la mise en œuvre de traités, la Couronne doit agir honorablement » (*Nation haïda*, par. 17 (je souligne)). Comme il ressort clairement du texte du par. 35(3), une entente récente relative à des revendications globales constitue, du point de vue de la Constitution, un traité au même titre que les anciens traités conclus avant et après la Confédération.

[63] Au moment où la demande de M. Paulsen était à l'étude, la mise en œuvre du traité PNLSC était dans une phase de transition. Le chapitre 12

2010 SCC 53 (CanLII)

the enactment of a "development assessment process" to implement the treaty provisions. This was ultimately carried into effect in the *Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Act*, S.C. 2003, c. 7 ("*YESAA*"). The territorial government acknowledges that the *YESAA* would have applied to the Paulsen application. Part 2 of the Act (regarding the assessment process) did not come into force until after the Paulsen application was approved (s. 134). The treaty required the government to introduce the law within two years of the date of the settlement legislation (s. 12.3.4). This was not done. The subsequent legislative delay did not empower the territorial government to proceed without consultation.

[64] The purpose of the *YESAA* is broadly stated to "[give] effect to provisions of the Umbrella Final Agreement respecting assessment of environmental and socio-economic effects" by way of a "comprehensive, neutrally conducted assessment process" (s. 5) where "an authorization or the grant of an interest in land" would be required (s. 47(2)(*c*)). The neutral assessor is the Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Board, to which (excluding the chair) the Council for Yukon Indians would nominate half the members and the territorial government the other half. The Minister, after consultation, would appoint the chair.

[65] The territorial government contends that this new arrangement is intended to satisfy the requirement of consultation on land grants in a way that is fair both to First Nations and to the other people of the Yukon. Assuming (without deciding) this to be so, the fact remains that no such arrangement was in place at the relevant time.

[66] In the absence of the agreed arrangement, consultation was necessary in this case to uphold the honour of the Crown. It was therefore imposed as a matter of law.

envisage l'adoption d'un « processus d'évaluation des activités de développement » en vue de la mise en œuvre des dispositions du traité. Cette mise en œuvre a finalement été accomplie par la *Loi sur l'évaluation environnementale et socioéconomique au Yukon*, L.C. 2003, ch. 7 (« *LÉESY* »). Le gouvernement territorial reconnaît que la *LÉESY* se serait appliquée à la demande de M. Paulsen. La partie 2 de cette loi (concernant le processus d'évaluation) n'est entrée en vigueur qu'après l'approbation de la demande en question (art. 134). Le gouvernement était tenu, aux termes du traité, d'édicter une mesure législative dans les deux ans suivant l'entrée en vigueur de la loi de mise en œuvre (art. 12.3.4). Il ne l'a pas fait. Le retard législatif subséquent ne donnait pas au gouvernement territorial le pouvoir d'agir sans consultation.

[64] La *LÉESY* vise d'une manière générale à « met[tre] en œuvre diverses dispositions de l'accord-cadre relatives à l'évaluation des effets sur l'environnement ou la vie socioéconomique » par l'instauration d'un « processus complet et impartial d'évaluation » (art. 5) lorsque « l'autorisation [. . .] ou l'attribution [. . .] de droits fonciers » serait nécessaire (al. 47(2)*c*)). L'évaluateur neutre est l'Office d'évaluation environnementale et socioéconomique du Yukon, dont les membres (sauf le président) seraient nommés pour moitié par le Conseil des Indiens du Yukon et pour l'autre moitié par le gouvernement territorial. Le ministre nommerait le président après consultation.

[65] Selon le gouvernement territorial, ce nouveau régime vise à répondre à l'exigence de consultation au sujet de la concession de terres d'une façon équitable à la fois pour les premières nations et pour les autres habitants du Yukon. En supposant que tel soit le cas (je ne me prononce pas sur la question), il n'en demeure pas moins que le régime en question n'était pas en vigueur à l'époque en cause.

[66] En l'absence du régime sur lequel on s'était entendu, la consultation était nécessaire en l'espèce pour préserver l'honneur de la Couronne. Elle était donc imposée par le droit.

2010 SCC 53 (CanLII)

F. *The LSCFN Treaty Does Not Exclude the Duty to Consult and, if Appropriate, Accommodate*

[67] When a modern treaty has been concluded, the first step is to look at its provisions and try to determine the parties' respective obligations, and whether there is some form of consultation provided for in the treaty itself. If a process of consultation has been established in the treaty, the scope of the duty to consult will be shaped by its provisions.

[68] The territorial government argues that a mutual objective of the parties to the LSCFN Treaty was to achieve certainty, as is set out in the preamble:

> . . . the parties to this Agreement wish to achieve certainty with respect to the ownership and use of lands and other resources of the Little Salmon/Carmacks First Nation Traditional Territory;
>
> the parties wish to achieve certainty with respect to their relationships to each other . . . .

Moreover the treaty contains an "entire agreement" clause. Section 2.2.15 provides that

> Settlement Agreements shall be the entire agreement between the parties thereto and there shall be no representation, warranty, collateral agreement or condition affecting those Agreements except as expressed in them.

[69] However, as stated, the duty to consult is not a "collateral agreement or condition". The LSCFN Treaty *is* the "entire agreement", but it does not exist in isolation. The duty to consult is imposed as a matter of law, irrespective of the parties' "agreement". It does not "affect" the agreement itself. It is simply part of the essential legal framework within which the treaty is to be interpreted and performed.

[70] The First Nation points out that there is an express exception to the "entire agreement" clause in the case of "existing or future constitutional rights", at s. 2.2.4:

> Subject to 2.5.0, 5.9.0, 5.10.1 and 25.2.0, Settlement Agreements shall not affect the ability of aboriginal

F. *Le traité PNLSC n'exclut pas l'obligation de consulter et, au besoin, d'accommoder*

[67] Lorsqu'un traité récent a été conclu, la première étape consiste à en examiner les dispositions et à tenter de déterminer les obligations respectives des parties et l'existence, dans le traité lui-même, d'une forme quelconque de consultation. Si un processus de consultation a été établi dans le traité, les dispositions du traité indiqueront la portée de l'obligation de consulter.

[68] Le gouvernement territorial plaide que la certitude constituait un objectif mutuel des parties au traité PNLSC, comme l'indique le préambule :

> . . . les parties à la présente entente désirent définir avec certitude les droits de propriété et d'utilisation des terres et autres ressources du territoire traditionnel de la première nation de Little Salmon/Carmacks;
>
> les parties à la présente entente désirent définir avec certitude leurs rapports les unes avec les autres . . .

Qui plus est, le traité renferme une clause du type « intégralité de l'entente », soit l'art. 2.2.15 :

> Chaque entente portant règlement constitue l'entente complète intervenue entre les parties à cette entente et il n'existe aucune autre assertion, garantie, convention accessoire ou condition touchant cette entente que celles qui sont exprimées dans cette dernière.

[69] Toutefois, l'obligation de consulter ne constitue pas, comme je l'ai indiqué, une « convention accessoire ou condition ». Le traité PNLSC *constate* effectivement l'« entente complète », mais il n'existe pas isolément. L'obligation de consulter est imposée par le droit sans égard à l'« entente » conclue entre les parties. Elle ne « touche » pas l'entente elle-même. Elle fait simplement partie du cadre juridique essentiel dans lequel le traité doit être interprété et exécuté.

[70] La première nation souligne qu'une exception à la clause de l'« entente complète » est expressément prévue à l'art. 2.2.4, pour les « droits constitutionnels — existants ou futurs » :

> Sous réserve des sections 2.5.0, 5.9.0 et 25.2.0 et de l'article 5.10.1, les ententes portant règlement n'ont pas pour

2010 SCC 53 (CanLII)

people of the Yukon to exercise, or benefit from, any existing or future constitutional rights for aboriginal people that may be applicable to them.

Section 2.2.4 applies, the LSCFN argues, because the duty of consultation is a new constitutional duty and should therefore be considered a "future" constitutional right within the scope of the section.

[71] As discussed, the applicable "existing or future *constitutional* right" is the right of the Aboriginal parties to have the treaty performed in a way that upholds the honour of the Crown. That principle is readily conceded by the territorial government. However, the honour of the Crown may not *always require consultation*. The parties may, in their treaty, negotiate a different mechanism which, nevertheless, in the result, upholds the honour of the Crown. In this case, the duty applies, the content of which will now be discussed.

G. *The Content of the Duty to Consult*

[72] The adequacy of the consultation was the subject of the First Nation's cross-appeal. The adequacy of what passed (or failed to pass) between the parties must be assessed in light of the role and function to be served by consultation on the facts of the case and whether that purpose was, on the facts, satisfied.

[73] The Yukon *Lands Act* and the *Territorial Lands (Yukon) Act* created a discretionary authority to make grants but do not specify the basis on which the discretion is to be exercised. It was clear that the Paulsen application might *potentially* have an adverse impact on the LSCFN Treaty right to have access to the 65 hectares for subsistence "harvesting" of fish and wildlife, and that such impact would include the First Nation's beneficial use of the surrounding Crown lands to which its members have a continuing treaty right of access. There was at least the possibility that the impact would be significant in economic and cultural terms. The Director was then required, as a matter of both

effet de porter atteinte à la capacité des peuples autochtones du Yukon d'exercer des droits constitutionnels — existants ou futurs — qui sont reconnus aux peuples autochtones et qui s'appliquent à eux ou de tirer parti de tels droits.

L'article 2.2.4 s'applique, soutient la PNLSC, parce que l'obligation de consultation est une nouvelle obligation constitutionnelle et devrait donc être considérée comme un droit constitutionnel « futur » tombant dans le champ d'application de cet article.

[71] Comme nous l'avons vu, le « droit *constitutionnel* existant ou futur » applicable est le droit des parties autochtones à ce que le traité soit exécuté d'une manière propre à préserver l'honneur de la Couronne. Ce principe est admis volontiers par le gouvernement territorial. Toutefois, l'honneur de la Couronne peut ne pas *toujours exiger la consultation*. Les parties peuvent, dans leur traité, négocier un mécanisme différent qui permet malgré tout, dans son résultat, de préserver l'honneur de la Couronne. En l'espèce, l'obligation s'applique, et j'en viens maintenant à l'examen de son contenu.

G. *Le contenu de l'obligation de consulter*

[72] Le pourvoi incident de la première nation porte sur le caractère adéquat de la consultation. Ce qui s'est passé (ou ne s'est pas passé) entre les parties doit être évalué à la lumière du rôle et de la fonction de la consultation au regard des faits de l'espèce, et de la question de savoir si cet objectif a été rempli au regard des faits.

[73] La *Loi sur les terres* du Yukon et la *Loi du Yukon sur les terres territoriales* ont institué un pouvoir discrétionnaire de concession de terres, mais sans préciser la base sur laquelle ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé. Il ne faisait de doute que la demande de M. Paulsen était *susceptible* d'avoir des incidences négatives sur le droit d'accès aux 65 hectares conféré par le traité PNLSC pour la « récolte » de poissons et d'animaux sauvages à des fins de subsistance, incidences comprenant l'usage bénéficiaire par la première nation des terres de la Couronne avoisinantes auxquelles ses membres continuent d'avoir un droit d'accès en vertu du traité. Il existait au moins une possibilité que ces

2010 SCC 53 (CanLII)

compliance with the legal duty to consult based on the honour of the Crown *and* procedural fairness to be informed about the nature and severity of such impacts before he made a decision to determine (amongst other things) whether accommodation was necessary or appropriate. The purpose of consultation was not to reopen the LSCFN Treaty or to renegotiate the availability of the lands for an agricultural grant. Such availability was already established in the Treaty. Consultation was required to help manage the important ongoing relationship between the government and the Aboriginal community in a way that upheld the honour of the Crown.

[74] This "lower end of the spectrum" approach is consistent with the LSCFN Treaty itself which sets out the elements the parties themselves regarded as appropriate regarding consultation (where consultation is required) as follows:

"Consult" or "Consultation" means to provide:

(a) to the party to be consulted, notice of a matter to be decided in sufficient form and detail to allow that party to prepare its views on the matter;

(b) a reasonable period of time in which the party to be consulted may prepare its views on the matter, and an opportunity to present such views to the party obliged to consult; and

(c) full and fair consideration by the party obliged to consult of any views presented.

(LSCFN Treaty, Chapter 1)

At the hearing of this appeal, counsel for the First Nation contended that the territorial government has "to work with the Aboriginal people to understand what the effect will be, and then they have to try and minimize it" (transcript, at p. 48 (emphasis added)). It is true that these treaties were negotiated prior to *Haida Nation* and *Mikisew Cree*, but it must have been obvious to the negotiators that

incidences soient importantes sur les plans économique et culturel. Le directeur était par conséquent tenu, pour se conformer à l'obligation juridique de consulter fondée sur l'honneur de la Couronne *et* au nom de l'équité procédurale, d'être informé de la nature et de la gravité de telles incidences avant de prendre une décision, pour déterminer (entre autres choses) si des accommodements étaient nécessaires ou appropriés. La consultation n'avait pas pour objet de rouvrir le traité PNLSC ou de renégocier la possibilité de concéder les terres à des fins agricoles. Cette possibilité était déjà prévue au traité. La consultation était requise afin de faciliter la gestion de la relation importante entre le gouvernement et la communauté autochtone en conformité avec la préservation de l'honneur de la Couronne.

[74] Cette approche au « bas du continuum » est conforme au traité PNLSC lui-même, qui précise les éléments considérés par les parties elles-mêmes comme constituant une consultation appropriée (lorsqu'une consultation est nécessaire) :

« consulter » ou « consultation » La procédure selon laquelle :

a) un avis suffisamment détaillé concernant la question à trancher doit être communiqué à la partie devant être consultée afin de lui permettre de préparer sa position sur la question;

b) la partie devant être consultée doit se voir accorder un délai suffisant pour lui permettre de préparer sa position sur la question, ainsi que l'occasion de présenter cette position à la partie obligée de tenir la consultation;

c) la partie obligée de tenir la consultation doit procéder à un examen complet et équitable de toutes les positions présentées.

(Traité PNLSC, chapitre 1)

Lors de l'audition du pourvoi, l'avocat de la première nation a soutenu que le gouvernement territorial doit [TRADUCTION] « s'efforcer, de concert avec les peuples autochtones, de comprendre quels seront les effets, et ensuite il doit essayer de les réduire au minimum » (transcription, p. 48 (je souligne)). Il est vrai que ces traités ont été négociés avant les arrêts *Nation haïda* et *Première nation crie Mikisew*, mais

2010 SCC 53 (CanLII)

there is a substantial difference between imposing on a decision maker a duty to provide "full and fair consideration" of the First Nation's "views" and (on the other hand) an obligation to try "to understand what the effect will be, and then . . . to try and minimize it". It is the former formulation which the parties considered sufficient and appropriate. Even in the absence of treaty language, the application of *Haida Nation* and *Mikisew Cree* would have produced a similar result.

il devait être évident pour les négociateurs qu'il existe une différence substantielle entre, d'une part, le fait d'imposer à un décideur une obligation de procéder à « un examen complet et équitable » des « positions » de la première nation, et, d'autre part, une obligation de s'efforcer [TRADUCTION] « de comprendre quels seront les effets, et ensuite [. . .] essayer de les réduire au minimum ». C'est la première de ces obligations que les parties ont considérée comme suffisante et appropriée. Même en l'absence de clauses au traité, l'application des arrêts *Nation haïda* et *Première nation crie Mikisew* aurait produit un résultat semblable.

[75] In my view, the negotiated definition is a reasonable statement of the content of consultation "at the lower end of the spectrum". The treaty does not apply directly to the land grant approval process, which is not a treaty process, but it is a useful indication of what the parties themselves considered fair, and is consistent with the jurisprudence from *Haida Nation* to *Mikisew Cree*.

[75] À mon avis, la définition négociée constitue un énoncé raisonnable du contenu de la consultation « au bas du continuum ». Le traité ne régit pas directement le processus d'approbation des concessions de terres, qui ne relève pas d'un traité, mais il indique de façon utile ce que les parties elles-mêmes jugeaient équitable, et il est conforme à la jurisprudence des arrêts *Nation haïda* et *Première nation crie Mikisew*.

H. *There Was Adequate Consultation in This Case*

H. *Il y a eu une consultation adéquate en l'espèce*

[76] The First Nation acknowledges that it received appropriate notice and information. Its letter of objection dated July 27, 2004, set out its concerns about the impact on Trapline #143, a cabin belonging to Roger Rondeau (who was said in the letter to have "no concerns with the application") as well as Johnny Sam's cabin, and "potential areas of heritage and cultural interest" that had not however "been researched or identified". The letter recommended an archaeological survey for this purpose (this was subsequently performed *before* the Paulsen application was considered and approved by the Director). Nothing was said in the First Nation's letter of objection about possible inconsistency with the FWMP, or the need to preserve the 65 hectares for educational purposes.

[76] La première nation reconnaît avoir reçu un avis suffisant et l'information utile. Sa lettre d'opposition datée du 27 juillet 2004 faisait état de ses préoccupations au sujet des incidences de la concession de la parcelle sur le territoire de piégeage n^{o} 143, sur une cabane appartenant à Roger Rondeau (chez qui, d'après la lettre, [TRADUCTION] « la demande [ne suscitait] aucune inquiétude ») ainsi que sur la cabane de Johnny Sam, et sur [TRADUCTION] « des zones pouvant présenter un intérêt patrimonial et culturel » mais qui n'avaient pas « été identifiées » ou n'avaient pas « fait l'objet de recherches ». La lettre recommandait qu'on procède à cette fin à une reconnaissance archéologique (reconnaissance qui a eu lieu par la suite, *avant* l'examen et l'approbation, par le directeur, de la demande de M. Paulsen). Nulle part dans la lettre d'opposition de la première nation n'était-il fait mention d'une possible non-conformité avec le PGRHF, ou de la nécessité de préserver les 65 hectares à des fins éducatives.

2010 SCC 53 (CanLII)

[77] The concerns raised in the First Nation's letter of objection dated July 27, 2004, were put before the August 13, 2004 meeting of LARC (which the First Nation did not attend) and, for the benefit of those not attending, were essentially reproduced in the minutes of that meeting. The minutes noted that "[t]here will be some loss of wildlife habitat in the area, but it is not significant." The minutes pointed out that Johnny Sam was entitled to compensation under the LSCFN Treaty to the extent the value of Trapline #143 was diminished. The minutes were available to the LSCFN as a member of LARC.

[77] Les préoccupations soulevées dans la lettre d'opposition de la première nation datée du 27 juillet 2004 ont été évoquées lors de la réunion du CEDAT tenue le 13 août 2004 (à laquelle la première nation n'était pas représentée) et ont été décrites, pour l'essentiel, dans le procès-verbal de cette réunion, à l'intention des personnes qui étaient absentes. Il est mentionné dans le procès-verbal qu'[TRADUCTION] « [i]l y aura une certaine perte au plan de l'habitat faunique dans la région, mais elle n'est pas importante. » Il y est également souligné que Johnny Sam avait droit à une indemnisation en vertu du traité PNLSC dans la mesure où la valeur du territoire de piégeage n^{o} 143 se trouvait diminuée. La PNLSC, en tant que membre du CEDAT, pouvait consulter le procès-verbal.

[78] The First Nation complains that its concerns were not taken seriously. It says, for example, the fact that Johnny Sam is eligible for compensation ignores the cultural and educational importance of Trapline #143. He wants the undiminished trapline, not compensation. However, Larry Paulsen also had an important stake in the outcome. The Director had a discretion to approve or not to approve and he was not obliged to decide this issue in favour of the position of the First Nation. Nor was he obliged as a matter of law to await the outcome of the FWMP. The Director had before him the First Nation's concerns and the response of other members of LARC. He was entitled to conclude that the impact of the Paulsen grant on First Nation's interests was not significant.

[78] La première nation se plaint de ce que ses préoccupations n'aient pas été prises au sérieux. Elle dit par exemple que le fait que Johnny Sam ait droit à une indemnisation témoigne d'une incompréhension de l'importance du territoire de piégeage n^{o} 143 aux plans culturel et éducatif. Il veut conserver le territoire de piégeage dans son intégralité, et non toucher une indemnisation. L'enjeu était cependant important pour Larry Paulsen également. Le directeur avait le pouvoir discrétionnaire d'approuver ou de ne pas approuver sa demande et il n'était pas obligé de trancher la question en faveur de la position défendue par la première nation. Il n'était pas non plus légalement tenu d'attendre le résultat du PGRHF. Le directeur connaissait les préoccupations de la première nation et la réponse des autres membres du CEDAT. Il était en droit de conclure que la concession à M. Paulsen de la parcelle en question n'avait pas d'incidences importantes sur les intérêts de la première nation.

[79] It is important to stress that the First Nation does not deny that it had full notice of the Paulsen application, and an opportunity to state its concerns through the LARC process to the ultimate decision maker in whatever scope and detail it considered appropriate. Moreover, unlike the situation in *Mikisew Cree*, the First Nation here was consulted *as a First Nation* through LARC and not as members of the general public. While procedural fairness is a flexible concept and takes into account the

[79] Il importe de signaler que la première nation ne nie pas avoir reçu un avis suffisant de la demande de M. Paulsen, et avoir eu l'occasion d'exposer, dans toute l'ampleur et la précision jugées appropriées, ses préoccupations au décideur ultime dans le cadre des procédures du CEDAT. De plus, contrairement à la situation en cause dans l'affaire *Première nation crie Mikisew*, la première nation en l'espèce a été consultée dans le cadre du CEDAT *en tant que première nation* et non en tant que membre du grand

2010 SCC 53 (CanLII)

Aboriginal dimensions of the decision facing the Director, it is nevertheless a doctrine that applies as a matter of administrative law to regulate relations between the government decision makers and all residents of the Yukon, Aboriginal as well as non-Aboriginal, Mr. Paulsen as well as the First Nation. On the record, and for the reasons already stated, the requirements of procedural fairness were met, as were the requirements of the duty to consult.

[80] It is impossible to read the record in this case without concluding that the Paulsen application was simply a flashpoint for the pent-up frustration of the First Nation with the territorial government bureaucracy. However, the result of disallowing the application would simply be to let the weight of this cumulative problem fall on the head of the hapless Larry Paulsen (who still awaits the outcome of an application filed more than eight years ago). This would be unfair.

I. *The Duty to Accommodate*

[81] The First Nation's argument is that in this case the legal requirement was not only procedural consultation but substantive accommodation. *Haida Nation* and *Mikisew Cree* affirm that the duty to consult *may* require, in an appropriate case, accommodation. The test is not, as sometimes seemed to be suggested in argument, a duty to accommodate to the point of undue hardship for the non-Aboriginal population. Adequate consultation having occurred, the task of the Court is to review the exercise of the Director's discretion taking into account all of the relevant interests and circumstances, including the First Nation entitlement and the nature and seriousness of the impact on that entitlement of the proposed measure which the First Nation opposes.

[82] The 65-hectare plot had already been reconfigured at government insistence to accommodate

public. Si l'équité procédurale est une notion souple et prend en compte les aspects qui, dans la décision que doit prendre le directeur, touchent directement les Autochtones, il n'en demeure pas moins que cette doctrine s'applique en droit administratif pour encadrer les relations entre les décideurs gouvernementaux et tous les habitants du Yukon, Autochtones comme non-Autochtones, et M. Paulsen comme la première nation. Au vu du dossier et pour les raisons exposées précédemment, les exigences de l'équité procédurale ont été respectées, tout comme celles de l'obligation de consulter.

[80] Il est impossible de parcourir le dossier de cette affaire sans voir dans la demande de M. Paulsen la petite étincelle qui allait faire éclater le mécontentement accumulé par la première nation face à la bureaucratie du gouvernement territorial. Le rejet de cette demande, cependant, ferait simplement porter le poids de ce problème cumulatif à l'infortuné Larry Paulsen (qui attend toujours l'issue d'une demande présentée il y a plus de huit ans). Ce résultat serait injuste.

I. *L'obligation d'accommoder*

[81] La première nation avance que dans la présente affaire, il y avait une obligation juridique non seulement de tenir une consultation au plan procédural, mais d'offrir des mesures concrètes d'accommodement. Il est précisé dans *Nation haïda* et dans *Première nation crie Mikisew* que l'obligation de consulter *peut*, dans certains cas, exiger des accommodements. Le critère ne consiste pas, comme on a parfois semblé le soutenir dans l'argumentation, dans une obligation d'accommoder jusqu'au point où la population non autochtone subit une contrainte excessive. Une consultation adéquate ayant eu lieu, il incombe à la Cour d'examiner la façon dont le directeur a exercé son pouvoir discrétionnaire, compte tenu de l'ensemble des circonstances et des intérêts pertinents, y compris les droits de la première nation ainsi que la nature et la gravité de l'incidence, sur ces droits, de la mesure proposée à laquelle la première nation s'oppose.

[82] La parcelle de 65 hectares avait déjà été redélimitée à la demande pressante du gouvernement

2010 SCC 53 (CanLII)

various concerns. The First Nation did not suggest any alternative configuration that would be more acceptable (although it suggested at one point that any farming should be organic in nature). In this case, in its view, accommodation must inevitably lead to rejection of the Paulsen application. However, with respect, nothing in the treaty itself or in the surrounding circumstances gave rise to a requirement of accommodation. The government was "taking up" surrendered Crown land for agricultural purposes as contemplated in the treaty.

[83] The concerns raised by the First Nation were important, but the question before the Director was in some measure a policy decision related to the 1991 Agricultural Policy as well as to whether, on the facts, the impact on the First Nation interests were as serious as claimed. He then had to weigh those concerns against the interest of Larry Paulsen in light of the government's treaty and other legal obligations to Aboriginal people. It is likely that many, if not most, applications for grants of remote land suitable for raising livestock will raise issues of wildlife habitat, and many grants that interfere with traplines and traditional economic activities will also have a cultural and educational dimension. The First Nation points out that the Paulsen proposed building would trigger a "no-shooting zone" that would affect Johnny Sam's use of his cabin (as well as his trapline). However, where development occurs, shooting is necessarily restricted, and the LSCFN Treaty is not an anti-development document.

[84] *Somebody* has to bring consultation to an end and to weigh up the respective interests, having in mind the Yukon public policy favouring agricultural development where the rigorous climate of the Yukon permits. The Director is the person with the delegated authority to make the decision whether to approve a grant of land already surrendered by the

pour tenir compte de certaines préoccupations. La première nation n'a suggéré aucune autre délimitation qui lui aurait été plus acceptable (bien qu'elle ait mentionné à un certain moment que toute activité agricole devait être de nature biologique). Dans le cas présent, l'accommodement doit inévitablement, à ses yeux, entraîner le rejet de la demande de M. Paulsen. Toutefois, le traité lui-même ou l'ensemble des circonstances ne donnent en aucun cas ouverture à une obligation d'accommodement. Le gouvernement « prenait » des terres de la Couronne cédées pour qu'elles servent à l'agriculture, ce que le traité envisageait.

[83] Les préoccupations soulevées par la première nation étaient certes importantes, mais la question soumise au directeur constituait dans une certaine mesure une décision touchant à la Politique agricole pour 1991 ainsi qu'à la question de savoir si, d'après les faits, les incidences sur les intérêts de la première nation étaient aussi graves que celle-ci le prétendait. Il devait alors mettre dans la balance ces préoccupations et l'intérêt de Larry Paulsen à la lumière des obligations juridiques (issues de traités ou non) du gouvernement envers les Autochtones. Bon nombre, sinon la plupart, des demandes de concession de terres éloignées propres à l'élevage du bétail susciteront des préoccupations au chapitre de l'habitat faunique, et de nombreuses concessions de terres nuisant aux territoires de piégeage et aux activités économiques traditionnelles auront aussi une dimension culturelle et éducative. La première nation souligne que le bâtiment proposé par M. Paulsen entraînerait la création d'une [TRADUCTION] « zone d'interdiction de chasse » qui entraverait l'utilisation par Johnny Sam de sa cabane (et de son territoire de piégeage). Cependant, le développement a nécessairement pour conséquence des restrictions en matière de chasse, et le traité PNLSC n'est pas un document anti-développement.

[84] Il doit y avoir *quelqu'un* qui met un terme à la consultation et soupèse les intérêts respectifs en jeu en tenant compte de la politique du Yukon favorable au développement de l'agriculture là où le climat rigoureux le permet. Or, le directeur est la personne à qui a été délégué le pouvoir de décider s'il y a lieu d'approuver la concession de terres déjà

2010 SCC 53 (CanLII)

First Nation. The purpose of the consultation was to ensure that the Director's decision was properly informed.

[85] The Director did not err in law in concluding that the consultation in this case with the First Nation was adequate.

[86] The advice the Director received from his officials after consultation is that the impact would not be significant. There is no evidence that he failed to give the concerns of the First Nation "full and fair consideration". The material filed by the parties on the judicial review application does not demonstrate any palpable error of fact in his conclusion.

[87] It seems the Director was simply not content to put Mr. Paulsen's interest on the back burner while the government and the First Nation attempted to work out some transitional rough spots in their relationship. He was entitled to proceed as he did.

[88] Whether or not a court would have reached a different conclusion on the facts is not relevant. The decision to approve or not to approve the grant was given by the Legislature to the Minister who, in the usual way, delegated the authority to the Director. His disposition was not unreasonable.

IV. Conclusion

[89] I would dismiss the appeal and cross-appeal, with costs.

English version of the reasons of LeBel and Deschamps JJ. delivered by

[90] Deschamps J. — The Court has on numerous occasions invited governments and Aboriginal peoples to negotiate the precise definitions of Aboriginal rights and the means of exercising them. To protect the integrity of the negotiation process, the Court developed, on the basis of what was

cédées par la première nation. La consultation avait pour but de garantir que la décision du directeur était prise en connaissance de cause.

[85] Le directeur n'a pas commis d'erreur de droit en concluant qu'en l'espèce, la consultation avec la première nation était adéquate.

[86] Selon l'avis reçu de ses fonctionnaires par le directeur après la consultation, les incidences ne seraient pas importantes. Rien n'indique que les préoccupations de la première nation n'ont pas fait l'objet d'un « examen complet et équitable » de sa part. Les documents déposés par les parties lors de la demande de contrôle judiciaire ne révèlent l'existence d'aucune erreur de fait manifeste dans sa conclusion.

[87] Il semble que le directeur était simplement mécontent de mettre en veilleuse le cas de M. Paulsen alors que le gouvernement et la première nation tentaient d'aplanir certaines difficultés liées à la transition dans le cadre de leur relation. Il avait le droit d'agir comme il l'a fait.

[88] Le fait qu'un tribunal judiciaire aurait éventuellement pu arriver à une conclusion différente à partir des mêmes faits n'est pas pertinent. La décision d'approuver ou de ne pas approuver la concession de la parcelle de terre a été confiée par l'assemblée législative au ministre qui, de la façon habituelle, a délégué ce pouvoir au directeur. La décision prise par ce dernier n'était pas déraisonnable.

IV. Conclusion

[89] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et le pourvoi incident, avec dépens.

Les motifs des juges LeBel et Deschamps ont été rendus par

[90] La juge Deschamps — La Cour a maintes fois invité les gouvernements et les peuples autochtones à négocier la définition précise et les modalités d'exercice des droits ancestraux de ces peuples. Afin de protéger l'intégrité du processus de négociation, la Cour a formulé, à partir de ce qui n'était à

2010 SCC 53 (CanLII)

originally just one step in the test for determining whether infringements of Aboriginal rights are justifiable, a duty to consult that must be discharged before taking any action that might infringe as-yet-undefined rights. It later expanded the minimum obligational content of a treaty that is silent regarding how the Crown might exercise those of its rights under the treaty that affect rights granted to the Aboriginal party in the same treaty.

[91] In Yukon, the parties sat down to negotiate. An umbrella agreement and 11 specific agreements were reached between certain First Nations, the Yukon government and the Government of Canada. Through these agreements, the First Nations concerned have taken control of their destiny. The agreements, which deal in particular with land and resources, are of course not exhaustive, but they are binding on the parties with respect to the matters they cover. The Crown's exercise of its rights under the treaty is subject to provisions on consultation. To add a further duty to consult to these provisions would be to defeat the very purpose of negotiating a treaty. Such an approach would be a step backward that would undermine both the parties' mutual undertakings and the objective of reconciliation through negotiation. This would jeopardize the negotiation processes currently under way across the country. Although I agree with Binnie J. that the appeal and cross-appeal should be dismissed, my reasons for doing so are very different.

[92] Mr. Paulsen's application constituted a project to which the assessment process provided for in Chapter 12 of the Little Salmon/Carmacks First Nation Final Agreement ("Final Agreement") applied. Although that process had not yet been implemented, Chapter 12, including the transitional legal rules it contains, had been. Under those rules, any existing development assessment process would remain applicable. The requirements of the processes in question included not only consultation with the First Nation concerned, but also its participation in the assessment of the project. Any such participation would involve a more extensive

l'origine qu'une étape de la justification des atteintes aux droits ancestraux, une obligation de consultation préalable à la prise de mesures pouvant porter atteinte à ces droits non encore définis. Plus tard, elle a élargi le contenu obligationnel minimal d'un traité lorsque celui-ci omettait de prévoir la façon dont la Couronne peut exercer les droits que lui reconnaît un traité et qui ont une incidence sur ceux conférés à la partie autochtone par ce même traité.

[91] Au Yukon, les parties se sont assises ensemble. Un accord-cadre et 11 ententes particulières ont été conclus par des premières nations, le gouvernement du Yukon et le gouvernement du Canada. Ces ententes constituent la concrétisation de la prise en charge par les premières nations concernées de leur destinée. Il va de soi que tout n'est pas prévu dans ces ententes, qui portent tout particulièrement sur les terres et les ressources. En revanche, ce qui l'est lie les parties. L'exercice par la Couronne des droits qui lui sont conférés par le traité fait l'objet dans celui-ci de dispositions concernant la consultation. C'est faire affront à l'objectif même de la négociation d'un traité que d'ajouter à ces dispositions une obligation additionnelle de consultation. Une telle approche constitue un recul, qui a pour effet de saper les engagements pris par les parties l'une à l'égard de l'autre et de miner l'objectif de réconciliation par la négociation. Cet affront met en péril les processus de négociation actuellement en cours d'un bout à l'autre du pays. Si, à l'instar du juge Binnie, je suis d'avis de rejeter l'appel principal et l'appel incident, je le fais cependant pour des motifs fort différents.

[92] La demande de M. Paulsen constituait un projet soumis au processus d'évaluation prévu au chapitre 12 de l'Entente définitive de la Première nation de Little Salmon/Carmacks (« Entente définitive »). Ce processus n'avait pas été mis en œuvre, mais le chapitre 12 l'avait été, y compris les règles de droit provisoire y figurant. En vertu de ces règles, tout processus existant d'évaluation des activités de développement demeurait en vigueur. Ces processus prévoyaient non seulement la consultation de la nation autochtone concernée, mais aussi sa participation à l'évaluation du projet. Une telle participation impliquait un niveau de consultation supérieur

2010 SCC 53 (CanLII)

consultation than would be required by the common law duty in that regard. Therefore, nothing in this case can justify resorting to a duty other than the one provided for in the Final Agreement.

[93] The Crown's constitutional duty to specifically consult Aboriginal peoples was initially recognized as a factor going to the determination of whether an Aboriginal right was infringed (*Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335), and was later established as one component of the test for determining whether infringements of Aboriginal rights by the Crown were justified: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. The Court was subsequently asked in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, and *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, whether such a duty to consult could apply even before an Aboriginal or treaty right is proven to exist. The Court's affirmative answer was based on a desire to encourage the Crown and Aboriginal peoples to negotiate treaties rather than resorting to litigation.

[94] I disagree with Binnie J.'s view that the common law constitutional duty to consult applies in every case, regardless of the terms of the treaty in question. And I also disagree with the appellants' assertion that an external duty to consult can never apply to parties to modern comprehensive land claims agreements and that the Final Agreement constitutes a complete code. In my view, *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, stands for the proposition that the common law constitutional duty to consult Aboriginal peoples applies to the parties to a treaty only if they have said nothing about consultation in respect of the right the Crown seeks to exercise under the treaty. Moreover, it is essential to understand that in this context, the signature of the treaty entails a change in the nature of the consultation. When consultation is provided for in a treaty, it ceases to

à celui qui aurait été fondé sur l'obligation faite par la jurisprudence à cet égard. En conséquence, rien, en l'espèce, ne saurait justifier le recours à une obligation externe à celle prévue par l'Entente définitive.

[93] L'obligation constitutionnelle qui incombe à la Couronne de consulter de façon spéciale les Autochtones est apparue à l'origine comme facteur d'évaluation d'une atteinte à un droit autochtone (*Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335), puis a été établie en tant que composante du critère de vérification du caractère justifié des atteintes portées par la première aux droits constitutionnels des seconds : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Les affaires *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, et *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, ont ensuite posé la question de savoir si une telle obligation de consultation pouvait être mise en œuvre avant que soit établie l'existence d'un droit ancestral ou issu de traité. La réponse positive qu'a donnée notre Cour était fondée sur une volonté de favoriser la négociation de traités entre la Couronne et les peuples autochtones plutôt que le recours aux tribunaux.

[94] Si, contrairement au juge Binnie, je ne dis pas que l'obligation constitutionnelle de consultation dégagée par la jurisprudence s'applique dans tous les cas, peu importe les stipulations du traité en cause, je ne dis pas non plus, comme le font les appelants, qu'on peut affirmer qu'une obligation externe de consultation ne saurait jamais s'appliquer aux parties à un accord moderne de règlement de revendication territoriale globale et que l'Entente définitive constitue un code complet. À mon avis, il ressort de l'arrêt *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388, que l'obligation constitutionnelle de consultation des Autochtones établie par la jurisprudence ne s'applique aux parties à un traité que si celles-ci ont été silencieuses à cet égard relativement au droit que la Couronne cherche à exercer en vertu du traité. En outre, il est capital de signaler que, dans un tel contexte, un pas est franchi et que

2010 SCC 53 (CanLII)

be a measure to prevent the infringement of one or more rights, as in *Haida Nation*, and becomes a duty that applies to the Crown's exercise of rights granted to it in the treaty by the Aboriginal party. This means that where, as in *Mikisew*, the common law duty to consult applies to treaty rights despite the existence of the treaty — because the parties to the treaty included no provisions in this regard — it represents the minimum obligational content.

[95] Binnie J. has set out the facts. I will return to them only to make some clarifications I consider necessary. For now, I will simply mention that the appellants' position is based on the fact that this case concerns a modern treaty. The appellants argue that in a case involving a modern treaty, the duty to consult is strictly limited to the terms expressly agreed on by the parties and there is no such duty if none has been provided for. In their view, a duty to consult can be found to exist only if the parties have expressly provided for one. The appellants seek not a reversal of the Court of Appeal's ultimate conclusion, but a declaration on the scope of the duty to consult. The respondents, who are also cross-appellants, are asking us to overturn the Court of Appeal's decision and affirm the judgment of the Supreme Court of the Yukon Territory quashing the decision to approve the grant of land to Mr. Paulsen. The respondents submit that the source of the Crown's duty to consult them lies outside the treaty, that is, that the duty derives exclusively from constitutional values and common law principles. According to the respondents, the treaty does not purport to define their constitutional relationship with the Crown, nor does the constitutional duty apply in order to fill a gap in the treaty (R.F., at para. 11). They submit that the common law duty to consult applies because Mr. Paulsen's application would affect their interests. They invoke three interests: a right of access for subsistence harvesting purposes to the land in question in the application, their interest under the treaty in fish and wildlife

la consultation change alors de sens. Lorsqu'elle est prévue par les dispositions d'un traité, la consultation ne constitue plus une mesure visant à prévenir des atteintes à un ou plusieurs droits, comme dans l'affaire *Nation haïda*, mais plutôt une obligation touchant les modalités d'exercice, par la Couronne, des droits que la partie autochtone lui reconnaît par traité. Cela veut donc dire que dans les cas où, comme dans *Mikisew*, l'obligation jurisprudentielle de consultation intervient relativement à des droits issus d'un traité nonobstant l'existence de celui-ci — en raison du défaut des parties à ce traité d'avoir stipulé à cet égard —, c'est à titre de contenu obligationnel minimal.

[95] Le juge Binnie a exposé les faits. Je n'y reviendrai que pour y ajouter les précisions qui me paraîtront s'imposer. Pour l'instant, il suffit de rappeler que la thèse des appelants repose sur le fait qu'il s'agit d'un traité moderne. Ils soutiennent que, en présence d'un tel traité, l'obligation de consultation se limite strictement aux modalités dont les parties ont expressément convenu, et que si rien n'a été prévu, il n'y a pas d'obligation. Selon eux, pour pouvoir conclure à l'existence d'une obligation de consulter, il faut que celle-ci ait été explicitement formulée par les parties. Les appelants ne demandent pas l'infirmation de la conclusion ultime de la Cour d'appel, mais plutôt une déclaration sur la portée de l'obligation de consulter. Les intimés, qui sont aussi appelants incidents, sollicitent pour leur part la cassation du jugement de la Cour d'appel. Ils voudraient que soit confirmé le jugement de la Cour suprême du Yukon qui a cassé la décision autorisant la cession de la terre à M. Paulsen. Les intimés soutiennent que l'obligation qu'a la Couronne de les consulter puise sa source à l'extérieur du traité, soit exclusivement dans les valeurs constitutionnelles et les principes de la common law. Pour eux, le traité n'a pas pour objet de définir leurs relations constitutionnelles avec la Couronne et l'obligation constitutionnelle ne sert pas à combler un hiatus dans le traité (m.i., par. 11). Ils soutiennent que l'obligation jurisprudentielle de consultation s'applique parce que la demande de M. Paulsen affecte leurs intérêts. Ils invoquent trois intérêts : un droit d'accès aux fins de récolte non commerciale à la terre faisant l'objet de la demande, leur intérêt dans la gestion

2010 SCC 53 (CanLII)

management, and the reduced value of the trapline of the respondent Johnny Sam.

[96] In my view, the answers to the questions before the Court can be found first in the general principles of Aboriginal law and then in the terms of the treaty. To explain my conclusion, I must review the origin, the nature, the function and the specific purpose of the duty being relied on, after which I will discuss what can be learned from a careful review of the treaty.

I. General Principles

[97] In *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 48-82, this Court identified four principles that underlie the whole of our constitution and of its evolution: (1) constitutionalism and the rule of law; (2) democracy; (3) respect for minority rights; and (4) federalism. These four organizing principles are interwoven in three basic compacts: (1) one between the Crown and individuals with respect to the individual's fundamental rights and freedoms; (2) one between the non-Aboriginal population and Aboriginal peoples with respect to Aboriginal rights and treaties with Aboriginal peoples; and (3) a "federal compact" between the provinces. The compact that is of particular interest in the instant case is the second one, which, as we will see, actually incorporates a fifth principle underlying our Constitution: the honour of the Crown.

[98] The Aboriginal and treaty rights of the Aboriginal peoples of Canada are recognized and affirmed in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The framers of the Constitution also considered it advisable to specify in s. 25 of that same Act that the guarantee of fundamental rights and freedoms to persons and citizens must not be considered to be inherently incompatible with the recognition of special rights for Aboriginal peoples. In other words, the first and second compacts should be interpreted not in a way that brings them into conflict with one another, but rather as being complementary. Finally, s. 35(4) provides that, notwithstanding any other provision of the *Constitution*

des ressources halieutiques et fauniques prévue au traité et la diminution de valeur de la ligne de piégeage que détient l'intimé Johnny Sam.

[96] À mon avis, la réponse aux questions qui sont posées à la Cour se trouve d'abord dans les principes généraux du droit relatif aux Autochtones puis dans les stipulations du traité. Pour expliquer ma conclusion, je dois revenir sur l'origine, la nature, la fonction ainsi que l'objet précis de l'obligation invoquée et sur ce qu'une lecture attentive du traité révèle.

I. Principes généraux

[97] À l'occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 48-82, notre Cour a dégagé quatre principes qui sous-tendent l'ensemble de notre Constitution et de son évolution : (1) le constitutionnalisme et la primauté du droit; (2) la démocratie; (3) le respect des droits des minorités; (4) le fédéralisme. Ces quatre principes structurants s'articulent dans trois pactes fondamentaux : (1) pacte entre l'État et les personnes au sujet des droits et libertés fondamentaux de ces dernières; (2) pacte entre la population allochtone et les peuples autochtones sur le respect des droits ancestraux des seconds et des traités conclus avec eux; (3) « pacte fédératif » entre les provinces. Le pacte qui nous intéresse tout spécialement en l'espèce est le deuxième, dont nous verrons qu'il est, dans les faits, porteur d'un cinquième principe sous-jacent à notre Constitution : l'honneur de la Couronne.

[98] Notre *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 35(1), reconnaît et confirme les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones du Canada. Le constituant a également jugé bon de préciser, à l'art. 25 de cette même loi, que le fait qu'il reconnaisse des droits et libertés fondamentaux aux personnes et citoyens ne devait pas être jugé en soi incompatible avec la reconnaissance de droits spéciaux aux peuples autochtones. Autrement dit, lorsqu'on interprète les premier et deuxième pactes, il ne faut pas le faire de sorte qu'ils entrent en conflit, mais plutôt qu'ils se complètent. Enfin, le par. 35(4) confirme que, nonobstant toute autre disposition de la *Loi constitutionnelle de 1982*,

2010 SCC 53 (CanLII)

Act, 1982, the Aboriginal and treaty rights recognized and affirmed in s. 35(1) "are guaranteed equally to male and female persons". The compact relating to the special rights of Aboriginal peoples is therefore in harmony with the other two basic compacts and with the four organizing principles of our constitutional system.

[99] In the case at bar, all the parties are, in one way or another, bound by the Final Agreement, which settles the comprehensive land claim of the Little Salmon/Carmacks First Nation. Section 35(3) of the *Constitution Act, 1982* provides that "in subsection (1)" the expression "treaty rights" includes "rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired". The appellants' position is based on one such agreement.

[100] The respondents, intending to rely on *Mikisew*, invoke only the Crown's common law duty to consult Aboriginal peoples, and not the agreement, which, as can be seen from the transcript of the hearing (at p. 46), they do not allege has been breached; they submit that the purpose of the agreement in the instant case was not to define the parties' constitutional duties.

[101] Prior consultation was used originally as a criterion to be applied in determining whether an Aboriginal right had been infringed (*Guerin*, at p. 389), and then as one factor in favour of finding that a limit on a constitutional right — whether an Aboriginal or a treaty right — of the Aboriginal peoples in question was justified (*Sparrow*, at p. 1119). The Crown failed to consult Aboriginal peoples at its own risk, so to speak, if it took measures that, should Aboriginal title or an Aboriginal or treaty right be proven to exist, infringed that right.

[102] Then, in *Haida Nation* and *Taku River*, it was asked whether such a duty to consult exists even though the existence of an Aboriginal right has not been fully and definitively established in a court proceeding or the framework for exercising such a right has not been established in a

les droits ancestraux ou issus de traités reconnus et confirmés par le par. 35(1) « sont garantis également aux personnes des deux sexes ». Le pacte relatif aux droits spéciaux des peuples autochtones s'harmonise donc avec les deux autres pactes fondamentaux et avec les quatre principes structurants de notre ordre constitutionnel.

[99] En l'espèce, les parties sont toutes, d'une manière ou d'une autre, liées par l'Entente définitive qui porte règlement de la revendication territoriale globale de la Première nation de Little Salmon/Carmacks. Justement, le par. 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982* précise que les « droits issus de traités », « dont il est fait mention au paragraphe (1) », comprennent « les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis. » Les appelants assoient leur position sur un tel accord.

[100] Entendant bien s'appuyer sur l'arrêt *Mikisew*, les intimés n'invoquent quant à eux que l'obligation jurisprudentielle qu'a la Couronne de consulter les Autochtones et non l'accord, à l'égard duquel ils n'allèguent aucune violation, selon ce que révèle la transcription de l'audience (p. 46), et prétendent, en l'espèce, qu'il n'avait pas pour objet de définir les obligations constitutionnelles des parties.

[101] À l'origine, la consultation préalable a été utilisée comme critère d'évaluation de la violation d'un droit autochtone (*Guerin*, p. 389), puis comme un facteur militant en faveur du caractère justifié de la restriction apportée au droit constitutionnel — ancestral ou issu de traité — des Autochtones concernés (*Sparrow*, p. 1119). Si la Couronne ne consultait pas les Autochtones, c'était pour ainsi dire à ses risques et périls si les mesures qu'elle prenait devait, en cas de preuve de l'existence d'un titre aborigène ou d'un droit ancestral ou issu de traité, se révéler attentatoires à ce droit.

[102] Les affaires *Nation haïda* et *Taku River* ont ensuite posé la question de l'existence d'une telle obligation de consultation, indépendamment de l'établissement complet et définitif d'un droit ancestral au terme d'une instance judiciaire ou d'un processus d'aménagement de ses modalités d'exercice

2010 SCC 53 (CanLII)

2010 SCC 53 (CanLII)

treaty. Had the answer to this question been no, this would have amounted, in particular, to denying that under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, the rights of Aboriginal peoples are protected by the Constitution even if no court has yet declared that those rights exist and no undertaking has yet been given to exercise them only in accordance with a treaty. A negative answer would also have had the effect of increasing the recourse to litigation rather than to negotiation, and the interlocutory injunction would have been left as the only remedy against threats to Aboriginal rights where the framework for exercising those rights has yet to be formally defined. It was just such a scenario that the Court strove to avoid in *Haida Nation* and *Taku River*, as the Chief Justice made clear in her reasons in *Haida Nation* (paras. 14 and 26).

[103] Thus, the constitutional duty to consult Aboriginal peoples involves three objectives: in the short term, to provide "interim" or "interlocutory" protection for the constitutional rights of those peoples; in the medium term, to favour negotiation of the framework for exercising such rights over having that framework defined by the courts; and, in the longer term, to assist in reconciling the interests of Aboriginal peoples with those of other stakeholders. As one author recently noted, the *raison d'être* of the constitutional duty to consult Aboriginal peoples is to some extent, if not primarily, to contribute to attaining the ultimate objective of reconciliation through the negotiation of treaties, and in particular of comprehensive land claims agreements (D. G. Newman, *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples* (2009), at pp. 18 and 41). This objective of reconciliation of course presupposes active participation by Aboriginal peoples in the negotiation of treaties, as opposed to a necessarily more passive role and an antagonistic attitude in the context of constitutional litigation (*Haida Nation*, at para. 14; S. Grammond, *Aménager la coexistence: Les peuples autochtones et le droit canadien* (2003), at p. 247). The duty to consult can be enforced in different ways. However, the courts must ensure that this duty is not distorted and invoked in a way that compromises rather than fostering negotiation.

dans un traité. Une réponse négative à cette question aurait notamment eu pour effet de nier que, en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les droits ancestraux des peuples autochtones bénéficient de la protection de la Constitution, même s'ils n'ont pas encore fait l'objet d'une déclaration judiciaire ou d'un engagement à n'être exercés que conformément aux stipulations d'un traité. Une réponse négative aurait aussi eu pour conséquence d'accroître le recours aux tribunaux plutôt qu'à la négociation et de ne laisser que l'injonction interlocutoire comme seul remède en cas de menace à des droits ancestraux dont les modalités d'exercice n'ont pas encore été formellement définies. C'est un tel scénario qu'a résolument voulu écarter la Cour dans *Nation haïda* et *Taku River*. Ce qui précède se dégage clairement des motifs rédigés par la Juge en chef dans l'affaire *Nation haïda* (par. 14 et 26).

[103] L'obligation constitutionnelle de consulter les Autochtones vise donc trois objectifs : à court terme, assurer la protection « provisoire » ou « interlocutoire » des droits constitutionnels des peuples autochtones; à moyen terme, favoriser la négociation des modalités d'exercice de tels droits plutôt que leur définition par les tribunaux; enfin, à plus long terme, permettre la réconciliation des intérêts respectifs des Autochtones et des autres parties concernées. Comme l'a d'ailleurs récemment souligné un auteur, l'obligation constitutionnelle de consultation des Autochtones a notamment, sinon principalement, pour raison d'être de contribuer à l'objectif ultime de réconciliation par la négociation de traités, en particulier d'accords de règlement de revendications territoriales globales (D. G. Newman, *The Duty to Consult : New Relationships with Aboriginal Peoples* (2009), p. 18 et 41). Cet objectif de réconciliation suppose bien entendu l'exercice, par les Autochtones, d'un rôle actif de nature constituante lors de la négociation de traités plutôt qu'un rôle forcément plus passif et une attitude antagoniste en cas de contentieux constitutionnel (*Nation haïda*, par. 14; S. Grammond, *Aménager la coexistence : Les peuples autochtones et le droit canadien* (2003), p. 247). L'obligation de consultation peut faire l'objet d'une forme ou une autre d'exécution forcée. Les tribunaux doivent toutefois veiller à ce que cette obligation de

That, in my view, would be the outcome if we were to accept the respondents' argument that the treaties, and the Final Agreement in particular, do not purport to define the parties' constitutional duties, including what the Crown party must do to consult the Aboriginal party before exercising its rights under the treaty.

[104] The short-, medium- and long-term objectives of the constitutional duty to consult Aboriginal peoples are all rooted in the same fundamental principle with respect to the rights of Aboriginal peoples, namely the honour of the Crown, which is always at stake in relations between the Crown and Aboriginal peoples (*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 24). Obviously, when these relations involve the special constitutional rights of Aboriginal peoples, the honour of the Crown becomes a source of constitutional duties and rights, such as the Crown's duty to consult Aboriginal peoples with respect to their Aboriginal or treaty rights (*R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 6).

[105] This Court has, over time, substituted the principle of the honour of the Crown for a concept — the fiduciary duty — that, in addition to being limited to certain types of relations that did not always concern the constitutional rights of Aboriginal peoples, had paternalistic overtones (*St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211, at p. 219; *Guerin*; *Sparrow*; *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159, at p. 183; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Haida Nation*; *Taku River Tlingit First Nation*; *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911, at para. 9, *per* McLachlin C.J.; *Mikisew*, at para. 51). Before being raised to the status of a constitutional principle, the honour of the Crown was originally referred to as the "sanctity" of the "word of the white man" (*R. v. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (B.C.C.A.), at p. 649, aff'd (1965), 52 D.L.R. (2d) 481 (S.C.C.); see also *R. v. Sioui*,

consultation ne soit pas dénaturée et invoquée d'une manière qui compromette la négociation au lieu de la favoriser. C'est ce qui se produirait, à mon avis, si on retenait l'argument des intimés selon lequel les traités, et plus particulièrement l'Entente définitive, n'ont pas pour objet de définir les obligations constitutionnelles des parties, y compris les modalités de la consultation de la partie autochtone par la partie étatique avant l'exercice par cette dernière des droits que lui reconnaît le traité.

[104] Les différents objectifs — à court, moyen et long terme — de l'obligation constitutionnelle de consultation des Autochtones procèdent tous d'un même principe fondamental en ce qui concerne les droits des peuples autochtones : l'honneur de la Couronne, qui est toujours en jeu dans les rapports entre l'État et les peuples autochtones (*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 24). De toute évidence, lorsque ces rapports portent sur les droits constitutionnels spéciaux de ces peuples, l'honneur de la Couronne devient alors source d'obligations et de droits constitutionnels, comme c'est le cas pour l'obligation de la Couronne de consulter les Autochtones relativement aux droits ancestraux ou issus de traités de ces derniers (*R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 6).

[105] Dans notre jurisprudence, le principe de l'honneur de la Couronne tend à se substituer à une notion qui possède à la fois une portée se limitant à certains types de rapports n'intéressant pas toujours les droits constitutionnels des Autochtones et des relents de paternalisme, à savoir l'obligation de fiduciaire (*St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King*, [1950] R.C.S. 211, p. 219; *Guerin*; *Sparrow*; *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159, p. 183; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Nation haïda*; *Première nation Tlingit de Taku River*; *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 9, la juge en chef McLachlin; *Mikisew*, par. 51). Avant d'être élevé au rang de principe constitutionnel, l'honneur de la Couronne s'est d'abord entendu du caractère « sacré » de la [TRADUCTION] « parole de l'homme blanc » (*R. c. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (C.A.C.-B.), p. 649, conf. par (1965), 52 D.L.R.

2010 SCC 53 (CanLII)

[1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1041, and *Province of Ontario v. Dominion of Canada* (1895), 25 S.C.R. 434, at pp. 511-12, *per* Gwynne J. (dissenting)). The honour of the Crown thus became a key principle for the interpretation of treaties with Aboriginal peoples (*R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 41; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393, at paras. 24 and 46; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at para. 78, *per* McLachlin J. (as she then was), dissenting, but not on this issue; *Mikisew*, at para. 51).

[106] Associating the honour of the Crown with the observance of duly negotiated treaties implies that some value is placed on the treaty negotiation process. But for the treaty to have legal value, its force must be such that neither of the parties can disregard it. The principle of the honour of the Crown does not exempt the Aboriginal party from honouring its own undertakings. What is in question here is respect for the ability of Aboriginal peoples to participate actively in defining their special constitutional rights, and for their autonomy of judgment.

[107] To allow one party to renege unilaterally on its constitutional undertaking by superimposing further rights and obligations relating to matters already provided for in the treaty could result in a paternalistic legal contempt, compromise the national treaty negotiation process and frustrate the ultimate objective of reconciliation. This is the danger of what seems to me to be an unfortunate attempt to take the constitutional principle of the honour of the Crown hostage together with the principle of the duty to consult Aboriginal peoples that flows from it.

[108] The Crown does indeed act honourably when it negotiates in good faith with an Aboriginal nation to conclude a treaty establishing how that nation is to exercise its special rights in its traditional territory. Adhering to the principle of the honour of the Crown also requires that in the course of negotiations the Crown consult the Aboriginal party, to an extent that can vary, and in some cases find ways to "accommodate" it, before taking steps or making

(2d) 481 (C.S.C.); voir également *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1041, et *Province of Ontario c. Dominion of Canada* (1895), 25 R.C.S. 434, p. 511-512, le juge Gwynne (dissident)). L'honneur de la Couronne est ainsi devenu un principe cardinal d'interprétation des traités conclus avec les Autochtones (*R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 41; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, par. 24 et 46; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 78, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dissidente, mais non sur cette question; *Mikisew*, par. 51).

[106] Associer l'honneur de la Couronne au respect des traités dûment négociés suppose une certaine valorisation du processus de négociation de ces traités. Or, la valeur juridique même du traité dépend de la capacité de celui-ci d'être respecté par les deux parties. Le principe de l'honneur de la Couronne ne dispense pas la partie autochtone de l'obligation d'honorer ses propres engagements. Il en va du respect de la capacité des peuples autochtones de prendre une part active à la définition de leurs droits constitutionnels spéciaux, du respect de leur autonomie de jugement.

[107] Permettre à une partie de revenir unilatéralement sur son engagement constitutionnel en y superposant des droits et obligations additionnels portant sur des matières déjà prévues au traité risque de se traduire par un mépris juridique paternaliste, de compromettre le processus national de négociation de traités et de nuire à la poursuite de l'objectif ultime de réconciliation. Voilà le péril auquel nous expose ce qui me semble être une malheureuse prise en otage du principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne et du principe en découlant, l'obligation de consulter les Autochtones.

[108] La Couronne se montre assurément honorable lorsqu'elle négocie de bonne foi avec une nation autochtone un traité précisant les modalités d'exercice des droits spéciaux de celle-ci sur son territoire traditionnel. Le respect du principe de l'honneur de la Couronne exige aussi que, en cas de négociation, cette dernière consulte avec une intensité variable la partie autochtone et, dans certains cas, trouve le moyen de l'« accommoder » avant de prendre des

2010 SCC 53 (CanLII)

decisions that could infringe special constitutional rights in respect of which the Crown has already agreed to negotiate a framework for exercising them (*Haida Nation*; *Taku River*). Since the honour of the Crown is more a normative legal concept than a description of the Crown's actual conduct, it implies a duty on the part of the Crown to consult Aboriginal peoples not only with respect to the Aboriginal rights to which the negotiations actually relate, but also with respect to any Aboriginal right the potential existence of which the Crown can be found to have constructive knowledge, provided, of course, that what it plans to do might adversely affect such rights (*Haida Nation*, at para. 35). As we have seen, this principle also requires that the Crown keep its word and honour its undertakings after a treaty has been signed.

[109] In concluding a treaty, the Crown does not act dishonourably in agreeing with an Aboriginal community on an elaborate framework involving various forms of consultation with respect to the exercise of that community's rights: consultation in the strict sense, participation in environmental and socio-economic assessments, co-management, etc. Nor, in such cases — which are the norm since the signing of the *James Bay and Northern Québec Agreement* in 1975 — does the Crown act dishonourably in concluding a land claim agreement based on Aboriginal rights if it requires the Aboriginal party to agree that no parallel mechanism relating to a matter covered by the treaty will enable that party to renege on its undertakings. Legal certainty is the primary objective of all parties to a comprehensive land claim agreement.

[110] It has sometimes been asserted, incorrectly in my opinion, that in treaty negotiations, the Crown and Aboriginal parties have deeply divergent points of view respecting this objective of legal certainty, which only the Crown is really interested in pursuing. Excessive weight should not be given to the arguments of the parties to this case, as their

mesures ou décisions susceptibles d'attenter à des droits constitutionnels spéciaux dont elle a justement accepté de négocier les modalités d'exercice (*Nation haïda*; *Taku River*). En réalité, étant davantage un concept juridique normatif qu'un concept descriptif de l'action réelle de la Couronne, l'honneur de la Couronne implique l'obligation pour celle-ci de consulter les Autochtones non seulement au sujet des droits ancestraux effectivement visés par les négociations, mais également au sujet de tout droit ancestral dont la connaissance ou l'existence potentielle peut lui être imputée, pour autant, bien entendu, que les dispositions qu'elle envisage de prendre seraient susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur de tels droits (*Nation haïda*, par. 35). Ce même principe commande aussi, comme nous l'avons vu, que la Couronne tienne parole et respecte ses engagements une fois un traité conclu.

[109] Dans le cadre de la conclusion d'un traité, il n'y a rien de déshonorant pour la Couronne à s'entendre avec une communauté autochtone sur un régime détaillé et multiforme de consultation relative à l'exercice des droits de cette communauté : consultation au sens strict, participation à l'évaluation environnementale et socioéconomique, cogestion, etc. En outre, dans un tel cas — et c'est normalement ce qui se produit depuis la signature de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* en 1975 — lors de la conclusion de tout accord de règlement d'une revendication territoriale fondée sur des droits ancestraux, il n'y a rien non plus de déshonorant de la part de la Couronne à exiger de la partie autochtone qu'aucun régime parallèle relatif à une matière prévue au traité ne permette à celle-ci de revenir sur ses engagements. En effet, la sécurité juridique est l'objectif premier de toutes les parties à un accord portant règlement de revendication territoriale globale.

[110] On a parfois affirmé, à tort selon moi, que, dans la négociation d'un traité, la partie étatique et la partie autochtone divergeaient profondément d'opinions relativement à cet objectif de sécurité juridique, ou « certitude », dont seul l'État aurait à cœur la poursuite. Il ne faut pas accorder un poids démesuré aux thèses avancées par les parties en

2010 SCC 53 (CanLII)

positions have clearly become polarized as a result of the adversarial context of this proceeding.

[111] In fact, according to studies commissioned by the United Nations, (1) lack of precision with respect to their special rights continues to be the most serious problem faced by Aboriginal peoples, and (2) Aboriginal peoples attach capital importance to the conclusion of treaties with the Crown (M. Saint-Hilaire, "La proposition d'entente de principe avec les Innus: vers une nouvelle génération de traités?" (2003), 44 *C. de D.* 395, at pp. 397-98). It is also wrong, in my opinion, to say that Aboriginal peoples' relational understanding of the treaty is incompatible with the pursuit of the objective of legal certainty. On this understanding, that of "treaty making", the primary purpose of these instruments is to establish a relationship that will have to evolve (M. L. Stevenson, "Visions of Certainty: Challenging Assumptions", in Law Commission of Canada, ed., *Speaking Truth to Power: A Treaty Forum* (2001), 113, at p. 121; R. A. Williams, *Linking Arms Together* (1997)). The concept of an agreement that provides certainty is not synonymous with that of a "final agreement", or even with that of an "entire agreement". Legal certainty cannot be attained if one of the parties to a treaty can unilaterally renege on its undertakings with respect to a matter provided for in the treaty where there is no provision for its doing so in the treaty. This does not rule out the possibility of there being matters not covered by a treaty with respect to which the Aboriginal party has not surrendered possible Aboriginal rights. Nor does legal certainty imply that an equitable review mechanism cannot be provided for in a treaty.

[112] Thus, it should be obvious that the best way for a court to contribute to ensuring that a treaty fosters, in the words of Binnie J., "a positive long-term relationship between Aboriginal and non-Aboriginal communities" (at para. 10) consists first and foremost in ensuring that the parties cannot unilaterally renege on their undertakings. And once legal certainty has been pursued as a common objective at the negotiation stage, it

l'espèce, qui ont arrêté des positions sans nul doute polarisées par le contexte contradictoire de la présente instance.

[111] En effet, des travaux commandés par l'Organisation des Nations Unies ont révélé que (1) le déficit de précision de leurs droits spéciaux demeurait le problème le plus important pour les peuples autochtones, en même temps que (2) l'importance capitale que revêt aux yeux de ces peuples la conclusion de traités avec les États (M. Saint-Hilaire, « La proposition d'entente de principe avec les Innus : vers une nouvelle génération de traités? » (2003), 44 *C. de D.* 395, p. 397-398). On fait également fausse route, à mon avis, lorsqu'on affirme que la conception relationnelle que se font les Autochtones des traités est incompatible avec la poursuite d'un objectif de sécurité juridique. Suivant cette conception de la [TRADUCTION] « négociation de traités » (« *treaty making* »), ces instruments viseraient principalement à établir une relation qui serait appelée à évoluer (M. L. Stevenson, « Visions de certitude : question d'hypothèses », dans Commission du droit du Canada, dir., *Parlons franchement à propos des traités* (2001), 123, p. 132; R. A. Williams, *Linking Arms Together* (1997)). Or, la notion d'« accord sûr » ne coïncide pas avec celle d'« accord définitif », ni même avec celle d'« accord complet ». Il ne saurait y avoir de sécurité juridique si une des parties à un traité pouvait — unilatéralement et sans que cela ne soit prévu au traité — revenir sur ses engagements à l'égard d'une matière prévue à ce traité. Cela ne veut pas dire qu'il ne peut pas exister de matières dont les parties n'auront pas traité et à l'égard desquelles la partie autochtone pourra ne pas avoir renoncé à d'éventuels droits ancestraux. La sécurité juridique n'exclut pas non plus la possibilité de prévoir, dans un traité, un mécanisme équitable de réexamen.

[112] En ce sens, il devrait être évident que la meilleure façon pour les tribunaux de contribuer à ce qu'un traité favorise, comme le souhaite le juge Binnie, « une relation à long terme harmonieuse entre les collectivités autochtones et non autochtones » (par. 10), consiste d'abord et avant tout à s'assurer que les parties ne puissent revenir unilatéralement sur leurs engagements. Et il se trouve que, en aval de sa poursuite en tant qu'objectif partagé à

2010 SCC 53 (CanLII)

cannot become a one-way proposition at the stage of implementation of the treaty. On the contrary, certainty with respect to one party's rights implies that the party in question must discharge its obligations and respect the other party's rights. Having laboured so hard, in their common interest, to substitute a well-defined legal system for an uncertain normative system, both the Aboriginal party and the Crown party have an interest in seeing their efforts bear fruit.

[113] Except where actions are taken that are likely to unilaterally infringe treaty rights of an Aboriginal people, it is counterproductive to assert, as the respondents do, that the common law duty to consult continues to apply in all cases, even where a treaty exists. However, the appellants' argument goes much too far. As I explain more fully below, the fact that a treaty has been signed and that it is the entire agreement on some aspects of the relationship between an Aboriginal people and the non-Aboriginal population does not imply that it is a complete code that covers every aspect of that relationship. It is in fact because the agreement in issue does provide that the Aboriginal party has a right to various forms of consultation with respect to the rights the Crown wishes to exercise in this case that rights and obligations foreign to the mechanism provided for in the treaty must not be superimposed on it, and not simply, as the appellants submit, because this is a "modern" treaty constituting a land claims agreement.

[114] It is true that s. 35(3) of the *Constitution Act, 1982* recognizes the existence of a category of treaties, called "land claims agreements", which, in constitutional law, create "treaty" rights within the meaning of s. 35(1). Thus, although the courts will certainly take the context of the negotiation of each treaty into consideration, they will avoid, for example, developing rules specific to each category of treaty identified in the legal literature or by the government (e.g., "peace and friendship" treaties, "pre-Confederation" treaties, "numbered" treaties and "modern" treaties).

l'étape de la négociation, la sécurité juridique ne saurait, à l'étape de la mise en œuvre d'un traité, opérer à sens unique. Au contraire, la sécurité des droits d'une partie implique nécessairement que celle-ci s'acquitte de ses obligations et respecte les droits de l'autre partie. S'étant toutes deux échinées, dans leur intérêt commun, à substituer un système juridique précis à un régime normatif incertain, la partie autochtone et la partie étatique ont toutes deux intérêt à ce que leur œuvre produise ses effets.

[113] Sauf en ce qui concerne la prise de mesures susceptibles d'enfreindre unilatéralement des droits reconnus par traité à un peuple autochtone, il est contre-productif d'affirmer, comme le font les intimés, que l'obligation de consultation de régime jurisprudentiel demeure toujours applicable, même en présence d'un traité. Cela dit, la thèse des appelants va beaucoup trop loin. Comme je l'explique plus amplement ci-dessous, le fait qu'un traité ait été signé et qu'il s'agisse de l'entente complète sur certains aspects de la relation des Autochtones avec les non-Autochtones ne signifie pas qu'il s'agit d'un code complet couvrant tous les aspects de cette relation. En l'espèce, c'est justement parce que l'accord en cause traite bel et bien des différentes formes de consultation auxquelles a droit la partie autochtone concernant les droits que la Couronne veut exercer qu'il faut se garder de superposer à ce régime des droits et obligations qui lui sont étrangers, et non pas simplement, comme le prétendent les appelants, parce qu'il s'agit d'un traité « moderne » constituant un accord portant règlement de revendications territoriales.

[114] Il est vrai que le par. 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît l'existence d'une catégorie de traités, appelés « accords sur des revendications territoriales », dont la loi constitutionnelle confirme qu'ils créent des droits « issus de traités » visés au par. 35(1). Cela dit, les tribunaux prendront certes acte du contexte des négociations de chaque traité, mais ils éviteront, par exemple, de dégager des règles particulières pour chaque catégorie de traités reconnue par la doctrine ou l'administration publique (p. ex. traités « de paix et d'amitié », traités « préconfédératifs », traités « numérotés », traités « modernes »).

2010 SCC 53 (CanLII)

[115] In *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557, LeBel J. and I rejected the date of signature as the criterion for determining the rules of interpretation applicable to treaties entered into with Aboriginal peoples: ". . . the issue relates to the context in which an agreement was negotiated and signed, not to the date of its signature" (para. 114). We arrived at that conclusion because we did not believe that distinct legal meanings flowed from the identification in the legal literature and by the government of various categories of treaties on the basis of the historical periods in which the treaties were signed. This approach was also taken by McLachlin J., dissenting on a different issue, in *Marshall*, as she said that "each treaty must be considered in its unique historical and cultural context", which "suggests" that the practice of "slot[ting] treaties into different categories, each with its own rules of interpretation . . . should be avoided" (para. 80).

[116] If, in a given case, a court feels freer to maintain a certain critical distance from the words of a treaty and can as a result interpret them in a manner favourable to the Aboriginal party, this will be because it has been established on the evidence, including historical and oral evidence, that the written version of the exchange of promises probably does not constitute an accurate record of all the rights of the Aboriginal party and all the duties of the Crown that were created in that exchange. It is true that, where certain time periods are concerned, the context in which the agreements were reached will more readily suggest that the words are not faithful. But this is a question that relates more to the facts than to the applicable law, which is, in the final analysis, concerned with the common intention of the parties. From a legal standpoint, a comprehensive land claim agreement is still a treaty, and nothing, not even the fact that the treaty belongs to a given "category", exempts the court from reading and interpreting the treaty in light of the context in which it was concluded in order to identify the parties' common intention. This Court has had occasion to mention that, even where the oldest of treaties are involved, the interpretation "must be realistic and reflect the intention

[115] Dans *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557, le juge LeBel et moi avons rejeté la date de conclusion comme critère déterminant les règles d'interprétation des traités conclus avec les Autochtones : « . . . le choix de la méthode d'interprétation se rattache au contexte de la négociation et de la signature d'un accord, et non à la date à laquelle il a été signé » (par. 114). Cette conclusion procédait d'un refus de reconnaître une signification juridique autonome ou immédiate aux diverses catégories de traités que la doctrine et l'administration publique ont établies sur la base d'un découpage historique. Cette approche a aussi été défendue par la juge McLachlin, dissidente sur une autre question, qui a affirmé, dans l'arrêt *Marshall*, que « chaque traité doit être examiné à la lumière de son contexte historique et culturel particulier », principe qui « tend à indiquer » que la pratique consistant à « classer les traités en diverses catégories, dont chacune aurait ses propres règles d'interprétation [. . .] devrait être évitée » (par. 80).

[116] Dans les cas où les tribunaux se sentiront davantage libres de prendre une certaine distance critique par rapport au texte d'un traité et pourront, de ce fait, l'interpréter d'une manière favorable à la partie autochtone, ce sera parce que la preuve, y compris la preuve historique et orale, aura établi qu'il est probable que la version écrite de l'échange de promesses ne consigne pas fidèlement tous les droits de la partie autochtone et toutes les obligations de la Couronne qu'a créés cet échange. Il est vrai que, pour certaines époques, le contexte de conclusion des accords suggérera plus facilement l'existence d'une telle infidélité du texte. Mais cela ressortit davantage aux faits qu'au droit applicable, lequel s'attache en dernière analyse à l'intention commune des parties. Du point de vue juridique, les accords de règlement de revendications territoriales globales demeurent des traités. Et rien, pas même l'appartenance du traité à une « catégorie » donnée, ne dispense de lire et d'interpréter ce traité à la lumière du contexte de sa conclusion afin de dégager l'intention commune des parties. La Cour a d'ailleurs eu l'occasion de rappeler que, même lorsqu'il s'agit de traités plus anciens, l'interprétation « doit être réaliste et refléter l'intention des deux parties et non seulement celle [de la première

2010 SCC 53 (CanLII)

of both parties, not just that of the [First Nation]" (*Sioui*, at p. 1069). I would even say that it would be wrong to think that the negotiating power of Aboriginal peoples is directly related to the time period in which the treaty was concluded, as certain Aboriginal nations were very powerful in the early years of colonization, and the European newcomers had no choice but to enter into alliances with them.

[117] My finding with regard to the interpretation of treaties is equally applicable to the relationship between treaties and the law external to them or, in other words, to the application to treaties of the rules relating to conflicting legislation: the mere fact that a treaty belongs to one "category" or another cannot mean that a different set of rules applies to it in this regard. The appellants' invitation must therefore be declined: even when the treaty in issue is a land claims agreement, the Court must first identify the common intention of the parties and then decide whether the common law constitutional duty to consult applies to the Aboriginal party.

[118] Thus, the basis for distinguishing this case from *Mikisew* is not the mere fact that the treaty in issue belongs to the category of modern land claims agreements. As Binnie J. mentions in the case at bar (at para. 53), the treaty in issue in *Mikisew* was silent on how the Crown was to exercise its right under the treaty to require or take up tracts "from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes". This constituted an omission, as, without guidance, the exercise of such a right by the Crown might have the effect of nullifying the right of the Mikisew under the same treaty "to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing". Therefore, where there is a treaty, the common law duty to consult will apply only if the parties to the treaty have failed to address the issue of consultation.

nation] » (*Sioui*, p. 1069). Je dirais même qu'il serait erroné de penser que le pouvoir de négociation des Autochtones est directement fonction de l'époque du traité, car certaines nations autochtones étaient très puissantes au début de la colonisation et les arrivants européens ne pouvaient se passer d'alliances avec elles.

[117] Ma conclusion au sujet de l'interprétation des traités vaut tout autant en ce qui concerne la relation entre ceux-ci et le droit qui leur est extérieur, autrement dit, au sujet de l'application aux traités des règles relatives aux conflits de lois : le simple fait qu'un traité appartienne à l'une ou l'autre des « catégories » ne saurait assujettir celui-ci à un régime distinct à cet égard. L'invitation des appelants doit donc être déclinée : même lorsque le traité en cause est un accord portant règlement de revendications territoriales, la Cour doit d'abord dégager l'intention commune des parties; elle se prononcera ensuite sur l'application, à la partie autochtone, du régime jurisprudentiel relatif à l'obligation constitutionnelle de consultation.

[118] C'est donc sur une autre base que la simple appartenance du traité en cause à la catégorie des accords modernes de règlement de revendications territoriales que la présente affaire se distingue de l'affaire *Mikisew*. Comme le rappelle en l'espèce le juge Binnie (par. 53), le traité en cause dans *Mikisew* était silencieux sur les modalités d'exercice du droit reconnu à la Couronne de requérir ou prendre des terrains « de temps à autre [. . .] pour des fins d'établissements, de mine, d'opérations forestières, de commerce ou autres objets ». Il s'agissait là d'une omission, car, en l'absence de balises, l'exercice d'un tel droit par la Couronne risquait de rendre inopérant le droit des Mikisew « de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche » que le même traité leur reconnaissait par ailleurs. Par conséquent, en présence d'un traité, l'obligation jurisprudentielle de consultation ne s'appliquera qu'en cas d'omission des parties au traité d'avoir prévu cette matière.

2010 SCC 53 (CanLII)

[119] Moreover, where, as in *Mikisew*, the common law duty to consult must be discharged to remedy a gap in the treaty, the duty undergoes a transformation. Where there is a treaty, the function of the common law duty to consult is so different from that of the duty to consult in issue in *Haida Nation* and *Taku River* that it would be misleading to consider these two duties to be one and the same. It is true that both of them are constitutional duties based on the principle of the honour of the Crown that applies to relations between the Crown and Aboriginal peoples whose constitutional — Aboriginal or treaty — rights are at stake. However, it is important to make a clear distinction between, on the one hand, the Crown's duty to consult before taking actions or making decisions that might infringe Aboriginal rights and, on the other hand, the minimum duty to consult the Aboriginal party that necessarily applies to the Crown with regard to its exercise of rights granted to it by the Aboriginal party in a treaty. This, in my opinion, is the exact and real meaning of the comment in *Mikisew* that the "honour of the Crown exists as a source of obligation independently of treaties as well" (para. 51). This is also the exact meaning of the comment in *Haida Nation* that the "jurisprudence of this Court supports the view that the duty to consult and accommodate is part of a process of fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty and continues beyond formal claims resolution" (para. 32).

[120] Where the Crown unilaterally limits a right granted to an Aboriginal people in a treaty in taking an action that does not amount to an exercise of one of its own rights under that treaty, the infringement is necessarily a serious one, and the Crown's duty is one of reasonable accommodation. This principle is very similar to that of minimal impairment, with respect to which a duty to consult was held to exist in *Sparrow*.

[119] Par ailleurs, lorsque, comme dans l'affaire *Mikisew*, l'obligation de consultation de régime jurisprudentiel doit être mobilisée afin de combler une lacune du traité, cette obligation connaît alors un phénomène de différenciation. En effet, en présence d'un traité, l'obligation jurisprudentielle de consultation remplit une fonction bien distincte de celle de l'obligation de consultation en cause dans les affaires *Nation haïda* et *Taku River*, si bien qu'il serait trompeur d'assimiler ces deux obligations. Certes, il s'agit dans les deux cas d'une obligation constitutionnelle, fondée sur le principe de l'honneur de la Couronne qui doit présider aux relations entre celle-ci et les peuples autochtones lorsque les droits constitutionnels — ancestraux ou issus de traités — des seconds sont en jeu. Cependant, il est important de bien distinguer, d'une part, l'obligation de consultation qui s'impose à la Couronne préalablement à la prise de mesures ou dispositions qui risquent d'enfreindre les droits ancestraux d'un peuple autochtone et, d'autre part, l'obligation minimale en matière de consultation de la partie autochtone qui s'applique impérativement à la Couronne relativement à l'exercice par celle-ci des droits que la première lui a reconnus par traité. Voilà, à mon avis, la signification précise et véritable du passage suivant de l'arrêt *Mikisew*, selon lequel l'« honneur de la Couronne existe également en tant que source d'obligation indépendante des traités » (par. 51). C'est dans ce sens précis que doit être également compris le passage suivant de l'arrêt *Nation haïda* selon lequel la « jurisprudence de la Cour étaye le point de vue selon lequel l'obligation de consulter et d'accommoder fait partie intégrante du processus de négociation honorable et de conciliation qui débute au moment de l'affirmation de la souveraineté et se poursuit au-delà du règlement formel des revendications » (par. 32).

[120] Lorsque, autrement que dans l'exercice d'un droit découlant d'un traité, la Couronne restreint unilatéralement un droit conféré par ce traité à un peuple autochtone, une telle atteinte est forcément grave et l'obligation qu'a alors la Couronne consiste à prendre des mesures d'accommodement raisonnable. Et cette norme rejoint d'ailleurs celle de l'atteinte minimale, contexte dans lequel l'arrêt *Sparrow* a reconnu l'obligation de consulter.

2010 SCC 53 (CanLII)

[121] The consultation that must take place if the Crown's exercise of its own rights under a treaty impairs a right of the Aboriginal party will consist in either: (1) the measures provided for in the treaty in this regard; or (2) if no such measures are provided for in the treaty, the consultation required under the common law framework, which varies with the circumstances, and in particular with the seriousness of any potential effects on the Aboriginal party's rights under the treaty (*Haida Nation*, at para. 39; *Mikisew*).

[122] One thing must be made clear at this point, however. Where a treaty provides for a mechanism for consulting the Aboriginal party when the Crown exercises its rights under the treaty — one example would be the participation of the Aboriginal party in environmental and socio-economic assessments with respect to development projects — what the treaty does is to override the common law duty to consult the Aboriginal people; it does not affect the general administrative law principle of procedural fairness, which may give rise to a duty to consult rights holders individually. The constitutional duty to consult Aboriginal peoples is rooted in the principle of the honour of the Crown, which concerns the special relationship between the Crown and Aboriginal peoples as peoples (*Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at paras. 59-60). It is as a result of this special relationship, originally based on the recognition of Aboriginal institutions that existed before the Crown asserted its sovereignty, that Aboriginal peoples, as peoples, can enter into treaties with the Crown. The general rules of administrative law do not normally form part of the matters provided for in comprehensive land claims agreements.

[123] When all is said and done, the fatal flaw in the appellants' argument that the duty to consult can never apply in the case of a modern treaty is that they confuse the concept of an agreement that provides certainty with that of an "entire agreement". The imperative of legal certainty that is central to the negotiation of a modern treaty and

[121] La consultation requise en vue de l'exercice de droits reconnus à la Couronne par un traité, lorsqu'il y a atteinte à un droit des Autochtones, comportera : (1) soit les mesures prévues par le traité à cet égard; (2) soit, à défaut de telles mesures dans le traité, au degré de consultation que le régime jurisprudentiel établit et qui est fonction des circonstances, notamment la gravité des effets potentiels sur les droits que le traité reconnaît à la partie autochtone (*Nation haïda*, par. 39; *Mikisew*).

[122] Une précision importante doit toutefois être apportée ici. Lorsqu'un traité établit des mesures de consultation de la partie autochtone en vue de l'exercice par la partie étatique des droits que lui reconnaît ce traité, par exemple la participation de la partie autochtone concernée à l'évaluation environnementale et socioéconomique des projets de développement, ce que le traité a pour effet d'écarter dans un tel cas est bien l'obligation jurisprudentielle de consultation du peuple autochtone, non pas toute obligation de consulter individuellement le titulaire d'un droit pouvant découler du principe général du droit administratif qu'est l'équité procédurale. L'obligation constitutionnelle de consultation des Autochtones procède du principe de l'honneur de la Couronne, lequel concerne la relation toute particulière qu'entretiennent avec l'État les Autochtones en tant que peuples (*Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 59-60). C'est d'ailleurs cette relation particulière, fondée à l'origine sur la reconnaissance d'ordres autochtones préexistants à l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté, qui explique que, en tant que peuples, les Autochtones peuvent conclure des traités avec l'État. Les règles générales du droit administratif ne font normalement pas partie des matières prévues dans les accords de règlement de revendications territoriales globales.

[123] Au fond, l'erreur qui vicie la thèse des appelants selon laquelle tout traité moderne écarte, de par sa nature, l'obligation jurisprudentielle de consultation est qu'ils confondent la notion d'« accord sûr » et celle d'« accord complet ». L'impératif de sécurité juridique qui est à la base de la négociation d'un traité moderne et qui appelle au respect de la volonté

2010 SCC 53 (CanLII)

that requires a court to defer to the will of the parties must not blind the courts to omissions by the parties. That an agreement is complete cannot be presumed; it must be found to be complete.

[124] The Court obviously cannot bind itself in future cases by assuming that every modern treaty is free of omissions or other gaps with respect to consultation. The possibility of so important a matter being omitted from a modern treaty may at first blush seem unlikely, but as can be seen from the instant case, it is very real. Were it not for the transitional law provisions in Chapter 12, there would probably have been a gap in this case and, on an exceptional basis, in the legal context of the modern treaty, the common law duty to consult could duly have been applied to fill that gap. But no such gap can be found in this case. Yet it is in fact just such a "procedural gap" that Binnie J. finds (at para. 38) to be confirmed here, but he reaches this conclusion without considering the treaty's transitional law provisions, which, in my view, contain the answers to the questions raised in this case. I disagree with the argument that such a procedural gap exists in this case, and I also disagree with superimposing the common law duty to consult on the treaty. These, therefore, are the basic differences between us.

[125] Yukon also submits that the existence of a duty to consult may be inferred from a treaty only in accordance with its express terms. Once again, this is an argument that goes too far and is in no way consistent with the general principles of interpretation of treaties with Aboriginal peoples, even when those principles are applied to modern treaties. As we will see, the treaty itself contains interpretive provisions to the effect that an interpretation should not be limited to the express terms of the treaty, and in particular that its provisions must be read together and that any ambiguities should be resolved in light of the objectives set out at the beginning of each chapter.

des parties ne saurait rendre les tribunaux aveugles aux omissions de ces dernières. La complétude d'un accord ne se présume pas, elle se constate.

[124] La Cour ne peut évidemment pas se lier pour l'avenir et tenir pour acquis que tout traité moderne ne comporte aucune omission ou autre lacune en matière de consultation. La possibilité que, dans un traité moderne, on ait pu omettre une matière aussi importante peut sembler à première vue étonnante, mais nous verrons que la présente affaire démontre qu'une telle éventualité est pourtant bien réelle. En effet, si ce n'était des dispositions de droit provisoire que contient le chapitre 12, il y aurait probablement eu lacune en l'espèce et, à titre exceptionnel dans l'univers juridique des traités modernes au point de vue empirique, l'obligation jurisprudentielle de consultation aurait pu dûment s'appliquer pour combler cette lacune. Mais aucune lacune de ce genre ne peut être constatée dans la présente affaire. Il se trouve que c'est précisément une telle « lacune procédurale » (« *procedural gap* », par. 38) que le juge Binnie affirme être confirmée en l'espèce, et ce, sans se pencher sur le droit provisoire prévu au traité, dispositions qui, selon moi, apportent la réponse aux questions posées par les pourvois. Rejetant la thèse de l'existence, en l'espèce, d'un tel hiatus procédural, je ne souscris pas davantage à la surimposition au traité du régime jurisprudentiel de l'obligation de consultation. Voilà donc ce qui nous sépare pour l'essentiel.

[125] Dans son appel, le Yukon prétend en outre que l'existence d'une obligation de consultation ne pourra être inférée d'un traité que suivant les stipulations expresses de celui-ci. Une fois de plus, il s'agit d'un argument qui va trop loin et ne correspond d'aucune manière aux principes généraux d'interprétation des traités avec les peuples autochtones, même lorsque ces principes sont appliqués aux traités modernes. Comme nous le verrons, le traité lui-même contient des dispositions interprétatives qui précisent qu'il ne faut pas s'en tenir aux stipulations expresses, et notamment qu'il faut lire ses dispositions en corrélation et, au besoin, résoudre les ambiguïtés à la lumière des objectifs énoncés au début de chaque chapitre.

2010 SCC 53 (CanLII)

[126] These general considerations alone would form a sufficient basis for dismissing the appeal. But the provisions of the Final Agreement also confirm this conclusion, and they must, in any event, be reviewed in order to assess the respondents' argument.

II. Treaty in Issue

[127] The analysis of the treaty that must be conducted in this case has three steps. To begin, it will be necessary to review the general framework of the treaty and highlight its key concepts. The next step will be to identify the substantive treaty rights that are in issue here, namely, on the one hand, the Crown's right the exercise of which raises the issue of consultation and, on the other hand, the right or rights of the Aboriginal party, which could be limited by the exercise of the Crown's right. Finally, and this is the determining factor, it will be necessary to discuss the formal rights and duties that result from the consultation process provided for in the treaty.

A. *General Framework*

[128] "Comprehensive" Aboriginal land claims agreements form part of the corpus of our constitutional law. And the effect of the implementing legislation of such agreements is that they are usually binding on third parties. The agreements are most often the fruit of many years of intense negotiations. The documents in which they are set out therefore command the utmost respect.

[129] This Court was recently asked to interpret the *James Bay and Northern Québec Agreement* for the first time, some 35 years after it was signed in 1975. Since that year, 19 other similar agreements have been concluded across the country. Subsequently, to take the most striking example, although only one comprehensive claim in British Columbia has resulted in a final settlement and only seven others in that province are currently at relatively advanced stages of negotiation, no fewer than 52 other claims there have been accepted for negotiation by the Treaty Commission.

[126] Il serait possible, sur la seule base des considérations d'ordre général qui précèdent, de rejeter l'appel principal. Cependant, les dispositions de l'Entente définitive confirment elles aussi cette conclusion. Leur examen est d'ailleurs nécessaire pour évaluer la thèse des intimés.

II. Traité en cause

[127] L'analyse du traité que requiert la présente affaire comporte trois volets. Il faudra d'abord en discerner le régime général et en dégager les notions clés. Il s'agira ensuite de déterminer les droits matériels issus de traités qui sont ici en jeu, c'est-à-dire, d'une part, le droit de la partie étatique dont l'exercice soulève la question de la consultation et, d'autre part, le droit ou les droits de la partie autochtone qui, du fait de cet exercice risque de se retrouver limités par celui du droit de la Couronne. Enfin, élément déterminant, il sera question des droits et obligations formels qui résultent du processus de consultation prévu au traité.

A. *Régime général*

[128] Les accords portant règlement de revendications territoriales autochtones dites « globales » font partie de notre corpus constitutionnel. Qui plus est, par l'effet de leur loi de mise en œuvre, ces accords lient normalement les tiers. Ils sont d'habitude le fruit de nombreuses années d'intenses négociations. Les documents qui les consignent commandent donc le plus grand respect.

[129] Notre Cour a récemment été appelée à interpréter pour la première fois la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, quelque 35 ans après sa signature en 1975. Or, depuis cette date, c'est 19 autres accords du genre qui ont été conclus à travers le pays. Ensuite, et pour prendre l'exemple le plus fort, si à ce jour une seule revendication globale a fait l'objet d'un accord de règlement définitif en Colombie-Britannique et si sept autres seulement y sont à un stade plus ou moins avancé de négociation, en revanche pas moins de 52 autres revendications y ont été acceptées pour négociation par la Commission des traités.

2010 SCC 53 (CanLII)

[130] It was after 20 years of negotiations that the Umbrella Final Agreement between the Government of Canada, the Council for Yukon Indians and the Government of the Yukon ("Umbrella Agreement") was signed on May 29, 1993. At that time, the Little Salmon/Carmacks First Nation was a member of the Council for Yukon Indians, and it still is today, along with nine other First Nations. The Umbrella Agreement provided for the conclusion, in accordance with its terms, of specific agreements with the various Yukon First Nations (s. 2.1.1).

[131] Although the Umbrella Agreement "does not create or affect any legal rights" (s. 2.1.2), it provides that "Settlement Agreements shall be land claims agreements within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982*" (s. 2.2.1). Moreover, according to the Umbrella Agreement, "[a] Yukon First Nation Final Agreement shall include the provisions of the Umbrella Final Agreement and the specific provisions applicable to that Yukon First Nation" (s. 2.1.3). It can be seen from the final agreements in question that the parties have given effect to this undertaking. Even the numbering of the Umbrella Agreement's provisions has been reproduced in the 11 final agreements that have been concluded under it so far. These 11 final agreements represent over half of all the "comprehensive" land claims agreements (that is, agreements resulting from claims that Aboriginal rights exist) signed across the country. The Final Agreement in issue here was signed near Carmacks on July 21, 1997 and was subsequently ratified and implemented by enacting legislation; this last step was a condition of validity (ss. 2.2.11 and 2.2.12).

[132] The Umbrella Agreement, as a whole, is founded on a few basic concepts. It should be noted from the outset that this agreement applies to a larger territory than the land claims settlement concluded under it actually does. The agreement refers to "Settlement Land", which is defined as "Category A Settlement Land, Category B Settlement Land or Fee Simple Settlement Land", and to "Non-Settlement Land", which is defined as "all land and water in the Yukon other than

[130] C'est au terme d'une vingtaine d'années de négociations que, le 29 mai 1993, était signé l'Accord-cadre définitif entre le gouvernement du Canada, le Conseil des Indiens du Yukon et le gouvernement du Yukon (« Accord-cadre »). La Première nation de Little Salmon/Carmacks était alors membre du Conseil des Indiens du Yukon. Elle l'est toujours, avec neuf autres premières nations. L'Accord-cadre prévoyait la conclusion, suivant ses stipulations, d'ententes particulières avec les diverses premières nations du Yukon (art. 2.1.1).

[131] Tandis que l'Accord-cadre « n'a pas pour effet de créer des droits légaux ou de porter atteinte à de tels droits » (art. 2.1.2), en revanche « [l]es ententes portant règlement constituent des accords sur des revendications territoriales au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* » (art. 2.2.1). De plus, l'Accord-cadre précise que « [t]oute entente définitive conclue par une première nation du Yukon doit inclure les dispositions de l'Accord-cadre définitif ainsi que les dispositions spécifiques applicables à cette première nation du Yukon » (art. 2.1.3). La lecture des ententes définitives en question révèle que cet engagement a été tenu par les parties. On a même repris, dans les 11 ententes définitives conclues jusqu'à maintenant conformément à l'Accord-cadre, la numérotation des dispositions de cet accord. Ces 11 ententes représentent ainsi plus de la moitié de la totalité des accords de règlement de revendications territoriales « globales » (c'est-à-dire fondée sur l'allégation de droits ancestraux) conclus au pays. L'Entente définitive qui nous intéresse a été signée près de Carmacks, le 21 juillet 1997, et ultérieurement ratifiée et mise en œuvre par des lois, dernière étape qui constituait une condition de validité (art. 2.2.11 et 2.2.12).

[132] Certaines notions structurent l'ensemble de l'Accord-cadre. Soulignons d'entrée de jeu que celui-ci vise un territoire plus grand que ne le fait, comme tel, le règlement des revendications dont il est porteur. En effet, il y est question, outre d'une « terre visée par le règlement » ou « terre visée par un règlement » (« *Settlement Land* ») coïncidant avec, « [s]elon le cas, les terres visées par le règlement de catégorie A, les terres visées par le règlement de catégorie B ou les terres visées par le règlement

2010 SCC 53 (CanLII)

Settlement Land" and as including "Mines and Minerals in Category B Settlement Land and Fee Simple Settlement Land, other than Specified Substances" (Chapter 1). The nature of this distinction will be helpful in our analysis of the provisions relating to legal certainty (Division 2.5.0). But one point that should be made here is that the framework provided for in the agreement varies considerably depending on which of these two broad categories the land in question belongs to. It should also be pointed out that, under the agreement, "Crown land" — such as the land in issue here that was transferred to Mr. Paulsen on October 18, 2004 — is land that, as defined, is not settlement land. Another concept used in the Umbrella Agreement is that of "traditional territory", which transcends the distinction between settlement land and non-settlement land (Chapter 1 and Division 2.9.0). This concept of "traditional territory" is relevant not only to the possibility of overlapping claims of various Yukon First Nations, but also to the extension of claims beyond the limits of Yukon and to the negotiation of transboundary agreements (Division 2.9.0). As we will see, it is also central to the fish and wildlife co-management system established in Chapter 16 of the Final Agreement. The land that was in question in the decision of the Director of Agriculture dated October 18, 2004 in respect of Mr. Paulsen's application is located within the traditional territory of the Little Salmon/Carmacks First Nation, and more specifically in the northern part of that territory, in a portion that overlaps with the traditional territory of the Selkirk First Nation.

[133] The appellants' argument is based entirely on the principle that the agreement provides certainty. More precisely, it is based on an interpretation according to which that principle is indistinguishable from the principle of the "entire agreement". As a result, they have detached a key general provision of the Final Agreement from its context and

détenues en fief simple », d'une « terre non visée par un règlement » ou « terre non visée par le règlement » (« *Non-Settlement Land* »), expression qui s'entend ici « de terres et d'eaux du Yukon qui ne sont pas des terres visées par un règlement » ainsi que des « mines et [des] minéraux — à l'exclusion des matières spécifiées — des terres visées par le règlement de catégorie B et des terres visées par le règlement détenues en fief simple » (chapitre 1). La nature de cette distinction sera utile lorsque nous examinerons les dispositions relatives à la sécurité juridique ou certitude (section 2.5.0). Mais signalons déjà que le régime prévu par l'accord varie considérablement selon qu'il est question de terres relevant de l'une ou l'autre de ces deux grandes catégories. Il convient aussi de souligner que, aux termes de l'accord, une « terre de la Couronne » — telle celle dont la cession à M. Paulsen le 18 octobre 2004 est ici en cause — est une terre qui, par définition, n'est pas une terre visée par le règlement. L'Accord-cadre utilise aussi la notion de « territoire traditionnel » qui dépasse l'opposition entre les terres visées par le règlement de la revendication et celles qui ne le sont pas (chapitre 1 et section 2.9.0). Cette notion de « territoire traditionnel » n'intéresse pas seulement la question du possible chevauchement des revendications de différentes premières nations du Yukon, mais aussi de leur débordement au-delà des limites du Yukon et de la négociation d'accords transfrontaliers (section 2.9.0). Comme nous le verrons, cette notion est également au cœur du régime de cogestion des ressources halieutiques et fauniques instauré par le chapitre 16 de l'entente définitive. La terre qui, le 18 octobre 2004, faisait l'objet de la décision du directeur de l'agriculture relativement à la demande de M. Paulsen se situe à l'intérieur du territoire traditionnel de la Première nation de Little Salmon/Carmacks, plus précisément dans sa partie nord, sur une portion qui chevauche le territoire traditionnel de la Première nation de Selkirk.

[133] La thèse des appelants repose entièrement sur le principe de l'« accord sûr ». Plus exactement, elle repose sur une interprétation imperméable à ce qui le distingue de celui d'« accord complet ». C'est ce qui explique comment ils en arrivent à détacher de son contexte une disposition générale fort importante de l'entente définitive pour en donner

2010 SCC 53 (CanLII)

interpreted it in a way that I do not find convincing. The "entire agreement" clause (s. 2.2.15), the actual source of which is the Umbrella Agreement and on which the appellants rely, provides that "Settlement Agreements shall be the entire agreement between the parties thereto and [that] there shall be no representation, warranty, collateral agreement or condition affecting those Agreements except as expressed in them." This clause is consistent with the "out-of-court settlement" aspect of comprehensive land claims agreements. But it is not the only one, which means that such clauses must be considered in the broader context of the Final Agreement, and in particular of the provisions respecting legal certainty, which are set out under the heading "Certainty" (Division 2.5.0).

[134] On this key issue of legal certainty, the Umbrella Agreement and, later, all the final agreements negotiated under it were entered into in accordance with the 1986 federal policy on comprehensive claims (Saint-Hilaire, at pp. 407-8, note 45). It is actually possible to refer to the 1993 policy, as the 1986 policy was not modified on this point. Since 1986, the official federal policy has stated in this respect that rights with respect to land that are consistent with the agreement and "Aboriginal rights which are not related to land and resources or to other subjects under negotiation will not be affected by the exchange" (Indian and Northern Affairs Canada, *Federal Policy for the Settlement of Native Claims* (1993), at p. 9). In short, in the 1986 policy, the government announced that its conduct would be honourable in that it would aim for equitable, or [TRANSLATION] "orthodox", exchanges (Saint-Hilaire, at p. 407). In other words, the principle endorsed in the federal policy since 1986 has involved a distinction between the agreement that provides certainty and the "entire agreement". So much for the general principle behind the division of the agreement in issue entitled "Certainty". Let us now consider in greater detail the specific provisions applicable to the exchange of rights established in the Final Agreement.

une interprétation qui ne me convainc pas. La clause de l'« entente complète » (« *entire agreement clause* ») (art. 2.2.15), dont la source matérielle est l'Accord-cadre et sur laquelle les appelants se fondent, est rédigée ainsi : « Chaque entente portant règlement constitue l'entente complète intervenue entre les parties à cette entente et il n'existe aucune autre assertion, garantie, convention accessoire ou condition touchant cette entente que celles qui sont exprimées dans cette dernière. » Il s'agit ici de la dimension transaction ou « règlement à l'amiable » des accords portant règlement de revendications territoriales globales. Or, celle-ci n'est pas la seule, de sorte qu'il faut replacer une telle clause dans le contexte plus général de l'entente définitive, et notamment de ses dispositions relatives à la sécurité juridique — ou « certitude » — ou, comme ici, relative aux « Précisions » (section 2.5.0).

[134] Sur cette question essentielle de la sécurité juridique, l'Accord-cadre et, par la suite, toutes les ententes définitives négociées suivant les stipulations de celui-ci, ont été conclus conformément à la politique fédérale de 1986 sur les revendications globales (Saint-Hilaire, p. 407-408, note 45). En fait, on peut ici se reporter à la politique de 1993, puisque sur cette question celle-ci n'apportait aucune modification à la politique de 1986. Depuis 1986, la politique fédérale officielle indique à cet égard que « ne seront pas touchés par l'échange » les droits de nature foncière qui sont compatibles avec l'accord ni les « droits ancestraux qui ne sont pas liés aux terres et aux ressources ou à d'autres points négociés » (Affaires indiennes et du Nord Canada, *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones* (1993), p. 10). En somme, la politique de 1986 annonçait un comportement honorable en visant des échanges équitables c'est-à-dire « orthodoxes » (Saint-Hilaire, p. 407). Autrement dit, le principe promu par la politique fédérale depuis 1986 établit une distinction entre la notion d'« accord sûr » et celle d'« accord complet ». Voilà pour le principe général qui préside à la section relative aux « Précisions » de l'accord qui nous occupe. Voyons maintenant plus en détail les modalités précises de l'échange de droits établi par l'Entente définitive.

2010 SCC 53 (CanLII)

[135] The Umbrella Agreement provides (in s. 2.5.1) that, in consideration of the promises, terms, conditions and provisos in a Yukon First Nation's final agreement,

> 2.5.1.1 subject to 5.14.0 [which sets out a procedure for designating "Site Specific Settlement Land" to which s. 2.5.0 will not apply], that Yukon First Nation and all persons who are eligible to be Yukon Indian People it represents, as of the Effective Date of that Yukon First Nation's Final Agreement, cede, release and surrender to Her Majesty the Queen in Right of Canada, all their aboriginal claims, rights, titles, and interests, in and to,
>
> (a) Non-Settlement Land and all other land and water including the Mines and Minerals within the sovereignty or jurisdiction of Canada, except the Northwest Territories, British Columbia and Settlement Land,
>
> (b) the Mines and Minerals within all Settlement Land, and
>
> (c) Fee Simple Settlement Land; [and]
>
> 2.5.1.2 that Yukon First Nation and all persons eligible to be Yukon Indian People it represents, as of the Effective Date of that Yukon First Nation's Final Agreement, cede, release and surrender to Her Majesty the Queen in Right of Canada all their aboriginal claims, rights, titles and interests in and to Category A and Category B Settlement Land and waters therein, to the extent that those claims, rights, titles and interests are inconsistent or in conflict with any provision of a Settlement Agreement . . .

According to the agreement settling its comprehensive land claim, the Little Salmon/Carmacks First Nation therefore "surrender[ed]" any Aboriginal rights it might have *in respect of land, water, mines and minerals*, (1) subject to the procedure for designating "site specific settlement land" (of which

[135] L'Accord-cadre prévoit (art. 2.5.1) que, en contrepartie des promesses, conditions et réserves prévues par l'entente définitive conclue par une première nation du Yukon :

> 2.5.1.1 sous réserve de la section 5.14.0 [qui prévoit une procédure de désignation de « sites spécifiques » auxquels la section 2.5.0 ne s'appliquera pas], cette première nation du Yukon et toutes les personnes qui sont admissibles en tant qu'Indiens du Yukon représentées par cette première nation — à la date d'entrée en vigueur de cette entente définitive — renoncent, en faveur de Sa Majesté la Reine du chef du Canada, à l'ensemble de leurs revendications, droits, titres et intérêts ancestraux :
>
> a) concernant les terres non visées par le règlement et les autres terres et eaux — y compris les mines et les minéraux — relevant de la souveraineté ou de la compétence du Canada, à l'exception des Territoires du Nord-Ouest, de la Colombie-Britannique et des terres visées par le règlement;
>
> b) concernant les mines et les minéraux se trouvant à l'intérieur des terres visées par le règlement;
>
> c) concernant les terres visées par le règlement détenues en fief simple;
>
> 2.5.1.2 cette première nation du Yukon et toutes les personnes admissibles en tant qu'Indiens du Yukon représentées par cette première nation — à la date de cette entente définitive — renoncent, en faveur de Sa Majesté la Reine du chef du Canada, à l'ensemble de leurs revendications, droits, titres et intérêts ancestraux à l'égard des terres visées par le règlement de catégorie A et de catégorie B et des eaux qui s'y trouvent, dans la mesure où ces revendications, droits, titres et intérêts sont incompatibles ou entrent en conflit avec quelque disposition d'une entente portant règlement . . .

Aux termes de l'accord portant règlement de sa revendication globale, la Première nation de Little Salmon/Carmacks a donc « renonc[é] » à tous ses possibles droits ancestraux *relatifs aux terres, eaux, mines et minéraux*, (1) sous réserve de la procédure de désignation de « sites spécifiques » — dont

2010 SCC 53 (CanLII)

two parcels were located near the land in question in Mr. Paulsen's application), (2) except insofar as those rights extended into the Northwest Territories or British Columbia, and (3) except for those relating to settlement land and waters therein, but only to the extent that the rights in question were not inconsistent with the settlement and provided that they extended neither to land held in fee simple nor to mines and minerals — as is specified in the definition of non-settlement lands. For greater certainty, the Final Agreement accordingly adds that

> 2.5.1.4 neither that Yukon First Nation nor any person eligible to be a Yukon Indian Person it represents, their heirs, descendants and successors, shall, after the Effective Date of that Yukon First Nation's Final Agreement, assert any cause of action, action for declaration, claim or demand of whatever kind or nature, which they ever had, now have, or may hereafter have against Her Majesty the Queen in Right of Canada, the Government of any Territory or Province, or any person based on,
>
> (a) any aboriginal claim, right, title or interest ceded, released or surrendered pursuant to 2.5.1.1 and 2.5.1.2; [or]
>
> (b) any aboriginal claim, right, title or interest in and to Settlement Land, lost or surrendered in the past, present or future . . .

[136] It is also important to consider general provision 2.2.4, which reflects the new orthodox exchange principle introduced by the 1986 federal policy that applied to the negotiation of the Umbrella Agreement:

> Subject to 2.5.0, 5.9.0 [effects of the registration, granting, declaration or expropriation of any interest in a Parcel of Settlement Land less than the entire interest], 5.10.1 [effects of the registration, granting or expropriation of the fee simple title in a Parcel of Settlement Land] and 25.2.0 [negotiation of the transboundary aspect of claims], Settlement Agreements shall not affect the ability of aboriginal people of the Yukon to

deux se situent à proximité de la terre faisant l'objet de la demande de Paulsen —, (2) sauf dans la mesure où ces droits s'étendraient aux Territoires du Nord-Ouest ou à la Colombie-Britannique et (3) à l'exception de ceux qui porteraient sur des terres et eaux visées par le règlement, mais cela dans la seule mesure où ils ne seraient pas incompatibles avec celui-ci et ne s'étendraient ni à des terres détenues en fief simple ni aux mines et minéraux — ce qui précise la définition des terres non visées par un règlement. Pour plus de sûreté, l'Entente définitive ajoute qu'en conséquence :

> 2.5.1.4 ni cette première nation du Yukon ni aucune personne admissible en tant qu'Indien du Yukon représentée par cette première nation, ou leurs héritiers, descendants et successeurs, ne feront valoir ou présenteront, selon le cas, après la date d'entrée en vigueur de cette entente définitive, quelque cause d'action, action déclaratoire, réclamation ou demande de quelque nature que ce soit — passée, actuelle ou future — à l'encontre soit de Sa Majesté la Reine du chef du Canada, soit du gouvernement d'un territoire ou d'une province, ou de quelque autre personne, et qui serait fondée, selon le cas :
>
> a) sur quelque revendication, droit, titre ou intérêt ancestral visé par la renonciation prévue aux articles 2.5.1.1 et 2.5.1.2;
>
> b) sur quelque revendication, droit, titre ou intérêt ancestral relatif à des terres visées par le règlement qui a été ou sera perdu, ou qui a fait, fait ou fera l'objet d'une renonciation . . .

[136] Il est également important de souligner la disposition générale 2.2.4, qui reprend le nouveau principe des échanges orthodoxes introduit par la politique fédérale de 1986, laquelle a présidé à la négociation de l'Accord-cadre :

> Sous réserve des sections 2.5.0, 5.9.0 [effets de l'enregistrement, de l'octroi, de la déclaration ou de l'expropriation d'un intérêt inférieur à l'intérêt complet dans une parcelle de terre visée par le règlement] et 25.2.0 [négociation de la dimension transfrontalière des revendications] et de l'article 5.10.1 [effets de l'enregistrement, de l'octroi ou de l'expropriation du titre en fief simple dans une parcelle de terre visée par le règlement],

2010 SCC 53 (CanLII)

exercise, or benefit from, any existing or future constitutional rights for aboriginal people that may be applicable to them.

[137] The spirit of the Final Agreement is apparent on the very face of these provisions respecting legal certainty: except where otherwise provided in the agreement itself, the agreement replaces the common law Aboriginal rights framework with the one it establishes for the matters it covers. But that is not all.

[138] The Final Agreement also includes general and interpretive provisions, such as general provision 2.2.5, which, like so many others, is reproduced from the Umbrella Agreement. This provision states that "Settlement Agreements shall not affect the rights of Yukon Indian People as Canadian citizens and their entitlement to all of the rights, benefits and protection of other citizens applicable from time to time." There are also relevant provisions in Division 2.6.0 of the Umbrella Agreement:

2.6.1 The provisions of the Umbrella Final Agreement, the specific provisions of the Yukon First Nation Final Agreement and Transboundary Agreement applicable to each Yukon First Nation shall be read together.

2.6.2 Settlement Legislation shall provide that:

2.6.2.1 subject to 2.6.2.2 to 2.6.2.5, all federal, territorial and municipal Law shall apply to Yukon Indian People, Yukon First Nations and Settlement Land;

2.6.2.2 where there is any inconsistency or conflict between any federal, territorial or municipal Law and a Settlement Agreement, the Settlement Agreement shall prevail to the extent of the inconsistency or conflict;

2.6.2.3 where there is any inconsistency or conflict between the provisions of

les ententes portant règlement n'ont pas pour effet de porter atteinte à la capacité des peuples autochtones du Yukon d'exercer des droits constitutionnels — existants ou futurs — qui sont reconnus aux peuples autochtones et qui s'appliquent à eux ou de tirer parti de tels droits.

[137] L'esprit de l'Entente définitive ressort déjà à la lecture de ces dispositions relatives à l'objectif de sécurité juridique : sauf exception prévue par l'entente elle-même, celle-ci substitue au régime jurisprudentiel relatif aux droits ancestraux celui qu'elle instaure pour les matières dont elle dispose. Mais il y a plus.

[138] L'Entente définitive comporte également des dispositions générales et interprétatives, notamment la disposition générale 2.2.5, qui a comme tant d'autres été reprise de l'Accord-cadre et qui précise que « [l]es ententes portant règlement ne portent pas atteinte aux droits des Indiens du Yukon en tant que citoyens canadiens ni à leur droit de jouir de tous les droits, avantages et protections reconnus aux autres citoyens. » La section 2.6.0 de l'Accord-cadre contient elle aussi des dispositions pertinentes :

2.6.1 Les dispositions de l'Accord-cadre définitif, les dispositions spécifiques de l'entente définitive conclue par une première nation du Yukon ainsi que l'accord transfrontalier applicable à chaque première nation du Yukon doivent être lus en corrélation.

2.6.2 La loi de mise en œuvre doit renfermer des dispositions portant que:

2.6.2.1 sous réserve des articles 2.6.2.2 à 2.6.2.6, les règles de droit fédérales, territoriales et municipales s'appliquent aux Indiens du Yukon, aux premières nations du Yukon et aux terres visées par un règlement;

2.6.2.2 les dispositions d'une entente portant règlement l'emportent sur les dispositions incompatibles d'une règle de droit fédérale, territoriale ou municipale;

2.6.2.3 les dispositions de l'Accord-cadre définitif l'emportent sur les

2010 SCC 53 (CanLII)

the Umbrella Final Agreement and the specific provisions applicable to a Yukon First Nation, the provisions of the Umbrella Final Agreement shall prevail to the extent of the inconsistency or conflict; [and]

2.6.2.4 where there is any inconsistency or conflict between Settlement Legislation and any other Legislation, the Settlement Legislation shall prevail to the extent of the inconsistency or conflict;

. . .

2.6.3 There shall not be any presumption that doubtful expressions in a Settlement Agreement be resolved in favour of any party to a Settlement Agreement or any beneficiary of a Settlement Agreement.

. . .

2.6.5 Nothing in a Settlement Agreement shall be construed to preclude any party from advocating before the courts any position on the existence, nature or scope of any fiduciary or other relationship between the Crown and the Yukon First Nations.

2.6.6 Settlement Agreements shall be interpreted according to the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, with such modifications as the circumstances require.

2.6.7 Objectives in Settlement Agreements are statements of the intentions of the parties to a Settlement Agreement and shall be used to assist in the interpretation of doubtful or ambiguous expressions.

2.6.8 Capitalized words or phrases shall have the meaning assigned in the Umbrella Final Agreement.

These interpretive provisions establish, *inter alia*, a principle of equality between the parties (s. 2.6.3) and a principle of contextual interpretation based on the general scheme of the provisions, divisions and chapters and of the treaty as a whole in accordance with its systematic nature (s. 2.6.1). The latter principle is confirmed by the rule that in the event of ambiguity, the provisions of the treaty are to

dispositions spécifiques incompatibles, applicables à une première nation du Yukon;

2.6.2.4 les dispositions de la loi de mise en œuvre l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute autre mesure législative;

. . .

2.6.3 Il n'existe aucune présomption que les expressions ambiguës d'une entente portant règlement doivent être interprétées en faveur soit d'une partie à cette entente soit de quelque personne en bénéficiant.

. . .

2.6.5 Les ententes portant règlement n'ont pas pour effet d'empêcher une partie de faire valoir, devant les tribunaux, sa position quant à l'existence, à la nature ou à l'étendue des rapports fiduciaires ou autres qui existeraient entre la Couronne et les premières nations du Yukon.

2.6.6 Les ententes portant règlement sont interprétées conformément à la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985) ch. I-21, avec les adaptations nécessaires.

2.6.7 Les objectifs figurant dans une entente portant règlement constituent l'énoncé des intentions des parties à cette entente et doivent être utilisés dans l'interprétation des expressions douteuses ou ambiguës.

2.6.8 Les mots et expressions définis et utilisés dans l'Accord-cadre définitif ont le sens qui leur est attribué dans la définition correspondante.

De ces stipulations interprétatives se dégagent notamment le principe d'égalité des parties (art. 2.6.3) et le principe d'une interprétation contextuelle fondée sur l'économie générale des dispositions, sections, chapitres et de l'ensemble du traité suivant sa nature systématique (art. 2.6.1). Ce dernier principe est confirmé par la règle voulant que, en cas d'ambiguïté, l'interprétation des dispositions

2010 SCC 53 (CanLII)

be interpreted in light of the objectives stated at the beginning of certain chapters of the treaty (s. 2.6.7). The systematic nature of the treaty is also confirmed by the rule that when defined words and phrases are used, they have the meanings assigned to them in the definitions (s. 2.6.8). In other cases, the rules set out in the federal *Interpretation Act* apply (s. 2.6.6). This, then, is the framework for interpretation agreed on by the parties to the treaty. More precisely, this framework was first developed by the parties to the Umbrella Agreement, and was then incorporated by the parties into the various final agreements concluded under the Umbrella Agreement. Where there is any inconsistency or conflict, the rules of this framework prevail over the common law principles on the interpretation of treaties between governments and Aboriginal peoples.

[139] These general and interpretive provisions also establish certain rules with respect to the relationships of the Umbrella Agreement and any final agreement concluded under it, not only the relationship between them, but also that with the law in general. One of these rules is that in the event of inconsistency or conflict, the Umbrella Agreement prevails over the agreements concluded under it (s. 2.6.2.3). At first glance, this rule is surprising, since the parties to the Umbrella Agreement were very careful to specify that, on its own, that agreement "does not create or affect any legal rights" (s. 2.1.2). Section 2.6.2.3 is therefore somewhat imprecise. It can only refer to the provisions of the final agreement whose substance (and not form) derives from the Umbrella Agreement, and which prevail over the "specific" provisions. The implementing legislation, the *Yukon First Nations Land Claims Settlement Act*, S.C. 1994, c. 34, provides that "[i]n the event of a conflict or inconsistency between provisions of the Umbrella Final Agreement incorporated in a final agreement that is in effect and provisions of the final agreement that are specific to the first nation, the provisions of the Umbrella Final Agreement prevail to the extent of the conflict or inconsistency" (s. 13(4)). The other provisions of the treaty that relate to this issue of conflicting legislation have also been drawn from the federal implementing legislation (s. 13) and from its territorial

du traité tienne compte des objectifs énoncés au début de certains chapitres de celui-ci (art. 2.6.7). Le caractère systématique du traité est également confirmé par la règle selon laquelle les mots et expressions définis sont porteurs de ces définitions lorsqu'ils sont utilisés (art. 2.6.8). Pour le reste, ce sont les règles établies par la loi fédérale d'interprétation qui s'appliquent (art. 2.6.6). Voilà donc le régime interprétatif dont les parties au traité ont elles-mêmes convenu. Plus exactement, ce régime a d'abord été élaboré par les parties à l'Accord-cadre, puis repris par les parties aux différentes ententes définitives conclues conformément aux stipulations de cet accord. Advenant toute incompatibilité, ce régime l'emporte sur les principes dégagés par la jurisprudence en matière d'interprétation de traités conclus par les gouvernements et les peuples autochtones.

[139] Les dispositions interprétatives et générales que nous venons de voir posent aussi certaines normes relatives aux rapports qu'entretiennent l'Accord-cadre et toute entente définitive conclue conformément à ses stipulations, non seulement entre eux, mais avec le reste du droit également. On peut noter à cet égard la norme énonçant la prépondérance — en cas d'incompatibilité constatée — de l'Accord-cadre sur les ententes conclues suivant ses stipulations (art. 2.6.2.3). À première vue, cette norme surprend, dans la mesure où les parties à l'Accord-cadre ont bien pris soin de préciser que, à lui seul, ce dernier « n'a pas pour effet de créer des droits légaux ou de porter atteinte à de tels droits » (art. 2.1.2). L'article 2.6.2.3 souffre donc d'une imprécision. Il ne peut s'agir que des dispositions de l'entente définitive dont la source matérielle (et non pas formelle) est l'Accord-cadre, lesquelles ont préséance sur les dispositions dites « spécifiques ». La loi de mise en œuvre, nommément la *Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon*, L.C. 1994, ch. 34, précise d'ailleurs que ce sont « [l]es dispositions de l'accord-cadre reprises dans un accord définitif en vigueur [qui] l'emportent sur les dispositions incompatibles qui sont propres à la première nation » (par. 13(4)). Le reste des stipulations du traité relatives à cette question des « conflits de loi » est également repris dans la loi fédérale de mise en œuvre (art. 13)

2010 SCC 53 (CanLII)

equivalent (s. 5). The rules can therefore be summarized in the principle that the Final Agreement prevails over any other non-constitutional legal rule, subject to the requirement that its provisions not be so construed as to affect the rights of "Yukon Indian people" as Canadian citizens and their entitlement to all the rights, benefits and protections of other citizens (s. 2.2.5). In short, therefore, with certain exceptions, the treaty overrides Aboriginal rights related to the matters to which it applies, and in cases of conflict or inconsistency, it prevails over all other non-constitutional law.

[140] It should be noted that in certain circumstances, the principle applied in the treaty with respect to particular non-constitutional legislation — the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, where reserves are concerned — is that the treaty replaces that legislation rather than prevailing over it (s. 4.1.2).

[141] Regarding the relationship between the treaty in issue and the rest of our constitutional law other than the case law on Aboriginal rights, such a treaty clearly cannot on its own amend the "Constitution of Canada" within the meaning of s. 52 and Part V of the *Constitution Act, 1982*. Thus, to give one example, it cannot on its own alter either the protections of rights and freedoms provided for in Part I of that Act, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (support for this can be found in s. 2.2.5 of the Final Agreement, which was discussed above), or the constitutional division of powers established in Part VI of the *Constitution Act, 1867*. Next, on the specific issue before us in the instant case, since the right to be consulted that corresponds to the common law duty to consult (1) transcends the distinction between Aboriginal rights and treaty rights, (2) is therefore not an Aboriginal right and even less so an Aboriginal right related to land and resources, and (3) accordingly cannot be surrendered under Division 2.5.0, it must be asked whether there is anything explicit in the treaty in issue about how the parties intended to deal with this duty. In other words, does the Final Agreement contain provisions that affect the general principle

ainsi que dans son équivalent territorial (art. 5). Les règles pertinentes peuvent donc être résumées par le principe selon lequel l'Entente définitive l'emporte sur toute autre règle de droit infraconstitutionnel, sous réserve du fait que ses dispositions ne doivent pas être interprétées d'une manière portant atteinte aux droits des « Indiens du Yukon » en tant que citoyens canadiens ni à leur droit de jouir de tous les droits, avantages et protections reconnus aux autres citoyens (art. 2.2.5). En somme, donc, sauf exception le traité se substitue aux droits ancestraux relativement aux matières dont il dispose et il a préséance, en cas d'incompatibilité, sur le reste du droit infraconstitutionnel.

[140] Il importe de souligner ici que, dans certaines circonstances, le traité fait également intervenir le principe de substitution plutôt que le principe de préséance à l'égard d'un texte infraconstitutionnel donné, en l'occurrence la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, pour ce qui est des réserves (art. 4.1.2).

[141] En ce qui a trait à la relation entre le traité en cause et le reste de notre droit constitutionnel au-delà du seul régime jurisprudentiel des droits ancestraux, un tel traité ne saurait évidemment à lui seul modifier la « Constitution du Canada » au sens de l'art. 52 et de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il ne pourrait donc pas, par exemple, modifier à lui seul la protection des droits et libertés prévue à la partie I de cette dernière loi, c'est-à-dire la *Charte canadienne des droits et libertés* (ce qui tend à être confirmé par l'art. 2.2.5 de l'Entente définitive dont il a été question plus haut), ou la répartition fédérative des compétences prévue à la partie VI de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ensuite, relativement à la question qui nous intéresse particulièrement en l'espèce, dans la mesure où le droit d'être consulté qui est corrélatif de l'obligation de consultation de régime jurisprudentiel (1) dépasse l'opposition entre droits ancestraux et droits issus de traité, (2) qu'il n'est donc pas un droit ancestral et encore moins un droit ancestral aux terres et aux ressources et (3) que, par conséquent, il ne saurait avoir fait l'objet d'une renonciation en vertu de la section 2.5.0, il convient de se demander si le traité qui nous occupe contient quelque chose d'explicite

2010 SCC 53 (CanLII)

discussed above that the common law duty to consult will apply only where the parties have failed to address this issue? I see none.

[142] It should be borne in mind that an Aboriginal people cannot, by treaty, surrender its constitutional right to be consulted before the Crown takes measures in a manner not provided for in the treaty that might violate, infringe or limit a right that Aboriginal people is recognized as having in the same treaty. By analogy, in contract law, such a surrender would constitute an unconscionable term. But it is not this rule that is in issue here so much as the minimum required content of the duty in the context of treaties with Aboriginal peoples. As set out above, s. 2.6.5 of the Final Agreement, which was reproduced from the Umbrella Agreement, provides that "[n]othing in a Settlement Agreement shall be construed to preclude any party from advocating before the courts any position on the existence, nature or scope of any fiduciary or other relationship between the Crown and the Yukon First Nations". However, the fiduciary duty is not always constitutional in nature. Nor is it equivalent to the duty to consult implied by the principle of the honour of the Crown that the Crown must maintain in its relations with Aboriginal peoples as holders of special constitutional rights. The fiduciary duty may arise, for example, from relations the Crown maintains with Indians in managing reserve lands and, more generally, in administering the *Indian Act* (*Guerin*; *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, 2001 SCC 85, [2001] 3 S.C.R. 746).

[143] In actual fact, two points are made in s. 2.6.5. First, the settlement of an Aboriginal nation's comprehensive claim does not automatically entail the settlement of any specific claim — based not on Aboriginal rights but rather on the *Indian Act* — that

au sujet de la façon dont les parties entendent régir cette obligation. Autrement dit, l'Entente définitive contient-elle des dispositions qui auraient une incidence sur le principe général dégagé plus haut, selon lequel l'obligation de consultation de régime jurisprudentiel ne s'appliquera qu'en cas d'omission des parties au traité d'avoir prévu cette matière? Je ne vois aucune disposition à cet effet.

[142] Il est utile de rappeler qu'un peuple autochtone ne saurait, par traité, renoncer à son droit constitutionnel d'être consulté avant la prise de mesures étatiques d'une manière non prévue par un traité et susceptible de violer, d'enfreindre ou de restreindre un droit reconnu aux Autochtones par ce même traité. Par analogie avec le droit des contrats, une telle renonciation constituerait une sorte de clause abusive. Or, ce n'est pas tant cette règle comme telle qui est en cause ici que le contenu minimal impératif de l'obligation dans le cas de traités conclus avec les peuples autochtones. Comme il a été souligné ci-dessus, l'art. 2.6.5 de l'Entente définitive — qui a été repris de l'Accord-cadre — précise que « [l]es ententes portant règlement n'ont pas pour effet d'empêcher une partie de faire valoir, devant les tribunaux, sa position quant à l'existence, à la nature ou à l'étendue des rapports fiduciaires ou autres qui existeraient entre la Couronne et les premières nations du Yukon ». L'obligation de fiduciaire n'a cependant pas toujours un caractère constitutionnel. De plus, elle ne coïncide pas avec l'obligation de consultation qu'implique le principe de l'honneur de la Couronne que celle-ci se doit de préserver dans ses relations avec les peuples autochtones en leur qualité de titulaires de droits constitutionnels spéciaux. Par exemple, l'obligation de fiduciaire peut naître des rapports qu'entretient la Couronne avec les Indiens dans sa gestion des terres de réserve et, de façon plus générale, dans l'administration de la *Loi sur les Indiens* (*Guerin*; *Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville)*, 2001 CSC 85, [2001] 3 R.C.S. 746).

[143] En réalité, l'art. 2.6.5 vise à rappeler deux choses. Premièrement le règlement de la revendication globale d'une nation autochtone n'emporte pas nécessairement règlement de toute revendication particulière que pourrait avoir cette même nation et

2010 SCC 53 (CanLII)

this nation might have, generally on the strength of the Crown's fiduciary duty. A specific claim could also be based on a "historical" treaty. In the instant case, however, the Little Salmon/Carmacks First Nation expressly ceded, released and surrendered, in the agreement to settle its comprehensive land claim, namely the Final Agreement, any "claims, rights or causes of action which they may ever have had, may now have or may have hereafter" as a result of Treaty 11 (ss. 2.5.1.3, 2.5.1.4(c) and 2.5.2). Finally, unlike a comprehensive claim, a specific claim is not necessarily limited to land or resources. It was therefore quite natural to specify that the mere existence of a settlement of a Yukon First Nation's comprehensive land claim did not, without further verification, support a conclusion that any specific claim the First Nation might have had been settled.

[144] Second, s. 2.6.5 also evokes a more general principle. It provides that a final agreement does not preclude any party from advocating before the courts the existence of not only fiduciary, but also "other", relationships between the Crown and the Yukon First Nations. This, in reality, is but one manifestation of the equitable principle involving a higher standard for exchanges of rights between Aboriginal peoples and the Crown — which the Crown aimed to make more orthodox — that was first mentioned in the federal policy of 1986.

[145] Thus, s. 2.6.5 of the Final Agreement is not at all inconsistent with the general principle discussed above that the common law duty to consult, in its minimum required obligational form, will apply — despite the existence of a treaty — only if the parties to the treaty have clearly failed to provide for it. This will depend on whether the parties have come to an agreement on the issue, and if they have, the treaty will — unless, of course, the treaty itself provides otherwise — override the application to the parties of any parallel framework, including the common law framework.

qui reposerait, par exemple, non pas sur des droits ancestraux, mais sur la *Loi sur les Indiens*, le plus souvent sur le fondement de l'obligation de fiduciaire de la Couronne. Une revendication particulière pourrait aussi être basée sur un traité « historique ». En l'occurrence cependant, la Première nation de Little Salmon/Carmacks a renoncé expressément, dans l'accord de règlement de sa revendication globale que constitue l'Entente définitive, à tout éventuel « réclamation, droit ou cause d'action, passé, actuel ou futur » qui serait issu du Traité n^{o} 11 (art. 2.5.1.3, 2.5.1.4c) et 2.5.2). Enfin, contrairement à une revendication globale, une revendication particulière ne porte pas toujours uniquement sur des terres ou ressources. Il était donc normal de rappeler que la seule existence du règlement de la revendication globale d'une première nation du Yukon ne permet pas, sans autre forme de vérification, de conclure au règlement de toute revendication particulière que pourrait avoir cette première nation.

[144] Deuxièmement, l'article 2.6.5 vise aussi à rappeler un principe d'ordre plus général. En effet, il prévoit qu'une entente définitive n'empêche pas une partie de défendre en justice l'existence de rapports non seulement fiduciaires mais également « autres » entre la Couronne et les premières nations du Yukon. Il ne s'agit là en réalité que d'une manifestation du principe équitable visant des échanges d'une qualité supérieure entre les peuples autochtones et la Couronne — que celle-ci veut plus orthodoxes — qui a d'abord été exprimé dans la politique fédérale de 1986.

[145] L'article 2.6.5 de l'Entente définitive n'est donc nullement incompatible avec le principe général qui a été dégagé plus haut et suivant lequel, comme contenu obligationnel minimal impératif, l'obligation de consultation de régime jurisprudentiel ne s'appliquera, nonobstant la présence d'un traité, que dans les cas d'omission claire des parties à ce traité d'avoir stipulé à cet égard. En effet, tout dépendra de ce que les parties auront ou non convenu sur la question, auquel cas le traité, sauf bien sûr renvoi à l'effet contraire dans celui-ci, aura écarté l'application entre les parties de tout régime parallèle, y compris le régime jurisprudentiel.

2010 SCC 53 (CanLII)

[146] In short, in providing in s. 2.2.4 that, subject to certain restrictions, "Settlement Agreements shall not affect the ability of aboriginal people of the Yukon to exercise, or benefit from, any existing or future constitutional rights for aboriginal people that may be applicable to them", the parties could only have had an orthodox exchange of rights in mind. They most certainly did not intend that a consultation framework would apply in parallel with the one they were in the process of establishing in the treaty. If the treaty in issue establishes how the Crown is to exercise its rights under the treaty by providing for a given form of consultation with the Aboriginal party, then the effect of the entire agreement clause in s. 2.2.15 will be to override any parallel framework, including the one developed by this Court.

B. *Substantive Rights in Issue*

(1) Right to Transfer and Right of Access to Crown Land

[147] In the case at bar, it is Chapter 6 on rights of access that must be considered first in respect of the right of the Crown the exercise of which could affect the exercise of rights of the Aboriginal party. As I mentioned above, the agreement in issue establishes two broad categories of land: settlement land and non-settlement land. The category of non-settlement land includes Crown land, and the land in question in Mr. Paulsen's application was Crown land. Chapter 6 is structured on the basis of the principle that the Aboriginal party and third parties have rights of access to unoccupied Crown land, on the one hand, and that the Crown and third parties have rights of access to undeveloped settlement land, on the other. This is a general principle to which there may, of course, be exceptions.

[146] En somme, en stipulant à l'art. 2.2.4 que, sous certaines réserves, « les ententes portant règlement n'ont pas pour effet de porter atteinte à la capacité des peuples autochtones du Yukon d'exercer des droits constitutionnels — existants ou futurs — qui sont reconnus aux peuples autochtones et qui s'appliquent à eux ou de tirer parti de tels droits », les parties ne pouvaient avoir à l'esprit qu'un échange orthodoxe de droits. Elles n'avaient assurément pas l'intention de prévoir l'application d'un régime de consultation parallèle à celui qu'elles pouvaient être en train d'établir par traité. Si le traité qui nous occupe énonce les modalités d'exercice par la Couronne des droits qu'il lui confère en instaurant une forme ou une autre de consultation de la partie autochtone, alors la clause de l'entente complète figurant à l'art. 2.2.15 aura pour effet d'écarter tout régime parallèle, y compris celui qui a été élaboré par la jurisprudence de notre Cour.

B. *Droits matériels en cause*

(1) Droit de cession et droit d'accès aux terres de la Couronne

[147] C'est le chapitre 6 sur les droits d'accès qui doit d'abord retenir notre attention en l'espèce relativement à la question du droit de la Couronne dont l'exercice est susceptible d'affecter l'exercice des droits de la partie autochtone. J'ai mentionné précédemment que l'accord en cause établit deux grandes catégories de terres, les terres visées par le règlement (« *Settlement Lands* ») et les autres (« *Non-Settlement Lands* ») qui comprennent les terres de la Couronne, parmi lesquelles se trouvait la terre faisant l'objet de la demande de M. Paulsen. Le principe qui structure le chapitre 6 est celui des droits d'accès de la partie autochtone et des tiers aux terres inoccupées de la Couronne d'une part (« *unoccupied Crown Land* ») et des droits d'accès de la Couronne et des tiers aux terres visées par le règlement qui n'ont pas été « mises en valeur » (« *undeveloped Settlement Land* ») de l'autre. Il s'agit d'un principe général qui peut certes connaître des exceptions.

2010 SCC 53 (CanLII)

[148] It is in Division 6.2.0 that the parties to the Umbrella Agreement — Canada, Yukon and the Council for Yukon Indians — provided for the right of access to Crown land — to be confirmed in the final agreements — of every Yukon Indian person and Yukon First Nation. The effect of the reproduction of that provision in the various final agreements was to grant every Yukon Indian person and Yukon First Nation to which those agreements applied a right of access for non-commercial purposes (s. 6.2.1), which is the right being relied on in this case. However, a review of that right leads to the right of the Crown the exercise of which is in issue here and which constitutes an exception to the right of access.

[149] The right of access of First Nations to Crown land for non-commercial purposes is subject to strict limits, and also to conditions and exceptions. It is limited in that the access in question is only "casual and insignificant" (s. 6.2.1.1), or "is for the purpose of Harvesting Fish and Wildlife in accordance with Chapter 16 — Fish and Wildlife" (s. 6.2.1.2), which is a chapter I will discuss below. The applicable conditions are set out in s. 6.2.4 — one example is a prohibition against significant interference with the use and peaceful enjoyment of the land by other persons. Finally, regarding the exceptions that are relevant here, the right of access in issue does not apply to Crown land "where access or use by the public is limited or prohibited" (s. 6.2.3.2), or "which is subject to an agreement for sale or a surface licence or lease", except "to the extent the surface licence or lease permits public access" or "where the holder of the interest allows access" (s. 6.2.3.1 (emphasis added)).

[150] This last provision is the very one on which the decision on Mr. Paulsen's application was based. It must therefore be determined whether the treaty requires the Crown to consult the Aboriginal party before exercising its right to transfer land belonging

[148] C'est à la section 6.2.0 que les parties à l'Accord-cadre, soit le Canada, le Yukon et le Conseil des Indiens du Yukon, ont prévu la confirmation dans les ententes définitives du droit de chaque Indien et première nation du Yukon d'accéder aux terres de la Couronne. La reprise de cette disposition dans les diverses ententes définitives a pour effet de conférer à chaque Indien et première nation du Yukon concerné un droit d'accès à des fins non commerciales (art. 6.2.1), droit qui est invoqué ici. Or, c'est en examinant ce droit qu'on arrive à cerner celui de la Couronne dont l'exercice est ici en cause et qui s'impose comme une exception au premier.

[149] En effet, le droit des premières nations d'accéder aux terres de la Couronne à des fins non commerciales est étroitement limité, en plus d'être assorti de conditions et d'exceptions. Il est limité en ce qu'il ne confère qu'un accès « occasionnel et négligeable » (art. 6.2.1.1) ou ayant « pour but la récolte de poissons ou d'animaux sauvages conformément aux dispositions du Chapitre 16 — Ressources halieutiques et fauniques » (art. 6.2.1.2), chapitre sur lequel je reviendrai. Les conditions applicables sont prévues à l'art. 6.2.4 — par exemple, une interdiction de porter atteinte de façon importante à l'utilisation et à la jouissance paisible de ces terres par d'autres personnes. Enfin, au sujet des exceptions qui sont pertinentes ici, le droit d'accès en cause ne s'applique pas aux terres de la Couronne « dont l'accès ou l'utilisation par le public est restreint ou prohibé » (art. 6.2.3.2) ou « faisant l'objet d'un contrat de vente, d'un permis ou d'un bail de surface », et ce, sauf « dans la mesure où le permis ou le bail de surface accorde un droit d'accès au public » ou « si le titulaire du contrat de vente ou encore du permis ou du bail de surface en permet l'accès » (art. 6.2.3.1 (je souligne)).

[150] Cette dernière disposition est précisément celle sur laquelle se fonde la décision sur la demande de M. Paulsen. Il s'agit donc de vérifier si, aux termes du traité, avant d'exercer son droit de céder des terres lui appartenant, d'une manière

2010 SCC 53 (CanLII)

to it in a way that could limit one or more rights granted to the Aboriginal party in the treaty. As I explain below, there are provisions in the treaty in question that govern this very issue.

[151] The Crown's right is clear, however. This exception to the right of access of First Nations to Crown land obviously implies that the Crown's general right to transfer land belonging to it continues to exist. Crown land, in respect of which Yukon's Aboriginal peoples have surrendered all Aboriginal rights and all rights arising out of Treaty No. 11, and which is not included in the land covered by the settlement of their comprehensive land claims, is defined in the agreement itself as land "vested from time to time in Her Majesty in Right of Canada, whether the administration and control thereof is appropriated to the Commissioner of the Yukon or not" (Chapter 1). Ownership of property implies, with some exceptions, the right to dispose of the property. The Crown's right to transfer land belonging to it is confirmed not only by s. 6.2.3.1 of the treaty, but also by s. 6.2.7, which limits that right by indicating that "Government shall not alienate Crown Land abutting any block of Settlement Land so as to deprive that block of Settlement Land of access from adjacent Crown Land or from a highway or public road." The treaty right being specifically invoked by the Little Salmon/Carmacks First Nation in respect of access to Crown land clearly ends where the Crown's right to transfer such land begins.

[152] Moreover, in invoking the right granted in s. 6.2.1.2 to every Yukon Indian person and Yukon First Nation, that of access to Crown land for the purpose of "Harvesting Fish and Wildlife in accordance with Chapter 16", the respondents are also engaging that chapter on fish and wildlife management. They further submit that the transfer of the land in question would reduce the value of the trapline held by one of them, Johnny Sam, under the *Wildlife Act*, R.S.Y. 2002, c. 229, and — in a more direct, but certainly no less significant,

susceptible de restreindre un ou plusieurs droits que le traité reconnaît à la partie autochtone, la Couronne doit au préalable consulter cette dernière. Comme je l'explique ci-dessous, le traité en cause contient des dispositions régissant précisément cette question.

[151] Le droit de la Couronne est cependant clair. En effet, cette exception au droit d'accès des premières nations aux terres de la Couronne suppose de toute évidence le maintien du droit général de la Couronne de céder des terres lui appartenant. Les terres de la Couronne sur lesquelles les Autochtones du Yukon ont renoncé à tout droit ancestral ou issu du Traité n^{o} 11 et qui ne font pas partie des terres visées par le règlement de leur revendication territoriale globale sont définies dans l'accord même comme des terres « dont la propriété est dévolue à Sa Majesté du chef du Canada — que le commissaire du Yukon ait ou non pleine autorité sur celle-ci » (chapitre 1). Or, sauf exception, la propriété d'un bien implique le droit d'en disposer. Ce droit de la Couronne de céder des terres lui appartenant est confirmé non seulement par l'art. 6.2.3.1 du traité, mais aussi par l'art. 6.2.7 qui limite ce droit en indiquant que « [l]e gouvernement ne peut aliéner des terres de la Couronne attenantes à une pièce de terres visées par un règlement si cela aurait pour effet de couper cette pièce de terres soit des terres de la Couronne qui lui sont adjacentes, soit d'une route ou d'un chemin public. » Le droit issu de traité qu'invoque précisément la Première nation de Little Salmon/Carmacks relativement à l'accès aux terres de la Couronne s'arrête clairement là où commence le droit de celle-ci de céder de telles terres.

[152] Par ailleurs, en invoquant le droit que reconnaît l'art. 6.2.1.2 à chaque Indien et première nation du Yukon d'accéder aux terres de la Couronne pour s'adonner à « la récolte de poissons ou d'animaux sauvages conformément aux dispositions du Chapitre 16 », les intimés font également intervenir le chapitre relatif à la gestion des ressources halieutiques et fauniques. Ils soutiennent aussi que la cession de terre en cause diminuerait la valeur de la ligne de piégeage dont l'un d'entre eux, Johnny Sam, est titulaire en vertu de la *Loi sur la faune*,

2010 SCC 53 (CanLII)

manner — under the same Chapter 16 of the Final Agreement. Chapter 16 is accordingly in issue in this case and will have to be considered in greater detail.

(2) Fish and Wildlife Management

[153] Chapter 16 of the Final Agreement establishes a co-management framework with respect to fish and wildlife. It generally confirms the right of Yukon Indian people

> to harvest for Subsistence within their Traditional Territory, and with the consent of another Yukon First Nation in that Yukon First Nation's Traditional Territory, all species of Fish and Wildlife for themselves and their families at all seasons of the year and in any numbers on Settlement Land and on Crown Land to which they have a right of access pursuant to 6.2.0 . . . . [s. 16.4.2]

However, the actual scope of this general principle is limited in that the same provision concludes with the following words: ". . . subject only to limitations prescribed pursuant to Settlement Agreements" (s. 16.4.2). Those limitations are significant and they go beyond the exception to the right of access granted in Division 6.2.0, namely the Crown's exercise of its right to transfer land belonging to it. The exercise of the rights granted to the Aboriginal party in Chapter 16 is subject to limitations provided for not only in the final agreements, but also in "Legislation enacted for purposes of Conservation, public health or public safety" (s. 16.3.3); limitations provided for in legislation "must be consistent with this chapter, reasonably required to achieve those purposes and may only limit those rights to the extent necessary to achieve those purposes" (s. 16.3.3.1).

[154] There are other provisions in Chapter 16 of the Final Agreement, aside from s. 16.3.3, that regulate, in various ways, the right of Yukon Indian people to harvest fish and wildlife by, in particular, authorizing the fixing of quotas — referred to as

L.R.Y. 2002, ch. 229, et — de manière plus immédiate, mais assurément non moins importante — de ce même chapitre 16 de l'Entente définitive. Ce chapitre est donc en cause en l'espèce et il y a lieu de l'examiner plus en détail.

(2) Gestion des ressources halieutiques et fauniques

[153] Le chapitre 16 de l'Entente définitive instaure un régime de cogestion des ressources halieutiques et fauniques. Il vient confirmer de manière générale le droit des Indiens du Yukon

> de récolter, à des fins de subsistance, dans les limites de leur territoire traditionnel et, avec le consentement de celle-ci, sur le territoire traditionnel d'une autre première nation du Yukon, toute espèce de poisson et d'animal sauvage, pour eux-mêmes et pour leur famille, en toute saison et sans limite de prises, sur des terres visées par un règlement et sur des terres de la Couronne où ils bénéficient d'un droit d'accès conformément à la section 6.2.0 . . . [art. 16.4.2]

Cependant, la portée réelle de ce principe général est limitée dans la mesure où la même disposition se termine par les mots suivants : « . . . sous réserve seulement des limites prévues par les ententes portant règlement » (art. 16.4.2). Ces limites sont importantes et vont au-delà de l'exception au droit d'accès conféré par la section 6.2.0 que constitue l'exercice par la Couronne de son droit de céder des terres lui appartenant. L'exercice des droits reconnus à la partie autochtone par le chapitre 16 est assujetti non seulement aux restrictions prévues par les dispositions des ententes définitives, mais aussi aux « mesures législatives édictées à des fins de conservation, de santé publique ou de sécurité publique » (art. 16.3.3), mesures qui « doivent être compatibles avec les dispositions du présent chapitre, être raisonnablement nécessaires à la réalisation des fins susmentionnées et ne limiter les droits en question que dans la mesure nécessaire à la réalisation de ces fins » (art. 16.3.3.1).

[154] Outre l'article 16.3.3, d'autres dispositions du chapitre 16 de l'Entente définitive viennent encadrer de diverses manières le droit des Indiens du Yukon d'exploiter les ressources halieutiques et fauniques, notamment en permettant l'instauration

2010 SCC 53 (CanLII)

"total allowable harvest[s]" — "[w]hen opportunities to harvest Freshwater Fish or Wildlife are limited for Conservation, public health or public safety" (s. 16.9.1.1). Chapter 16 also establishes principles for sharing such harvests "between Yukon Indian People and other harvesters" (s. 16.9.1). Overall, the logic behind the principles used to allocate quotas is to "give priority to the Subsistence needs of Yukon Indian People while providing for the reasonable needs of other harvesters" (s. 16.9.1.1).

de quotas, en l'occurrence des « récolte[s] totale[s] autorisée[s] », « [l]orsque les possibilités de récolter du poisson d'eau douce ou des animaux sauvages sont limitées pour des raisons de conservation, de santé publique ou de sécurité publique » (art. 16.9.1.1). Ce même chapitre prévoit aussi les principes de répartition de ces récoltes « entre les Indiens du Yukon et les autres personnes exerçant des activités de récolte » (art. 16.9.1). Dans l'ensemble, la logique présidant aux principes de répartition des quotas vise à « satisfaire en priorité les besoins pour fins de subsistance des Indiens du Yukon, tout en répondant aux besoins raisonnables des autres personnes qui s'adonnent à des activités de récolte » (art. 16.9.1.1).

[155] Another goal of Chapter 16 of each of the final agreements, in addition to the simple fixing and allocation of quotas, is to regulate the exercise by Yukon Indian people of their rights to harvest fish and wildlife by setting up a multi-level management framework that combines the principle of participation of the First Nations in question and that of decentralization. Those with responsibilities in the context of that framework are, in each case, the First Nation in question, the renewable resources council ("council"), which has jurisdiction in respect of that First Nation's traditional territory, the Fish and Wildlife Management Board ("Board") (and its Salmon Sub-Committee), which has jurisdiction throughout the Yukon Territory, and, finally, the Minister responsible for the matter in issue. There is equal representation on the councils and the Board: thus, "[s]ubject to Transboundary Agreements and Yukon First Nation Final Agreements, each Council shall be comprised of six members consisting of three nominees of the Yukon First Nation and three nominees of the Minister" (s. 16.6.2), and "[t]he Board shall be comprised of six nominees of Yukon First Nations and six nominees of Government" (s. 16.7.2). Regarding the composition of the councils, the specific provisions of the final agreements add only that the First Nation and the Minister may each nominate one additional member as an alternate member (ss. 16.6.2.1 to 16.6.2.3). The chairperson of each council, and of the Board, is selected from the membership of the body in question in

[155] Au-delà des seules fins d'établissement et de répartition de quotas, le chapitre 16 de chacune des ententes définitives entend encadrer l'exercice par les Indiens du Yukon de leurs droits d'exploitation des ressources halieutiques et fauniques par la mise en place d'une structure de gestion à plusieurs niveaux conjuguant les principes de participation des premières nations concernées et de décentralisation. Les organes composant cette structure sont, dans chaque cas, la première nation concernée, le conseil des ressources renouvelables (« conseil ») compétent sur le territoire traditionnel de cette première nation, la Commission de gestion des ressources halieutiques et fauniques (« Commission ») (et son sous-comité du saumon) — qui a compétence à l'échelle du territoire du Yukon — et, enfin, le ministre responsable de la matière en question. Les conseils et la Commission sont des organismes paritaires; « [s]ous réserve des dispositions des accords transfrontaliers et des ententes définitives conclues par les premières nations du Yukon, chaque conseil est formé de six membres dont trois sont choisis par la première nation du Yukon visée et trois par le ministre » (art. 16.6.2), et « [l]a Commission est formée de six personnes choisies par les premières nations du Yukon et de six autres choisies par le gouvernement » (art. 16.7.2). Relativement à la composition des conseils, les dispositions spécifiques des ententes définitives ne font qu'ajouter la possibilité pour la première nation et le ministre de proposer chacun un membre supplémentaire à titre de membre suppléant (art. 16.6.2.1

2010 SCC 53 (CanLII)

accordance with procedures it has established for itself (ss. 16.6.3 and 16.7.3). If no chairperson is selected within 30 days in the case of a council, or 60 days in the case of the Board, the Minister must, after consulting the council or the Board, as the case may be, appoint one from its membership (ss. 16.6.3.1 and 16.7.3.1).

[156] There are very few instances in which the organs referred to in Chapter 16, other than the Minister, are given decision-making powers. In one of the rare cases, the First Nation is given, "for Category 1 Traplines, the final allocation authority" (ss. 16.11.10.6 and 16.5.1.2) — I should mention that this is not the category to which Johnny Sam's trapline belongs. The First Nation also has sole authority to "align, realign or group Category 1 Traplines where such alignments, realignments or groupings do not affect Category 2 Traplines" (s. 16.5.1.3).

[157] More generally, the First Nation also has the following decision-making powers:

> . . . [to] manage, administer, allocate or otherwise regulate the exercise of the rights of Yukon Indian People under 16.4.0 [concerning the harvesting of fish and wildlife] within the geographical jurisdiction of the Council established for that Yukon First Nation's Traditional Territory by,
>
> (a) Yukon Indian People enrolled pursuant to that Yukon First Nation Final Agreement,
>
> (b) other Yukon Indian People who are exercising rights pursuant to 16.4.2, and
>
> (c) except as otherwise provided in a Transboundary Agreement, members of a transboundary claimant group who are Harvesting pursuant to that Transboundary Agreement in that Yukon First Nation's Traditional Territory . . . [s. 16.5.1.1]

However, the final paragraph of this provision contains the following clarification: ". . . where not inconsistent with the regulation of those rights by

à 16.6.2.3). Le président de chaque conseil et celui de la Commission sont choisis parmi les membres de l'organe en question, conformément à la procédure de sélection établie par celui-ci (art. 16.6.3 et 16.7.3). Si cela n'est pas fait dans un délai de 30 ou 60 jours, suivant le cas et respectivement, le ministre, après consultation de l'organe concerné, désigne l'un des membres de celui-ci comme président (art. 16.6.3.1 et 16.7.3.1).

[156] Hormis le ministre, les organes prévus au chapitre 16 sont très rarement investis de pouvoirs décisionnels. L'un de ces rares cas est l'attribution à la première nation de la « compétence en dernier ressort en ce qui concerne la répartition des lignes de piégeage de catégorie 1 » (art. 16.11.10.6 et 16.5.1.2) — signalons qu'il ne s'agit pas de la catégorie à laquelle appartient la ligne de piégeage de Johnny Sam. La première nation est aussi seule compétente pour « tracer ou modifier le tracé des lignes de piégeage de catégorie 1 ou encore grouper ces lignes de piégeage, si ces mesures n'ont aucune incidence sur les lignes de piégeage de catégorie 2 » (art. 16.5.1.3).

[157] La première nation détient en outre, plus généralement, les pouvoirs décisionnels suivants :

> . . . gérer, administrer, répartir ou réglementer de quelque autre façon que ce soit l'exercice, par les personnes énumérées ci-après, des droits des Indiens du Yukon prévus par la section 16.4.0 [relativement au prélèvement des ressources halieutiques et fauniques], dans la région qui relève de la compétence du conseil établi pour son territoire traditionnel :
>
> a) les Indiens du Yukon inscrits en application de son entente définitive;
>
> b) les autres Indiens du Yukon qui exercent des droits prévus par l'article 16.4.2;
>
> c) sauf disposition contraire d'un accord transfrontalier, les membres d'un groupe revendicateur transfrontalier qui exercent, sur son territoire traditionnel, des activités de récolte conformément à cet accord transfrontalier . . . [art. 16.5.1.1]

Or, le dernier alinéa de cette même disposition donne la précision suivante : « . . . en respectant les mesures de réglementation de ces droits qui sont

2010 SCC 53 (CanLII)

Government in accordance with 16.3.3 and other provisions of this chapter" (s. 16.5.1.1, final portion). The reality is that, aside from the allocation of individual rights from a group harvesting allocation, Chapter 16 mainly concerns management activities that ultimately fall under the Minister's authority. The organs mentioned in Chapter 16 other than the Minister have in most cases — with some exceptions where they are given a form of decision-making authority — a power limited to holding consultations before a decision is made.

[158] It is in this context that the respondents' argument regarding the *Community-based Fish and Wildlife Management Plan: Little Salmon/Carmacks First Nation Traditional Territory, 2004-2009* (2004) must be considered. Management plans such as this one are referred to in Chapter 16 of the various final agreements and more specifically, for our purposes, in ss. 16.6.10 and 16.6.10.1, which read as follows:

Subject to Yukon First Nation Final Agreements, and without restricting 16.6.9 [on the Councils' general powers], each Council:

> 16.6.10.1 may make recommendations to the Minister on the need for and the content and timing of Freshwater Fish and Wildlife management plans, including Harvesting plans, Total Allowable Harvests and the allocation of the remaining Total Allowable Harvest [under 16.9.4], for species other than the species referred to in 16.7.12.2 [species included in international agreements, threatened species declared by the Minister as being of territorial, national or international interest, and Transplanted Populations and Exotic Species] . . .

[159] A management plan such as the one relied on by the respondents is a policy statement regarding proposed legal acts, in particular decision

appliquées par le gouvernement conformément à l'article 16.3.3 et aux autres dispositions du présent chapitre » (art. 16.5.1.1, *in fine*). Le fait est que, sauf en matière de répartition de droits individuels à partir d'une allocation de prélèvement de groupe, il est surtout question au chapitre 16 d'activités de gestion qui relèvent, en fin de processus, du ministre. Les organes mentionnés au chapitre 16 — à l'exception du ministre — se voient parfois confier un pouvoir quasi décisionnel, mais il ne s'agit le plus souvent que d'un simple pouvoir consultatif prédécisionnel.

[158] C'est dans ce contexte qu'il faut situer l'argument des intimés relatif au plan de gestion des ressources halieutiques et fauniques de la Première nation de Little Salmon/Carmacks — *Community-based Fish and Wildlife Management Plan : Little Salmon/Carmacks First Nation Traditional Territory, 2004-2009* (2004). Il est question de tels plans de gestion au chapitre 16 des diverses ententes définitives et, plus particulièrement, pour les fins qui nous intéressent, aux art. 16.6.10 et 16.6.10.1, qui prévoient ce qui suit :

Sous réserve des dispositions des ententes définitives conclues par les premières nations du Yukon et sans restreindre la portée générale de l'article 16.6.9 [relatif aux attributions générales des Conseils], chaque conseil peut :

> 16.6.10.1 présenter au ministre des recommandations quant au besoin d'établir des plans de gestion du poisson d'eau douce et des animaux sauvages, à la teneur de ces plans et au moment de leur production, notamment en ce qui concerne les plans de récolte, les récoltes totales autorisées et la répartition du reste de la récolte totale autorisée [en vertu de l'article 16.9.4], à l'égard des espèces autres que celles visées à l'article 16.7.12.2 [espèces visées par des accords internationaux, espèces menacées ou déclarées par le ministre comme étant d'intérêt territorial, national ou international, populations transplantées et espèces exotiques] . . .

[159] Un plan de gestion tel celui invoqué par les intimés constitue un énoncé de politique faisant état d'actes juridiques projetés, le plus souvent des

2010 SCC 53 (CanLII)

making and the making of regulations under statutory authority. As its title indicates, therefore, this plan only sets out an administrative agreement on how the partners plan to exercise their legal powers.

[160] The passage from the management plan to which the respondents refer reads as follows:

Concern: There is a need to protect the Yukon River from Tatchun Creek to Minto as important habitat for moose, salmon, and other wildlife.

This section of the Yukon River contains a number of sloughs and islands, and was identified as important habitat for moose during calving, summer and winter. Moose were commonly seen in this area back in the 1960s, but fewer have been seen in recent years. "Dog Salmon Slough" was one area noted in particular as an important habitat area. Bears use Dog Salmon Slough for fishing. Moose might be staying away from river corridors now with the increased river travel traffic during summer. The review process for land applications in this area needs to consider the importance of these habitat areas to fish and wildlife.

Solution: Conserve the important moose and salmon habitat along the Yukon River from Tatchun Creek to Minto.

Pursue designating the area between Tatchun Creek and Minto along the Yukon River as a Habitat Protection Area under the *Wildlife Act*.

The community and governments need to get together to decide what kind of activities should happen in this important wildlife habitat. This is an overlap area with Selkirk First Nation, and the CRRC [Carmacks Renewable Resource Council] needs to consult with them. A [Little Salmon/Carmacks First Nation] Game Guardian could also assist in evaluating the area for designation and providing management guidelines. [pp. 32-33]

[161] Two concerns can therefore be identified: the protection of fish and wildlife and the designation of areas. As I will explain below, the protection of fish and wildlife could be, and in fact

décisions ou des textes réglementaires devant être pris en vertu de la loi. Comme l'indique son titre, ce plan ne fait donc que consigner une entente administrative sur la façon dont les partenaires prévoient exercer leurs pouvoirs juridiques.

[160] Le passage pertinent du plan de gestion auquel renvoient les intimés est le suivant :

[TRADUCTION] **Préoccupation : Il faut protéger le fleuve Yukon, de Tatchun Creek jusqu'à Minto, puisqu'il s'agit d'un habitat important pour le saumon, les orignaux et d'autres animaux sauvages.**

Cette partie du fleuve Yukon contient un certain nombre de faux chenaux et d'îles, et elle est considérée comme un habitat important pour les orignaux pendant le vêlage, l'été et l'hiver. On y voyait couramment des orignaux dans les années 1960, alors qu'on en observe plus rarement au cours des dernières années. Le faux chenal Dog Salmon (« *Dog Salmon Slough* ») était un endroit particulièrement reconnu comme un habitat important. Les ours pêchent à cet endroit. C'est peut-être en raison de l'accroissement de la circulation maritime pendant l'été que les orignaux se tiennent loin des corridors fluviaux. Il faut, dans le cadre du processus d'examen des demandes d'aliénation de terres dans cette région, tenir compte de l'importance de ces habitats pour le poisson et les animaux sauvages.

Solution : Conserver l'habitat important pour les orignaux et le saumon le long du fleuve Yukon, de Tatchun Creek jusqu'à Minto.

Demander la désignation de la région entre Tatchun Creek et Minto, le long du fleuve Yukon, comme région de protection de l'habitat sous le régime de la *Loi sur la faune*.

La communauté et les gouvernements doivent se concerter pour décider quels types d'activités devraient être menées dans cet habitat faunique important. Il s'agit d'un territoire qui chevauche celui de la Première Nation de Selkirk, et le CRRC [Conseil des ressources renouvelables de Carmacks] doit consulter cette première nation. Un garde-faune [de la Première nation de Little Salmon/Carmacks] pourrait aussi aider à l'évaluation de la région devant être désignée et fournir des lignes directrices en matière de gestion. [p. 32-33]

[161] Deux préoccupations ressortent donc : la protection du poisson et des animaux sauvages et la désignation des sites. Comme je l'expliquerai plus loin, le processus menant à la cession de terre

2010 SCC 53 (CanLII)

was, taken into consideration in the process leading to the transfer of land. As for the designation of a protected area, which could have prevented any transfer of the land in question in Mr. Paulsen's application from occurring, it was a complex process. Such a designation would have required that three steps be completed successfully: (1) the Little Salmon/Carmacks First Nation would have to recommend the designation after consulting the Selkirk First Nation and the renewable resources council, in accordance with the relevant provisions of the management plan; (2) the Commissioner in Executive Council would have to designate the area by making a regulation under s. 187 of the *Wildlife Act*, the effect of which would simply be to make it possible to withdraw the lands in question from disposition; and (3) the Commissioner in Executive Council would have to actually withdraw the lands from disposition by making an order under s. 7(1)(a) of the Yukon *Lands Act*, R.S.Y. 2002, c. 132, which would be done if the Commissioner in Executive Council considered it advisable to do so in the public interest. These steps had not yet been taken, and in the meantime no provisional suspension of the processing of applications for land in the area in question had been agreed upon, despite the fact that such a suspension had been suggested in September 2004, a few weeks before the decision on Mr. Paulsen's application, at a meeting concerning an agricultural policy review that was attended by representatives from the First Nation and the Agriculture Branch.

[162] In sum, the provisions of Chapter 16 on fish and wildlife management establish a framework under which the First Nations are generally invited to participate in fish and wildlife management at the pre-decision stage. In particular, the invitation they receive to propose fish and wildlife management plans can be regarded as consultation.

(3) Trapline

[163] The respondents submit that the land transfer in issue will reduce the value of the trapline

pouvait prendre en considération la protection du poisson et des animaux sauvages et, de fait, il le faisait. Pour ce qui est d'une désignation d'aire protégée, ce qui aurait pu éventuellement conduire à soustraire à toute cession la terre visée par la demande de M. Paulsen, il s'agissait d'un processus complexe. Une telle désignation aurait requis que trois étapes soient franchies avec succès : (1) une recommandation de désignation formulée par la Première nation de Little Salmon/Carmacks après consultation avec la Première nation de Selkirk et le conseil des ressources renouvelables conformément aux dispositions pertinentes du plan de gestion; (2) une désignation effectuée par le commissaire en conseil exécutif au moyen d'un règlement pris en vertu de l'art. 187 de la *Loi sur la faune*, désignation qui a tout simplement pour effet d'ouvrir la possibilité de soustraire les terres à la cession; (3) la soustraction comme telle des terres à la cession par décret du commissaire en conseil exécutif pris en vertu de l'al. 7(1)a) de la loi du Yukon intitulée *Loi sur les terres*, L.R.Y. 2002, ch. 132, une telle mesure étant prise dans les cas où ce dernier l'estime conforme à l'intérêt public. De telles étapes restaient à franchir et, dans l'intervalle, aucune suspension provisoire du traitement des demandes portant sur des terres de la région visée n'avait été convenue, malgré une suggestion à cet effet formulée lors d'une rencontre qui avait eu lieu en septembre 2004, soit quelques semaines avant la décision sur la demande de M. Paulsen, et qui portait sur la révision de la politique agricole et réunissait des représentants de la première nation et de la Direction de l'agriculture.

[162] En somme, les dispositions du chapitre 16 qui concernent la gestion des ressources halieutiques et fauniques instaurent un régime par lequel les premières nations sont généralement invitées à participer à la gestion des ressources halieutiques et fauniques sur une base prédécisionnelle. Notamment, l'invitation qui leur est faite de proposer des plans de gestion des ressources halieutiques et fauniques peut être considérée comme une consultation.

(3) Ligne de piégeage

[163] Les intimés soutiennent que la cession de terre en cause diminuera la valeur de la ligne de

2010 SCC 53 (CanLII)

held by Johnny Sam under the *Wildlife Act*, to which Division 16.11.0 of the Final Agreement on trapline management and use applies. In addition to the principles on the allocation of possible quotas between the First Nations and other harvesters, Chapter 16 of the Yukon final agreements includes specific rules for the trapping of furbearers. Division 16.11.0 incorporates, with necessary changes, the framework for granting individual traplines, or "concessions", established in the *Wildlife Act*. The changes made to that general framework in the final agreements relate primarily to the allocation of traplines in the First Nations' traditional territory.

[164] Section 16.11.2 of the final agreements concluded with the Yukon First Nations under the Umbrella Agreement reads as follows:

In establishing local criteria for the management and Use of Furbearers in accordance with 16.6.10.6 [which delegates the authority to adopt bylaws under the *Wildlife Act*] and 16.6.10.7 [which grants the authority to make recommendations to the Minister and the First Nation], the Councils shall provide for:

16.11.2.1 the maintenance and enhancement of the Yukon's wild fur industry and the Conservation of the fur resource; and

16.11.2.2 the maintenance of the integrity of the management system based upon individual trapline identity, including individual traplines within group trapping areas.

[165] The Final Agreement contains a specific provision concerning the allocation of traplines between Aboriginal and non-Aboriginal people in the traditional territory of the Little Salmon/Carmacks First Nation, namely s. 16.11.4.1, which provides that "[t]he overall allocation of traplines which have more than 50 percent of their area in that portion of the Traditional Territory of the Little Salmon/Carmacks First Nation which is

piégeage dont est titulaire Johnny Sam en vertu de la *Loi sur la faune* et à laquelle se rapporte la section 16.11.0 de l'Entente définitive relative à la gestion et à l'utilisation des lignes de piégeage. Au-delà des principes relatifs à la répartition d'éventuels contingents entre les premières nations et les autres exploitants, le chapitre 16 des ententes définitives du Yukon assujettit le piégeage d'animaux à fourrure à des règles particulières. En fait, la section 16.11.0 renvoie avec les adaptations nécessaires au régime d'octroi de lignes, ou « concessions » de piégeage individuelles que prévoit la *Loi sur la faune*. Les modifications qu'apportent les ententes définitives à ce régime d'application générale concernent pour l'essentiel la répartition des lignes de piégeage au sein du territoire traditionnel des premières nations concernées.

[164] En effet, l'art. 16.11.2 des diverses ententes définitives conclues aux termes de l'Accord-cadre avec les premières nations du Yukon stipule que :

Dans l'établissement, conformément aux articles 16.6.10.6 [portant délégation d'un pouvoir réglementaire en vertu de la *Loi sur la faune*] et 16.6.10.7 [attribuant un pouvoir de recommandation auprès du ministre et de la première nation], des critères locaux en matière de gestion et d'utilisation des animaux à fourrure, les conseils doivent viser les objectifs suivants :

16.11.2.1 le maintien et la mise en valeur de l'industrie de la fourrure d'animaux sauvages au Yukon et la conservation de cette ressource;

16.11.2.2 le maintien de l'intégrité du système de gestion fondé sur l'identification des lignes de piégeage individuelles, y compris des lignes de piégeage individuelles situées dans des secteurs de piégeage collectif.

[165] L'Entente définitive contient une disposition spécifique relative à la répartition des lignes de piégeage entre Autochtones et allochtones sur le territoire traditionnel de la Première nation de Little Salmon/Carmacks. Il s'agit de l'art. 16.11.4.1, qui précise que « [l]e nombre total de lignes de piégeage qui sont situées dans une proportion de plus de 50 % dans la partie du territoire traditionnel de la première nation de Little Salmon/Carmacks

2010 SCC 53 (CanLII)

not overlapped by another Yukon First Nation's Traditional Territory is 11 traplines held by Yukon Indian People and three traplines held by other Yukon residents." This allocation does not apply to Johnny Sam's trapline, since it is located entirely within the portion of the traditional territory of the Little Salmon/Carmacks First Nation that overlaps the traditional territory of the Selkirk First Nation.

qui ne coïncide pas avec le territoire traditionnel d'une autre première nation est de onze lignes de piégeage détenues par les Indiens du Yukon et de trois lignes de piégeage détenues par d'autres résidents du Yukon. » La ligne de piégeage dont est titulaire Johnny Sam n'est pas visée par cette répartition, dans la mesure où elle se situe entièrement dans cette portion du territoire traditionnel de la Première nation de Little Salmon/Carmacks qui chevauche celui de la Première nation de Selkirk.

[166] Furthermore, as I mentioned above, the Final Agreement establishes two categories of traplines. After being granted to an individual, a trapline located in the traditional territory of a First Nation may, with the written consent of its registered holder, be designated a Category 1 trapline (s. 16.11.8). Otherwise, it will be a Category 2 trapline. Such a designation gives the First Nation the authority — particularly if the trapline is vacant or underused — to reallocate it (ss. 16.5.1.2 and 16.11.10.6), or to align it, realign it or group it with another line "where such alignments, realignments or groupings do not affect Category 2 Traplines" (s. 16.5.1.3). Authority over Category 2 lines rests not with the First Nation, but with the Minister (ss. 16.3.1 and 16.11.10.7 and Division 16.8.0). In their decisions, the courts below indicated that Johnny Sam's trapline is a Category 2 trapline.

[166] En outre, tel qu'il est mentionné ci-dessus, l'Entente définitive établit deux catégories de lignes de piégeage. Une fois octroyée à un individu, une ligne de piégeage se situant dans le territoire traditionnel d'une première nation peut, avec le consentement écrit de son détenteur inscrit, être désignée ligne de piégeage de catégorie 1 (art. 16.11.8). À défaut, la ligne sera donc de catégorie 2. Une telle désignation a pour effet de conférer compétence à la première nation en ce qui concerne — notamment en cas de vacance ou de sous-utilisation — sa réattribution (art. 16.5.1.2 et 16.11.10.6) ou encore son tracé ou son groupage avec une autre ligne « si ces mesures n'ont aucune incidence sur les lignes de piégeage de catégorie 2 » (art. 16.5.1.3). Les lignes de catégorie 2 relèvent quant à elles non pas de la première nation mais du ministre (art. 16.3.1 et 16.11.10.7 et section 16.8.0). Les décisions des juridictions inférieures indiquent que la ligne de piégeage détenue par Johnny Sam appartient à la catégorie 2.

[167] Section 16.11.13 establishes the right of "Yukon Indian People holding traplines whose Furbearer Harvesting opportunities will be diminished due to other resource development activities [to] be compensated". This right is broader than the right to compensation the holder of a trapline has under s. 82 of the *Wildlife Act*, which is limited to situations in which a concession is revoked or the re-issuance of a concession is refused for purposes related to the conservation of wildlife or to protection of the public interest, but without giving two years' notice. Regarding the consequences the transfer of land to one person might have on another person's right to trap, I would point out that the *Wildlife Act* (s. 13(1)) provides that "[a] person

[167] L'article 16.11.13 établit le droit des « Indiens du Yukon qui détiennent des lignes de piégeage et dont les possibilités de récolte d'animaux à fourrure diminueront en raison d'autres activités de mise en valeur des ressources [d']être indemnisés ». Ce droit va au-delà de ce que prévoit l'art. 82 de la *Loi sur la faune* en faveur du titulaire d'une ligne de piégeage, c'est-à-dire le droit d'être indemnisé pour seule cause de révocation ou refus de renouvellement, aux fins de protection de la faune ou de l'intérêt public, sans préavis d'au moins deux ans. Relativement aux conséquences que peut avoir la cession d'une terre à une personne sur le droit de trappe d'une autre, je signale que la *Loi sur la faune* (par. 13(1)) précise qu'« [i]l est interdit de chasser ou

2010 SCC 53 (CanLII)

shall not hunt or trap wildlife within one kilometre of a building which is a residence, whether or not the occupants are present in the building at the time, unless the person has the permission of the occupants to do so."

[168] Having discussed the granting of rights and establishment of duties in Chapter 16 of the Final Agreement, on which the respondents are relying, I must now ask whether this chapter establishes a specific procedure to be followed by the Yukon government to consult the signatory First Nation before exercising its right to transfer Crown land under the (Yukon) territory's jurisdiction. The answer is no. The consultation provided for in ss. 16.3.3.2, 16.5.4 and 16.7.16 relates to the management of fish and wildlife, not to the impact an action might have in relation to fish and wildlife. However, ss. 16.5.3, 16.6.11 and 16.7.13 provide that the First Nation, the renewable resources council and the Fish and Wildlife Management Board, respectively, have standing as interested parties to participate in the public proceedings of any agency, board or commission on matters that affect the management and conservation of fish and wildlife and their habitats in the particular traditional territory. But the terms "agency", "board" or "commission" refer, in particular, to the bodies in question in Chapter 12 of the Final Agreement, which establishes a procedure for consulting the First Nations signatories by ensuring their participation in the environmental and socio-economic assessment of development activities such as the one that resulted from the approval of Mr. Paulsen's application.

[169] I would nevertheless like to point out that Johnny Sam had rights as the holder of the trapline. He had the same rights as anyone else where procedural fairness is concerned. He also had the right to be compensated in accordance with s. 16.11.13. But the respondents are neither arguing that there has been a breach of procedural fairness nor asserting their right to compensation. What they are seeking

de piéger une espèce faunique dans un rayon d'un kilomètre d'une maison d'habitation, que les occupants soient présents ou non à ce moment, à moins d'avoir la permission de ces derniers. »

[168] Après avoir exposé la répartition de droits et d'obligations effectuée au chapitre 16 de l'Entente définitive invoqué par les intimés, il faut maintenant se demander si ce chapitre instaure une procédure particulière de consultation de la première nation signataire par le gouvernement du Yukon, préalablement à l'exercice par ce dernier de son droit de céder des terres de la Couronne relevant du Territoire (du Yukon). La réponse est négative. En effet, la consultation prévue aux art. 16.3.3.2, 16.5.4 et 16.7.16 se rapporte à la gestion des ressources halieutiques et fauniques et non pas aux répercussions qu'une mesure est susceptible d'entraîner en ce domaine. En revanche, les art. 16.5.3, 16.6.11 et 16.7.13 disposent que la première nation, le conseil des ressources renouvelables et la Commission de gestion des ressources halieutiques et fauniques, respectivement, ont qualité, en tant que partie intéressée, pour participer aux audiences publiques d'une agence, d'un office ou d'une commission relativement à des questions ayant une incidence sur la gestion et la conservation des ressources halieutiques et fauniques et de leurs habitats dans le territoire traditionnel concerné. Or, cette « agence », cet « office » ou cette « commission », ce seront notamment les organes dont il est question au chapitre 12 de l'Entente définitive, lequel prévoit une procédure de consultation des premières nations signataires concernées en garantissant leur participation à l'évaluation environnementale et socioéconomique des activités de développement, comme l'est l'activité qui résulte de l'approbation de la demande de M. Paulsen.

[169] Je tiens tout de même à signaler que la ligne de piégeage conférait des droits à Johnny Sam. Ce dernier bénéficiait en effet des droits que possède tout administré en matière d'équité procédurale. Il avait aussi le droit d'être indemnisé conformément aux dispositions de l'art. 16.11.13. Or, les intimés n'invoquent ni un manquement à l'équité procédurale ni leur droit à une

2010 SCC 53 (CanLII)

is to have the decision on Mr. Paulsen's application quashed on the ground that the Crown had a common law duty to consult them (R.F. on cross-appeal, at para. 86). It is my view, therefore, that a review of the rights granted in the Final Agreement with respect to consultation prior to a decision such as the one in issue in this case is indispensable.

C. *Formal Rights and Duties in Issue*

[170] The appellants argue that Chapter 12 is not applicable on the ground that it had not yet been implemented at the relevant time. According to the respondents, the process provided for in Chapter 12 would have been applicable had it been implemented, but it is only one form of consultation among all those that would be applicable — in their view, the common law duty is not excluded. Binnie J. also proposes that the common law duty to consult should apply where the Crown exercises a right granted to it in the treaty, even if the treaty provides for consultation in relation to that right. I disagree with him on this point. As I mentioned above, respect for the autonomy of the parties implies that effect must be given to the provisions they have agreed on in finalizing the relationship between them on a given matter. I cannot therefore agree with disregarding provisions adopted by the parties with respect to the transitional law.

[171] The Umbrella Agreement and the Final Agreement in issue here state that the settlement legislation must provide that a settlement agreement is binding on third parties (s. 2.4.2.3), and the *Yukon First Nations Land Claims Settlement Act* provides that "[a final agreement or transboundary agreement that is in effect] is binding on all persons and bodies that are not parties to it" (s. 6(2)). Both these agreements are binding not only on the parties, but also on third parties. Therefore, in my opinion, it is necessary for this Court to review the provisions of Chapter 12.

indemnité. Ce qu'ils réclament c'est la cassation de la décision sur la demande de M. Paulsen, au motif que la Couronne avait, selon la jurisprudence pertinente, l'obligation de les consulter (m.i. en appel incident, par. 86). Il est donc déterminant, à mon avis, d'examiner les droits que confère l'Entente définitive en matière de consultation lors d'une décision comme celle en cause en l'espèce.

C. *Droits et obligations formels en cause*

[170] Les appelants écartent l'application du chapitre 12, au motif qu'il n'aurait pas été mis en œuvre au moment des faits pertinents. Par ailleurs, du point de vue des intimés, le processus prévu par le chapitre 12 se serait appliqué s'il avait été mis en vigueur mais ne représente qu'une forme de consultation parmi toutes celles qui seraient applicables — l'obligation jurisprudentielle de consultation ne serait pas exclue. Le juge Binnie, quant à lui, propose aussi le maintien de l'obligation jurisprudentielle de consultation lors de l'exercice par la Couronne d'un droit prévu par le traité et ce, même en présence de dispositions relatives à la consultation relativement à ce droit. Je ne suis pas d'accord avec lui sur ce point. Comme je l'ai mentionné plus tôt, il en va du respect de l'autonomie des parties de respecter les stipulations dont elles ont convenu pour sceller leurs relations sur une matière donnée. Pour cette raison je ne peux accepter qu'on fasse fi des stipulations des parties concernant le droit transitoire.

[171] L'Accord-cadre et l'Entente définitive ici en cause prévoient que la loi de mise en œuvre devra indiquer que l'entente portant règlement lie les tiers (art. 2.4.2.3), et la *Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon* précise qu'« [i]l est entendu [que tout accord — définitif ou transfrontalier — en vigueur] a force obligatoire pour toute personne et tout organisme qui n'y sont pas parties » (par. 6(2)). Cet accord et cette entente lient non seulement les parties, mais aussi les tiers. Par conséquent, je suis d'avis que notre Cour ne saurait écarter l'examen des dispositions du chapitre 12.

2010 SCC 53 (CanLII)

[172] Chapter 12 of the Umbrella Agreement, which can also be found in the final agreements, did not simply lay the foundations for an environmental and socio-economic assessment process that was to be implemented by means of a statute other than the general implementing legislation for those agreements — which was done by enacting the *Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Act*, S.C. 2003, c. 7 ("*YESAA*") — it also contains transitional law provisions regarding the duties of the parties to the Umbrella Agreement and the final agreements that would apply even before the enactment of that statute implementing the process in question.

[173] In reality, the Yukon final agreements provided that they would be implemented and would come into effect by way of legislation or of an order-in-council, as the case may be, and that their coming into effect was a condition precedent to their validity (ss. 2.2.11 and 2.2.12). This could be understood to mean that, since Chapter 12 required the enactment of specific implementing legislation, it constituted an exception to the general implementation of a final agreement and created no legal rights or duties until that legislation was enacted. But that is not what the Final Agreement says.

[174] In Division 12.2.0 of the Final Agreement, the expression "Development Assessment Legislation" is defined as "Legislation enacted to implement the development assessment process set out in this chapter" (emphasis added). This definition therefore does not concern special implementing legislation for Chapter 12 as a whole, but legislation to implement the *process* provided for in that chapter. This is confirmed by s. 12.3.1, which provides that "Government shall implement a development assessment process consistent with this chapter by Legislation". Logically, therefore, when a final agreement concluded under the Umbrella Agreement with the Yukon First Nations comes into effect, the result, even if the assessment process has not yet been implemented, is to give effect to several provisions of Chapter 12 that are common to all the final agreements, including

[172] Le chapitre 12 de l'Accord-cadre, qu'on retrouve aussi dans les ententes définitives, n'a pas fait que jeter les bases d'un processus d'évaluation environnementale et socioéconomique qui devait être mis en œuvre au moyen d'une loi distincte de la loi de mise en œuvre générale de ces ententes — ce qui fut fait par la *Loi sur l'évaluation environnementale et socioéconomique au Yukon*, L.C. 2003, ch. 7 (« *LÉESY* ») — mais il contient également des dispositions de droit provisoires relatives aux obligations des parties à l'Accord-cadre et aux ententes définitives qui s'appliquent même avant la promulgation de cette loi de mise en œuvre du processus qu'il envisage.

[173] En réalité, les ententes définitives du Yukon prévoient que leur mise en œuvre et mise en vigueur se font par loi ou par décret, selon le cas, et que leur mise en vigueur constitue une condition de leur validité (art. 2.2.11 et 2.2.12). On pourrait donc être amené à croire que, dans la mesure où il requiert la promulgation d'une loi de mise en œuvre spécifique, le chapitre 12 constitue une exception à la mise en vigueur générale d'une entente définitive, de telle sorte que, tant que n'a pas été promulguée cette loi, le chapitre 12 n'est porteur d'aucun droit ou obligation juridique. Or, ce n'est pas ce qui ressort du texte de l'Entente définitive.

[174] Aux termes de la section 12.2.0 de l'instrument qui nous occupe, l'expression « [loi] sur l'évaluation des activités de développement » s'entend de la « mesure législative édictée pour assurer la mise en œuvre du processus d'évaluation des activités de développement défini dans le présent chapitre » (je souligne). Cette définition ne renvoie donc pas à une loi de mise en œuvre particulière du chapitre 12 dans son ensemble, mais à la mise en œuvre du *processus* prévu à ce chapitre. Cette conclusion est confirmée par l'art. 12.3.1, qui prévoit que « [l]e gouvernement assure, au moyen d'une mesure législative, la mise en œuvre d'un processus d'évaluation des activités de développement conforme aux dispositions du présent chapitre ». Par conséquent, en toute logique, même si le processus d'évaluation n'a pas encore été mis en œuvre, l'entrée en vigueur d'une entente définitive conclue aux termes

2010 SCC 53 (CanLII)

those that establish the applicable transitional law.

[175] Section 12.19.5 provides that "[n]othing in [Chapter 12] shall be construed to affect any existing development assessment process in the Yukon prior to the Development Assessment Legislation coming into effect." This provision sets out the transitional law that would apply until the *YESAA* came into force, establishing that until then, existing statutes and regulations with respect to development assessment would constitute the minimum to which Yukon First Nations were entitled, which meant that those statutes and regulations could not be amended so as to reduce the level of protection enjoyed by the First Nations. Chapter 12 does not require that any amendments be made to that existing law in the meantime.

[176] In addition, s. 12.3.4 provides that "Government shall recommend to Parliament or the Legislative Assembly, as the case may be, the Development Assessment Legislation consistent with this chapter as soon as practicable and in any event no later than two years after the effective date of Settlement Legislation." The "settlement legislation" referred to here is clearly not the implementing legislation for the process contemplated in Chapter 12, but the "settlement legislation" provided for in Division 2.4.0 — the legislation to implement the particular final agreement. Both the territorial settlement legislation and the corresponding federal legislation came into force in 1995. As for the specific process contemplated in Chapter 12, it was ultimately implemented by Parliament by means of the *YESAA*.

[177] The transitional law, that is, the law that applied before the *YESAA* came into force, included, in addition to s. 12.19.5, which was discussed above, s. 12.3.6 of the Final Agreement, which read as follows:

de l'Accord-cadre avec les premières nations du Yukon donne effet à plusieurs dispositions de ce chapitre 12 que toutes les ententes définitives ont en commun, notamment ses dispositions établissant le droit provisoire applicable.

[175] L'article 12.19.5 dispose que le chapitre 12 « n'a pas pour effet de porter atteinte à tout processus existant d'évaluation des activités de développement au Yukon avant l'entrée en vigueur de la [loi] sur l'évaluation des activités de développement. » Cette disposition établit le droit provisoire applicable avant l'entrée en vigueur de la *LÉESY* et signifie que, avant son entrée en vigueur, les lois et règlements existants en la matière établissent le minimum auquel ont droit les premières nations du Yukon, de sorte que ces textes ne sauraient être modifiés d'une manière qui réduirait le niveau de protection reconnu à ces dernières. Par ailleurs, durant ce même intervalle aucune modification de ce même droit existant n'est exigée par le chapitre 12.

[176] En outre, l'art. 12.3.4 prévoit que « [l]e gouvernement recommande au Parlement ou à l'Assemblée législative, selon le cas, l'édiction d'une mesure législative sur l'évaluation des activités de développement qui soit compatible avec les dispositions du présent chapitre et ce, dès que possible ou au plus tard deux ans après la date d'entrée en vigueur de la loi de mise en œuvre. » Cette toute dernière loi de mise en œuvre n'est de toute évidence pas la loi de mise en œuvre du processus envisagé au chapitre 12, mais bien la loi de mise en œuvre dont il est question à la section 2.4.0 — la loi de mise en œuvre de l'entente définitive concernée. Tant la loi territoriale de mise en œuvre des premières ententes définitives que la loi fédérale correspondante sont entrées en vigueur en 1995. Quant à la mise en œuvre spécifique du processus prévu au chapitre 12, c'est finalement le Parlement qui y a procédé avec la *LÉESY*.

[177] Relativement au droit provisoire, c'est-à-dire au droit qui était applicable avant l'entrée en vigueur de la *LÉESY*, outre l'art. 12.19.5 vu plus haut, l'art. 12.3.6 de l'Entente définitive prévoyait ceci :

2010 SCC 53 (CanLII)

Prior to the enactment of Development Assessment Legislation, the parties to the Umbrella Final Agreement shall make best efforts to develop and incorporate in the implementation plan provided for in 12.19.1, interim measures for assessing a Project which shall be consistent with the spirit of this chapter and within the existing framework of Law and regulatory agencies. [Emphasis added.]

No implementation plan of the type provided for in s. 12.19.1 was produced in this case. Moreover, s. 12.19.4 provided that Chapter 12 was not to "be construed to prevent Government, in Consultation with Yukon First Nations, from acting to improve or enhance socio-economic or environmental procedures in the Yukon in the absence of any approved detailed design of the development assessment process". No evidence of any such action was adduced in the case at bar. By virtue of s. 12.19.5, therefore, the applicable interim framework corresponded to the "existing development assessment process in the Yukon prior to the Development Assessment Legislation coming into effect".

[178] However, it should be mentioned that the interim framework, which was intended to apply for only a relatively short period, was ultimately in effect longer than planned. This is because the bill that became the implementing legislation for the process contemplated in Chapter 12 was not introduced until October 3, 2002, that is, over five and a half years after the February 14, 1997 deadline provided for in s. 12.3.4 of the Final Agreement. In fact, that deadline had already passed when the Final Agreement was signed in 1997. Since it is clear from the provisions of Chapter 12 that before the *YESAA* came into force, the parties to the Umbrella Agreement were required to make best efforts to ensure that the Yukon First Nations received the benefit of the spirit of that chapter as soon as was practicable, it is important to begin — not in order to apply the *letter* of the *YESAA*, but in order to clearly understand the *spirit* of Chapter 12, of which certain other provisions that were applicable expressly stated that, in the interim, best efforts were to be made to honour that spirit — by

Avant l'édiction de la législation sur l'évaluation des activités de développement, les parties à l'Accord-cadre définitif s'efforcent d'élaborer et d'incorporer au plan de mise en œuvre prévu à l'article 12.19.1 des mesures provisoires d'évaluation des projets qui soient conformes à l'esprit du présent chapitre et respectent les limites existantes établies par les règles de droit applicables et les organismes réglementaires. [Je souligne.]

Aucun plan de mise en œuvre de la nature de celui visé à l'art. 12.19.1 n'a été produit en l'espèce. Du reste, l'art. 12.19.4 précisait que le chapitre 12 n'avait « pas pour effet d'empêcher le gouvernement, en consultation avec les premières nations du Yukon, de prendre des mesures afin d'améliorer les procédures existantes en matière socio-économique ou environnementale au Yukon, en l'absence d'un plan détaillé approuvé [« *approved detailed design* »] du processus d'évaluation des activités de développement ». Aucune preuve n'a été déposée en l'espèce à l'égard d'une telle mesure. Par conséquent, conformément à l'art. 12.19.5, le régime provisoire applicable correspondait au « processus existant d'évaluation des activités de développement au Yukon avant l'entrée en vigueur de la [loi] sur l'évaluation des activités de développement ».

[178] Il convient cependant de noter que le régime provisoire, qui ne devait s'appliquer que pendant une période relativement courte, s'est prolongé plus longtemps que prévu. En effet, je dois souligner que le projet qui est à l'origine de la loi de mise en œuvre du processus envisagé au chapitre 12 n'a été déposé que le 3 octobre 2002, soit plus de cinq ans et demi après l'échéance du 14 février 1997 prévue à l'art. 12.3.4 de l'Entente définitive. En fait, lorsque cette entente a été signée en 1997, cette échéance était déjà dépassée. Comme il ressort de l'économie des dispositions du chapitre 12 que, avant l'entrée en vigueur de la *LÉESY*, les parties à l'Accord-cadre devaient s'efforcer de faire en sorte que les premières nations du Yukon bénéficient de l'esprit de ce chapitre dans les meilleurs délais, il importe, dans un premier temps, de vérifier ce à quoi aurait eu droit la Première nation de Little Salmon/Carmacks en vertu de la *LÉESY* si le processus que celle-ci met en œuvre s'était appliqué à la demande de M. Paulsen, et ce, dans le but, non pas de rendre applicable la *lettre* de la *LÉESY*, mais

2010 SCC 53 (CanLII)

determining what the Little Salmon/Carmacks First Nation would have been entitled to under the *YESAA* if the process implemented in that Act had applied to Mr. Paulsen's application.

(1) Permanent Process: *YESAA*

[179] One objective of Chapter 12 of the final agreements concluded with the Yukon First Nations is to ensure the implementation of a development assessment process that "provides for guaranteed participation by Yukon Indian People and utilizes the knowledge and experience of Yukon Indian People in the development assessment process" (s. 12.1.1.2). This framework was designed to incorporate both the participation of the First Nations and a certain degree, if not of decentralization, at least of administrative deconcentration. These objectives are achieved through the membership of the bodies established in Chapter 12 of the final agreements and the *YESAA*, and through the oversight by those bodies of development activities planned for the territory in question. This integrated mechanism was intended, with some exceptions, to become Yukon's default assessment procedure. The relationship between the process established in Chapter 12 and the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37, is made clear in s. 63 of the *YESAA*. In addition to the principle of a *single* assessment, Chapter 12 (ss. 12.14.1.2 and 12.14.3.2) and its implementing legislation (ss. 82(1), 83(1) and 84(1)) confirm the principle of *prior* assessment (prior to the authorization of any project).

[180] The process for which Chapter 12 lays the foundations involves two main organs: the Yukon Development Assessment Board and all the "designated offices" at the local level. The *YESAA* also refers to them as the "Board" and the "designated offices". The membership of the Board is established in s. 8 of the *YESAA*. The basis for its membership is equal representation. The Board's Executive Committee consists of one member nominated by the Council for Yukon Indians, one member nominated by the government and a chairperson appointed by the Minister after consultation with the first two members. The Minister then appoints additional members such that, excluding

de bien saisir l'*esprit* du chapitre 12, dont certaines autres dispositions qui étaient quant à elles applicables prévoyaient expressément qu'on devait provisoirement s'efforcer d'y faire honneur.

(1) Processus permanent : *LÉESY*

[179] Le chapitre 12 des ententes définitives conclues avec les premières nations du Yukon a notamment pour objectif d'assurer la mise en place d'un processus d'évaluation des activités de développement « garantissant la participation des Indiens du Yukon au processus d'évaluation des activités de développement et faisant appel à leurs connaissances et à leur expérience » (art. 12.1.1.2). Ce régime devait intégrer à la fois la participation des premières nations et un certain niveau, sinon de décentralisation, du moins de déconcentration administrative. Ces objectifs sont assurés par la composition des organes établis par le chapitre 12 des ententes définitives et la *LÉESY*, ainsi que par le droit de regard de ces organes sur les activités de développement prévues sur le territoire touché. Ce dispositif intégré était appelé, sous réserve d'exceptions, à devenir la procédure d'évaluation par défaut au Yukon. La relation entre le processus établi au chapitre 12 et la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37, est précisée à l'art. 63 de la *LÉESY*. Outre le principe de l'évaluation *unique*, le chapitre 12 (art. 12.14.1.2 et 12.14.3.2) et sa loi de mise en œuvre (par. 82(1), 83(1) et 84(1)) reprennent celui de l'évaluation *préalable* (à toute autorisation d'un projet donné).

[180] Le processus dont le chapitre 12 jette les fondations est constitué de deux organes principaux : la Commission d'évaluation des activités de développement du Yukon et l'ensemble des « organismes désignés » au niveau local. Dans la *LÉESY*, la Commission devient un « Office » et les organismes des « bureaux ». La composition de l'Office est prévue à l'art. 8 de la *LÉESY*. L'Office se veut paritaire. Son comité de direction — appelé « comité exécutif » dans les ententes définitives — est composé d'un membre proposé par le Conseil des Indiens du Yukon, d'un membre proposé par le gouvernement et d'un président nommé par le ministre après consultation des deux premiers. Le

2010 SCC 53 (CanLII)

the chairperson, half the members are nominees of the Council for Yukon Indians and the other half are nominees of the government. As for the designated offices, they are, pursuant to the *YESAA*, outposts of the Board. Their staff "shall be composed of employees of the Board assigned to that office by the Board" (s. 23(1)).

[181] Chapter 12 establishes two broad categories of assessments — mandatory assessments and optional assessments — which are conducted upon request by the government or by a First Nation, but when the request is made by a First Nation, the government's consent is required, with some exceptions that are subject to specific conditions (ss. 12.8.1.4, 12.8.1.5, 12.8.1.8, 12.8.1.9 and 12.8.1.10 of the Final Agreement, and s. 60 of the *YESAA*). The Board is responsible for optional assessments. It is possible to simply except a project from assessment (s. 47(2) *YESAA*). As for mandatory assessments, they are the responsibility of the designated office for the assessment district in which the project is to be undertaken, or of the Board if the assessment district office refers the assessment to it (s. 50(1) *YESAA*) or if such projects have been classified by way of regulations as requiring submission to the Board (s. 122(*c*) *YESAA*). In short, if a project (1) is not excepted from assessment, (2) is not the subject of an accepted optional assessment, or (3) is not one that is required by regulations to be assessed by the Board or that has been referred to the Board by the office for the project's assessment district, it will be assessed by the assessment district office.

[182] If the environmental and socio-economic assessment process provided for in Chapter 12 — and in fact in the *YESAA*, which implements the process — had applied at the time of the events in this case, Mr. Paulsen's application would have had to be assessed by the designated office for the Mayo assessment district, which was established along with five others (for a total of six) by order of the Minister under s. 20(1) of the *YESAA*. Projects like the one in question in Mr. Paulsen's application were neither excepted by regulations nor required to be assessed by the Board. Section 2 of the

ministre y nomme ensuite des membres supplémentaires de façon à ce que, exclusion faite du président, la moitié des membres soient des personnes dont la nomination a été proposée par le Conseil des Indiens du Yukon et l'autre moitié par le gouvernement. Quant aux bureaux désignés, en vertu de la *LÉESY*, ils sont des antennes de l'Office. Leur personnel « est formé des personnes que l'Office y affecte parmi son propre personnel » (par. 23(1)).

[181] Le chapitre 12 établit deux grandes catégories d'évaluation : les évaluations obligatoires et les évaluations facultatives, lesquelles sont effectives sur demande du gouvernement ou d'une première nation, mais dans ce dernier cas, sauf exceptions et conditions prévues, avec l'assentiment du gouvernement (art. 12.8.1.4, 12.8.1.5, 12.8.1.8, 12.8.1.9 et 12.8.1.10 de l'Entente définitive et art. 60 de la *LÉESY*). Les évaluations facultatives relèvent de l'Office. Un projet peut aussi être simplement exclu de l'évaluation (par. 47(2) *LÉESY*). Les évaluations obligatoires relèvent quant à elles soit du bureau désigné de la circonscription où le projet doit être réalisé, soit de l'Office si le bureau de circonscription le lui réfère (par. 50(1) *LÉESY*) ou si un tel projet a fait l'objet d'une telle classification par règlement (al. 122*c*) *LÉESY*). En somme, si un projet (1) n'est pas exclu de toute évaluation, (2) ne fait pas l'objet d'une évaluation facultative acceptée ou (3) n'est pas soumis par règlement à une évaluation par l'Office ou ne lui a pas été déféré par le bureau de la circonscription du projet, il fera l'objet d'une évaluation par ce dernier.

[182] Si le processus d'évaluation environnementale et socioéconomique prévu au chapitre 12, en fait, à la *LÉESY* qui le met en œuvre, s'était appliqué au moment des faits, alors la demande de M. Paulsen aurait dû obligatoirement être évaluée par le bureau désigné de la circonscription de Mayo, créée avec cinq autres (pour un total de six) par arrêté ministériel en vertu du par. 20(1) de la *LÉESY*. En effet, un projet comme celui faisant l'objet de la demande de M. Paulsen n'a pas été exclu par règlement, ni fait l'objet d'une précision pour évaluation par l'Office. L'article 2 du *Règlement sur les*

2010 SCC 53 (CanLII)

Assessable Activities, Exceptions and Executive Committee Projects Regulations, SOR/2005-379, refers to Schedule 1 to those regulations concerning "activities that may . . . be made subject to assessment" within the meaning of s. 47 of the *YESAA*. The following activity is listed as Item 27 of Part 13 — entitled "Miscellaneous" — of Schedule 1:

On land under the administration and control of the Commissioner of Yukon or on settlement land, the construction, establishment, modification, decommissioning or abandonment of a structure, facility or installation for the purpose of agriculture, commercial recreation, public recreation, tourist accommodation, telecommunications, trapping or guiding persons hunting members of a species prescribed as a species of big game animal by a regulation made under the *Wildlife Act*, R.S.Y. 2002, c. 229.

[183] Finally, s. 5 of the *Assessable Activities, Exceptions and Executive Committee Projects Regulations* provides that "[p]rojects for which proposals are to be submitted to the executive committee under paragraph 50(1)(*a*) of the [*YESAA*] are specified in Schedule 3." Since nothing in that schedule corresponds to Mr. Paulsen's application, it must be concluded that the assessment would have been the responsibility of the Mayo designated office, although that office could have referred the project to the Board.

[184] Since Mr. Paulsen's project falls into the category of projects for which an assessment by an assessment district office is mandatory, it is possible to give a precise answer to the question of what measures the respondents would have been entitled to had the letter of the process provided for in Chapter 12 of the Final Agreement applied in the case of Mr. Paulsen's application.

[185] It should first be observed that neither the Final Agreement nor the *YESAA* provides for direct participation by the First Nation in the assessment itself. It is only through the Council for Yukon Indians, or more precisely through those of the Board's members assigned to the Mayo office who were appointed after being nominated by the Council, that the First Nation

activités susceptibles d'évaluation, les exceptions et les projets de développement soumis au comité de direction, DORS/2005-379, renvoie à l'annexe 1 de celui-ci concernant les « activités qui pourraient [. . .] être assujetties à l'évaluation » au sens de l'art. 47 de la *LÉESY*. Cette annexe, à l'art. 27 de sa partie 13, intitulée « Divers », fait état de l'activité suivante :

Sur une terre dont le commissaire du Yukon a la gestion et la maîtrise ou sur une terre désignée, construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture ou abandon d'une structure ou installation agricole, récréative commerciale ou publique, touristique, de télécommunication, de piégeage ou destinée aux guides de chasse au gros gibier d'une espèce prévue par règlement du Yukon pris en vertu de la *Loi sur la faune*, L.R.Y. 2002, ch. 229.

[183] Enfin, l'article 5 du *Règlement sur les activités susceptibles d'évaluation, les exceptions et les projets de développement soumis au comité de direction* indique que « [l]es projets de développement pour lesquels des propositions doivent être soumises au comité de direction en application du paragraphe 50(1) de la [*LÉESY*] sont précisés à l'annexe 3. » Or, comme rien dans cette annexe ne correspond à la demande de M. Paulsen, il faut donc en conclure que l'évaluation aurait ressorti au bureau désigné de Mayo, même si ce dernier aurait pu déférer le projet à l'Office.

[184] Comme le projet Paulsen appartient à la catégorie des projets impliquant une évaluation obligatoire par un bureau de circonscription, il est possible de répondre précisément à la question de savoir quelles sont les mesures auxquelles auraient eu droit les intimés si la lettre du processus prévu au chapitre 12 de l'Entente définitive s'était appliquée à la demande de M. Paulsen.

[185] Il faut d'abord constater que ni l'Entente définitive ni la *LÉESY* ne prévoient la participation directe de la première nation au travail d'évaluation comme tel. La première nation n'aurait *participé* à l'évaluation de la demande de M. Paulsen que par l'intermédiaire du Conseil des Indiens du Yukon, plus exactement par le truchement de ceux des membres détachés par l'Office au bureau de Mayo qui

2010 SCC 53 (CanLII)

would have *participated* in the assessment of Mr. Paulsen's application. Furthermore, no provisions regarding the proportion of Aboriginal assessors required for assessments by the designated offices can be found either in the final agreements or in the *YESAA*. All that we know in this respect is that the Final Agreement and the *YESAA* require equal representation in the Board's *overall* membership.

[186] Regarding the right of interested parties, not to actively take part in the assessment itself, but to be heard, the Final Agreement provides that "[i]n accordance with the Development Assessment Legislation, a Designated Office . . . shall ensure that interested parties have the opportunity to participate in the assessment process" (s. 12.6.1.3). Moreover, as I mentioned above, the organs — the First Nations, the renewable resources council and the Fish and Wildlife Management Board — that make up the co-management framework for fish and wildlife established in Chapter 16 of the Final Agreement have standing as interested parties to participate in public proceedings of any agency, board or commission on matters that affect the management and conservation of fish and wildlife and their habitats in the traditional territory in question (ss. 16.5.3, 16.6.11 and 16.7.13). Also, s. 55(1)(*b*) of the *YESAA* provides that "[w]here a proposal for a project is submitted to a designated office under paragraph 50(1)(*b*), the designated office shall . . . determine whether the project will be located, or might have significant environmental or socio-economic effects, in the territory of a first nation." The word "territory" is defined as follows in s. 2(1) of the *YESAA*: "in relation to a first nation for which a final agreement is in effect, that first nation's traditional territory and any of its settlement lands within Yukon that are not part of that traditional territory". After it has been determined under s. 55(1)(*b*) that the project will be so located or that it might have such effects, s. 55(4) of the *YESAA* applies. It reads as follows:

auraient été nommés sur proposition de ce conseil. D'ailleurs, ni les ententes définitives ni la *LÉESY* ne précisent la proportion d'évaluateurs autochtones en cas d'évaluation par les bureaux désignés. Tout ce que nous savons à cet égard est que l'Entente définitive et la *LÉESY* exigent la parité dans la composition d'*ensemble* de l'Office.

[186] Au sujet du droit des parties intéressées, non pas de prendre part activement à l'évaluation elle-même, mais d'être entendues, l'Entente définitive prévoit ceci : « Conformément à la législation sur l'évaluation des activités de développement, les organismes désignés [. . .] font en sorte que les parties intéressées aient l'occasion de participer au processus d'évaluation » (art. 12.6.1.3). D'ailleurs, les organes composant le système de cogestion des ressources halieutiques et fauniques mis en place par le chapitre 16 de l'Entente définitive — soit les premières nations, le conseil des ressources renouvelables et la Commission de gestion des ressources halieutiques et fauniques — ont, comme je l'ai mentionné plus tôt, qualité pour participer à titre de partie intéressée aux audiences publiques tenues par une agence, un office ou une commission relativement à des questions ayant une incidence sur la gestion et la conservation des ressources halieutiques et fauniques et de leurs habitats dans le territoire traditionnel concerné (art. 16.5.3, 16.6.11 et 16.7.13). Aussi, l'alinéa 55(1)*b*) de la *LÉESY* précise que, « [s]aisi d'une proposition relative à un projet de développement en application du paragraphe 50(1), le bureau désigné [. . .] établit si le lieu de réalisation se trouve dans le territoire d'une première nation ou si le projet est susceptible d'avoir, dans un tel territoire, des effets importants sur l'environnement ou la vie socioéconomique. » Il faut savoir que le par. 2(1) de cette même loi définit ainsi le terme « territoire » : « En ce qui touche les premières nations qui sont parties à un accord définitif en vigueur, leur territoire traditionnel ainsi que leurs terres désignées situées à l'extérieur de celui-ci mais au Yukon ». Une fois faite, la détermination prévue à l'al. 55(1)*b*), la *LÉESY* précise en conséquence, au par. 55(4), que

2010 SCC 53 (CanLII)

Before making a recommendation . . . a designated office shall seek views about the project, and information that it believes relevant to the evaluation, from any first nation identified under paragraph (1)(*b*) and from any government agency, independent regulatory agency or first nation that has notified the designated office of its interest in the project or in projects of that kind.

Therefore, under the process provided for in Chapter 12 of the Final Agreement and in the *YESAA*, the Little Salmon/Carmacks First Nation would have had the right only to be heard in the assessment of Mr. Paulsen's application, and not to actively take part in it by delegating assessors.

[187] This, therefore, is the collective consultation measure to which the respondents would have been entitled in the case of Mr. Paulsen's application had the process provided for in Chapter 12 of the Final Agreement and implemented by the *YESAA* applied to it. This should enable us now to answer the ultimate question in the case at bar: whether, given that the letter of that process does not apply, the respondents could receive the benefit of the spirit of the process, as was their right under the transitional provisions of Chapter 12 of the Final Agreement. For this purpose, we must reiterate that although those transitional provisions did impose a particular responsibility on the Crown party, they were nevertheless not silent with respect to the participation of the Aboriginal party. Thus, s. 12.3.6 refers in this regard to efforts on the part not only of "government", but of the parties to the Umbrella Agreement.

(2) Transitional Law: Any "Existing Process" Before the Coming Into Force of the *YESAA*

[188] As far as Mr. Paulsen's application is concerned, the "existing process" within the meaning of the transitional law provisions, that is, of ss. 12.3.6 and 12.19.5 of the Final Agreement, was the process provided for in the *Environmental Assessment Act*, S.Y. 2003, c. 2, and Yukon's 1991

[l]e bureau désigné ne formule ses recommandations [. . .] qu'après avoir, d'une part, demandé l'avis de la première nation dont le territoire est touché aux termes de l'alinéa (1)*b*) et des autorités publiques, organismes administratifs autonomes et premières nations l'ayant avisé de leur intérêt dans le projet de développement ou dans les projets de même catégorie et, d'autre part, cherché à obtenir d'eux l'information qu'il estime nécessaire à l'examen.

Aux termes du processus prévu au chapitre 12 de l'Entente définitive et des dispositions de la *LÉESY*, la Première nation de Little Salmon/Carmacks n'aurait donc eu droit que d'être entendue lors de l'évaluation de la demande de M. Paulsen, et non pas d'y prendre part activement en y déléguant des évaluateurs.

[187] Voilà donc ce à quoi auraient eu droit les intimés comme mesure de consultation collective relativement à la demande de M. Paulsen si le processus prévu au chapitre 12 de l'Entente définitive et mis en œuvre par la *LÉESY* s'était appliqué à cette demande. Cela devrait maintenant nous permettre de répondre à la question que pose la présente affaire en dernière analyse, soit celle de savoir si, à défaut d'applicabilité de la lettre de ce processus, les intimés ont pu bénéficier de l'esprit de celui-ci, comme ils y avaient droit en vertu de l'économie des dispositions provisoires du chapitre 12 de l'Entente définitive. Pour ce faire, il faudra nous rappeler que, même si ces dispositions de droit provisoire conféraient une responsabilité particulière à la partie étatique, elles n'étaient pas pour autant silencieuses quant à la participation de la partie autochtone. En effet, l'art. 12.3.6 parle à cet égard des efforts qui sont dus non seulement de la part du « gouvernement », mais de celle de toutes les parties à l'Accord-cadre.

(2) Droit provisoire : tout « processus existant » avant l'entrée en vigueur de la *LÉESY*

[188] Au sens des dispositions de droit provisoire, c'est-à-dire les art. 12.3.6 et 12.19.5 de l'Entente définitive, le « processus existant » était, en ce qui concerne la demande de M. Paulsen, celui prévu à la *Loi sur l'évaluation environnementale*, L.Y. 2003, ch. 2, et à la politique agricole yukonnaise

2010 SCC 53 (CanLII)

agriculture policy, which, moreover, also referred to the environmental legislation (*Agriculture for the 90s: A Yukon Policy* (1991) (the "agriculture policy"), Section II, at para. 6(1)). Since the parties did not rely on that Act, I will merely mention that the assessment provided for in it was completed, but more than five months after the date of the decision on Mr. Paulsen's application, despite the fact that it was a mandatory prior assessment.

[189] Under the 1991 agriculture policy, Mr. Paulsen's application first had to undergo a "prescreening" by the Land Claims and Implementation Secretariat, the Lands Branch and the Agriculture Branch. The prescreening process involved determining whether the application was eligible for consideration, and in particular whether the application was complete, whether the land in question was available, whether that land was under territorial jurisdiction, whether there was a possibility that the land would be subject to Aboriginal land claims, whether the land had agronomic capability and, more specifically, whether the application was, at first glance, consistent with the policy then in effect.

[190] Mr. Paulsen's application then had to undergo a more technical review by the Agriculture Land Application Review Committee ("ALARC"). ALARC is a cross-sector, interdepartmental committee that, among other things, reviews the farm development plan that every applicant for agricultural land must submit (agriculture policy, Section II, at subpara. 9(1)(c)). ALARC's review of Mr. Paulsen's application was originally scheduled for June 26, 2002, but it could not proceed on that date because the applicant had not yet submitted a farm development plan.

[191] On June 10, 2002, an analysis by the Agriculture Branch showed that if Mr. Paulsen's application were accepted as configured, it would not represent the most efficient use of the land. On October 20, 2003, Mr. Paulsen reconfigured the parcel in question in his application. On February 24, 2004, ALARC recommended that his

de 1991 qui renvoyait d'ailleurs aussi à la législation sur l'environnement (*Agriculture for the 90s : A Yukon Policy* (1991) (la « politique agricole »), section II, par. 6(1)). Comme les parties n'ont pas invoqué cette loi, je me limiterai à mentionner que l'évaluation prévue par celle-ci a été complétée, mais plus de cinq mois après la date de la décision sur la demande de M. Paulsen, et ce, même s'il s'agissait d'une évaluation préalable obligatoire.

[189] Aux termes de la politique agricole de 1991, la demande de M. Paulsen a d'abord fait l'objet d'un examen préliminaire par le Secrétariat des revendications territoriales et de la mise en œuvre, par la Direction des terres ainsi que par la Direction de l'agriculture. Cet examen préliminaire devait consister en un contrôle de recevabilité de la demande, et notamment de son caractère complet, de la disponibilité de la terre visée, de la compétence territoriale sur celle-ci, d'éventuelles revendications territoriales autochtones dont elle pouvait faire l'objet, de son potentiel agricole et, plus généralement, de la conformité a priori de la demande à la politique en vigueur.

[190] La demande de M. Paulsen devait ensuite faire l'objet d'un examen davantage technique par le Comité d'examen des demandes d'aliénation de terres agricoles (« CEDATA »). Il s'agit d'un comité intersectoriel et interministériel qui procède notamment à l'examen du plan d'exploitation exigé de toute personne sollicitant l'obtention d'une terre à des fins agricoles (politique agricole, section II, al. 9(1)c)). L'examen de la demande de M. Paulsen par le CEDATA avait été initialement prévu pour le 26 juin 2002. Toutefois, comme le demandeur n'avait toujours pas produit de plan d'exploitation à cette date, cet examen n'a pas pu avoir lieu au moment prévu.

[191] Le 10 juin 2002, une analyse effectuée par la Direction de l'agriculture a révélé que, si elle était acceptée suivant la délimitation proposée, la demande de M. Paulsen ne constituerait pas une utilisation optimale du sol. Le 20 octobre 2003, M. Paulsen a revu la délimitation de la terre qui faisait l'objet de sa demande. Le 24 février 2004, le

2010 SCC 53 (CanLII)

application proceed to an assessment by the Land Application Review Committee ("LARC").

[192] LARC is a body whose membership consists of representatives of the Yukon government and, depending on the case, of Yukon First Nations, Yukon municipalities and/or the federal Department of Fisheries and Oceans (*Land Application Review Committee (LARC): Terms of Reference*, Section 4.0: Membership/Public Participation, A.R., vol. II, at p. 29). It is chaired by a territorial government official. A First Nation will be represented on LARC if, as was the case here, the application to be reviewed has potential consequences for the management of its "traditional territory".

[193] LARC's mandate is, in particular, to "review matters concerning land applications from a technical land-management perspective, in accordance with legislation, First Nation Final & Self Government Agreements and criteria in specific land application policies" (*Land Application Review Committee (LARC): Terms of Reference*, Section 6.0: Land Application & Policy Development Procedures — Mandate, A.R., vol. II, at p. 32).

[194] A notice concerning Mr. Paulsen's application was published on March 26, 2004, and the public were invited to submit written comments within 20 days. On April 28, 2004, the Agriculture Branch sent a summarized version of the application to the Little Salmon/Carmacks First Nation (A.R., vol. II, at p. 6) together with a letter notifying the First Nation that the application was to be reviewed by LARC and asking it to submit its written comments within 30 days. The First Nation was also sent an information package, which included notice that the LARC meeting was scheduled for August 13, 2004.

[195] On July 27, 2004, Susan Davis, the Director of Land and Resources of the Little Salmon/Carmacks First Nation, sent Yukon's Lands Branch

CEDATA a recommandé que sa demande soit évaluée par le Comité d'examen des demandes d'aliénation de terres (« CEDAT »).

[192] Le CEDAT se compose de représentants du gouvernement du Yukon et, suivant les cas, des premières nations du Yukon, des municipalités du Yukon et/ou du ministère fédéral des Pêches et Océans (*Land Application Review Committee (LARC) : Terms of Reference*, section 4.0 : Membership/Public Participation, d.a., vol. II, p. 29). Il est présidé par un fonctionnaire territorial. Une première nation y est représentée si la demande à examiner peut avoir des conséquences sur la gestion de son « territoire traditionnel », ce qui était le cas en l'espèce.

[193] Le CEDAT a notamment pour mandat d'[TRADUCTION] « examiner d'un point de vue technique de gestion du territoire certains aspects des demandes d'aliénation de terres, conformément aux lois, aux ententes définitives et accords d'autonomie gouvernementale des premières nations et aux critères prévus par certaines politiques relatives aux demandes d'aliénation de terres » (*Land Application Review Committee (LARC) : Terms of Reference*, section 6.0 : Land Application & Policy Development Procedures — Mandate, d.a., vol. II, p. 32).

[194] Le 26 mars 2004, la demande de M. Paulsen a fait l'objet de publicité et le public a été invité à formuler ses observations par écrit dans les 20 jours suivant cette date. Le 28 avril 2004, la Direction de l'agriculture a communiqué une version résumée de la demande de M. Paulsen à la Première nation de Little Salmon/Carmacks (d.a., vol. II, p. 6), accompagnée d'une lettre informant celle-ci que la demande serait examinée par le CEDAT et l'invitant à présenter ses observations écrites dans les 30 jours suivant cette date. Une trousse d'information contenant notamment la date prévue de la réunion du CEDAT, en l'occurrence le 13 août 2004, a aussi été envoyée à la première nation.

[195] Le 27 juillet 2004, la directrice des terres et ressources de la Première nation de Little Salmon/Carmacks, Susan Davis, a fait parvenir à la Direction

2010 SCC 53 (CanLII)

a letter in which she expressed the First Nations' concerns about Mr. Paulsen's application (A.R., vol. II, at p. 22). Those concerns were threefold. First of all, the First Nation was concerned about the impact of the application on the trapline. It was also concerned about the anticipated impact on settlement land under its comprehensive land claim agreement, and in particular on two parcels of site specific settlement land (a concept referred to above) as well as on the cabin of the holder of the trapline concession, which was located on one of those parcels. Finally, the First Nation asked the Yukon government to take into consideration the fact that there might be sites of heritage or archaeological interest, including a historical trail, on the land in question in the agriculture land application.

[196] LARC met to review Mr. Paulsen's application on August 13, 2004. For reasons that are not explained in the record of this case, the Little Salmon/Carmacks First Nation, without notifying the other members in advance, did not attend the meeting and did not request an adjournment of the August 13, 2004 review, to which it had been invited as a member of LARC. However, it can be seen from the minutes of that meeting that even though no representatives of the First Nation attended, its concerns had been taken into account even before the meeting. The following passages are relevant:

The original rectangular parcel was reconfigured in October, 2003. The NRO [Natural Resources Officer] inspection report in April this year recommended it be reconfigured again to remove a portion, which is a potential timber allocation area for point source permits [*sic*]. Opposition from the First Nation has caused the abandonment of that plan.

. . .

Little Salmon Carmacks First Nation [LSCFN] express concern that the application is within Trapline Concession Number 143, held by an elder [Johnny Sam]. Forestfire burns have impacted this trapline, and

des terres du Yukon une lettre exprimant les préoccupations de la première nation relativement à la demande de M. Paulsen (d.a., vol. II, p. 22). Les préoccupations exprimées étaient de trois ordres. La première nation s'inquiétait d'abord des répercussions de la demande sur la ligne de piégeage. Elle se préoccupait des conséquences à prévoir sur les terres visées par le règlement de la revendication territoriale globale de la première nation, notamment sur deux sites spécifiques (notion vue ci-haut) ainsi que sur le refuge de trappe du titulaire de la ligne de piégeage, qui se trouve sur l'un de ces sites. Enfin, la première nation invitait l'administration yukonnaise à prendre en considération la présence possible de sites pouvant revêtir une valeur patrimoniale ou archéologique, dont un sentier historique, sur la terre faisant l'objet de la demande d'aliénation à des fins agricoles.

[196] Le CEDAT a procédé à l'examen de la demande de M. Paulsen le 13 août 2004. Pour des raisons non précisées dans le présent dossier, sans prévenir d'avance les autres membres, la Première nation de Little Salmon/Carmacks n'a pas pris part à la réunion et n'a pas demandé l'ajournement de l'examen du 13 août 2004 auquel elle avait été invitée à titre de membre du CEDAT. Le procès-verbal de cette réunion atteste toutefois que, en dépit de l'absence de représentants de la première nation, les préoccupations de celles-ci ont été prises en compte, et ce, même avant la réunion en question. Je reproduis ci-après les extraits pertinents du procès-verbal :

[TRADUCTION] La parcelle rectangulaire originale a été reconfigurée en octobre 2003. Le rapport d'inspection de l'agent des ressources naturelles d'avril de cette année recommandait sa reconfiguration afin d'en retirer une partie, qui constitue une zone potentielle d'attribution de permis de coupe de bois visant des sources ponctuelles. Par suite de l'opposition manifestée par la première nation, ce projet a été abandonné.

. . .

La Première nation de Little Salmon/Carmacks [PNLSC] s'est dite préoccupée par le fait que la demande vise une terre se trouvant à l'intérieur de la concession de piégeage n^{o} 143 dont est titulaire un aîné [Johnny Sam].

2010 SCC 53 (CanLII)

the only area left is a small strip of land between the Klondike Highway and the Yukon River, which is considered to be suitable land for farming. As a result of the report, there have been several agriculture land applications requesting land in the area for raising livestock and building houses. The combination of agriculture and timber harvesting impacts on this already damaged trapline would be a significant deterrent to the ability of the trapper to continue his traditional pursuits. There are two site specifics, personal/traditional use areas considered to be LSCFN settlement lands in the area in question, S-4B and S-127B. Both of these locations are in close proximity to the point source timber permit application. The impact on these sites and users would be the loss of animals to hunt in the area. S-4B is also the site of Concession 143's base camp and trapper cabin.

. . .

Other LSCFN concerns relatied [*sic*] to cultural sites: There are potential areas of heritage and cultural interests which may be impacted by point source timber harvesting. An historic First Nation trail follows the ridge in the area. [A]t present these sites have not been researched or identified, and there would need to be an archaeological survey carried out in order to confirm the prescence [*sic*] or lack thereof of any such sites.

Environment advised they walked the site and discovered an old trap on top of the bluff, facing the Yukon River. The owner of Trapline #143 will have the right to seek compensation. An appropriate 30-metre setback is recommended from the bluff. There was evidence of bears and moose. There will be some loss of wildlife habitat in the area, but it is not significant.

. . .

Recommendation: Approval in principle. Setback from the bluff 30 meters . . . . Subdivision approval will be required. Trapper, based on reduced trapping opportunities, has opportunity to seek compensation.

Des incendies de forêt ont endommagé ce territoire et il n'en reste qu'une petite bande de terre entre la route Klondike et le fleuve Yukon, laquelle est considérée propice à l'agriculture. À la suite du rapport, plusieurs demandes d'aliénation de terres à des fins agricoles ont été présentées afin d'obtenir des terres dans la région en vue d'y élever du bétail et d'y construire des maisons. L'effet conjugué d'activités agricoles et d'activités de récolte du bois sur cette ligne de piégeage par ailleurs déjà endommagée nuirait de façon appréciable à la capacité du trappeur de continuer ses activités traditionnelles. Il y a, dans la région en question, deux zones utilisées à des fins personnelles ou traditionnelles, sites spécifiques S-4B et S-127B, qui sont considérées comme des terres visées par le règlement de la PNLSC. Ces deux emplacements se trouvent près de la zone concernant la demande de permis de coupe de bois visant des sources ponctuelles. L'effet des activités envisagées sur les sites et les usagers serait une réduction de la quantité d'animaux pouvant être chassés dans la région. Le site S-4B est aussi l'emplacement du camp de base et de la cabane du trappeur de la concession de piégeage nº 143.

. . .

D'autres préoccupations exprimées par la PNLSC se rapportaient à des sites culturels : il y aurait certains endroits susceptibles de présenter de l'intérêt du point de vue culturel et patrimonial qui pourraient être touchés par les activités de récolte de bois. Un sentier historique de la première nation suit la ligne de crête dans la région. [A]ctuellement, aucun de ces sites n'a été identifié ou n'a fait l'objet de recherches. Il faudrait procéder à une reconnaissance archéologique pour confirmer la présence ou l'absence de tels sites.

Des fonctionnaires du ministère de l'Environnement ont affirmé avoir marché dans le site en question et y avoir découvert un vieux piège en haut de la falaise, face au fleuve Yukon. Le propriétaire de la ligne de piégeage nº 143 aura le droit de demander d'être indemnisé. Il est recommandé de créer une zone tampon adéquate de 30 mètres à partir de la falaise. Certains éléments indiquaient la présence d'ours et d'orignaux. Il y aura une certaine perte au plan de l'habitat faunique dans la zone visée, mais peu importante.

. . .

Recommandation : Approbation de principe. Zone tampon de 30 mètres à partir de la falaise [. . .] Il faudra faire approuver le lotissement. Le trappeur pourra demander une indemnisation, sur la base de la réduction des possibilités de piégeage.

2010 SCC 53 (CanLII)

[197] On September 2, 2004, the territorial government's archaeologist reported that no evidence of prehistoric artifacts had been found on the land in question in the agriculture land application, but as a precaution he also recommended a 30-metre buffer between the bluff and the land that was to be transferred.

[198] The territorial government's conduct raises questions in some respects. In particular, there is the fact that the appellant David Beckman, in his capacity as Director of Agriculture, did not notify the respondent First Nation of his decision of October 18, 2004 until July 27, 2005. Under s. 81(1) of the *YESAA*, the designated office and, if applicable, the executive committee of the Board would have been entitled to receive copies of that decision and, one can only assume, to receive them within a reasonable time. Here, the functional equivalent of the designated office is LARC. Even if representatives of the respondent First Nation did not attend the August 13 meeting, it would be expected that the Director of Agriculture would inform that First Nation of his decision within a reasonable time. Nonetheless, the time elapsed after the decision did not affect the quality of the prior consultation.

[199] The territorial government's decision to proceed with Mr. Paulsen's application at the prescreening stage despite the requirement of consultation in the context of the respondent First Nation's fish and wildlife management plan was not an exemplary practice either. In that respect, Yukon's 1991 agriculture policy provided that "[a]pplications to acquire land for agriculture will be reviewed by the Fish and Wildlife Branch to safeguard wildlife interests", that "[m]easures will be taken to avoid overlap between allocation of lands for agriculture and key wildlife habitat" and that, in particular, all "key wildlife habitat will be excluded from agricultural disposition except where the Fish and Wildlife Branch determines that adverse effects upon wildlife interests can be successfully mitigated" (Section II, subpara. 6(3)(b)). As we have seen, however, Susan Davis did not express concern about this in her letter of July 27, 2004 to Yukon's

[197] Le 2 septembre 2004, l'archéologue du gouvernement territorial a rapporté n'avoir pu relever aucune trace d'artefact préhistorique sur la terre faisant l'objet de la demande d'aliénation à des fins agricoles, mais par prudence a recommandé à son tour la création d'une zone tampon de 30 mètres de largeur entre la falaise et la terre qui serait éventuellement cédée.

[198] À certains égards, la conduite des autorités territoriales soulève des interrogations. C'est notamment le cas en ce qui a trait au fait que, en sa qualité de directeur de l'agriculture, l'appelant M. Beckman n'a signifié que le 27 juillet 2005 à la première nation intimée sa décision du 18 octobre 2004. En vertu du par. 81(1) de la *LÉESY*, le bureau désigné et, le cas échéant, le comité de direction de l'Office auraient eu droit de recevoir une copie de cette décision, et ce, on peut le supposer, à l'intérieur d'un délai raisonnable. L'équivalent fonctionnel du bureau désigné est ici le CEDAT. Même si les représentants de la première nation intimée ne se sont pas présentés à la réunion du 13 août, on se serait attendu à ce que le directeur de l'agriculture informe cette première nation de sa décision dans un délai raisonnable. Ce délai, survenu après la décision, n'a cependant pas affecté la qualité de la consultation préalable.

[199] La décision qu'a prise l'administration territoriale, au terme de l'examen préalable, de poursuivre le traitement de la demande de M. Paulsen malgré la consultation qui avait cours dans le cadre du plan de gestion des ressources halieutiques et fauniques de la première nation intimée n'est pas davantage un exemple de bonne pratique. La politique agricole yukonnaise de 1991 prévoyait pourtant à ce sujet que les [TRADUCTION] « [d]emandes d'acquisition de terres à des fins agricoles seraient examinées par la Direction de la faune et du poisson en vue de protéger la faune », que des « [m]esures seraient prises pour éviter que, dans l'attribution de terres à des fins agricoles, on empiète sur des habitats essentiels pour la faune » et qu'en particulier tout « habitat essentiel pour faune serait exclu des terres susceptibles d'aliénation à des fins agricoles, sauf dans les cas où la Direction de la faune et du poisson juge qu'il est possible d'atténuer les effets

2010 SCC 53 (CanLII)

Lands Branch. And as can be seen from the minutes of the August 13, 2004 meeting, the concerns of the Little Salmon/Carmacks First Nation with respect to resource conservation were taken into consideration. Also, the required consultation in the context of the fish and wildlife management plan was far more limited than the consultation to which the First Nation was entitled in participating in LARC, which was responsible for assessing the specific project in issue in this appeal. Finally, the First Nation, the renewable resources council and the Minister had not agreed on a provisional suspension of the processing of applications for land in the area in question.

préjudiciables sur la faune » (section II, al. 6(3)b)). Cependant, comme on a pu le constater, Susan Davis n'a pas exprimé cette préoccupation dans sa lettre du 27 juillet 2004 à la Direction des terres du Yukon. De plus, comme le démontre le procès-verbal de la réunion du 13 août 2004, les préoccupations de la Première nation de Little Salmon/Carmacks concernant la conservation des ressources ont été prises en considération. Au surplus, la consultation qui avait cours dans le cadre du plan de gestion des ressources halieutiques et fauniques était beaucoup plus limitée que celle à laquelle donnait droit la participation de la première nation au CEDAT qui était chargé d'évaluer le projet spécifique faisant l'objet du présent pourvoi. De surcroît, la première nation, le conseil des ressources renouvelables et le ministre ne s'étaient pas entendus sur la suspension provisoire du traitement de toute demande d'aliénation de terres dans la région visée.

[200] Despite these aspects of the handling of Mr. Paulsen's application that are open to criticism, it can be seen from the facts as a whole that the respondents received what they were entitled to receive from the appellants where consultation as a First Nation is concerned. In fact, in some respects they were consulted to an even greater extent than they would have been under the *YESAA*. As we saw above, the only right the First Nation would have had under the *YESAA* was to be heard by the assessment district office as a stakeholder (s. 55(4)). That consultation would have been minimal, whereas in the context of the 1991 agriculture policy, the First Nation was invited to participate directly in the assessment of Mr. Paulsen's application as a member of LARC.

[200] Au-delà de ces aspects critiquables du cheminement de la demande de M. Paulsen, l'ensemble des faits révèle que les intimés ont reçu des appelants ce à quoi ils avaient droit de la part de ceux-ci en matière de consultation à titre de première nation. En réalité, ils ont même obtenu à certains égards davantage que ce que leur aurait procuré la *LÉESY*. En effet, comme on a pu le constater précédemment, le seul droit qu'aurait obtenu la première nation en vertu de la *LÉESY* est celui d'être entendue à titre de personne intéressée (par. 55(4)) par le bureau de circonscription. Il s'agissait là d'une consultation minimale, alors que, dans le contexte de l'application de la politique agricole de 1991, la première nation a été invitée à participer directement, à titre d'évaluateur membre du CEDAT, à l'évaluation de la demande de M. Paulsen.

[201] It is true that the First Nation's representatives did not attend the August 13, 2004 meeting. They did not notify the other members of LARC that they would be absent and did not request that the meeting be adjourned, but they had nonetheless already submitted comments in a letter.

[201] Il est vrai que les représentants de la première nation ne se sont pas présentés à la réunion du 13 août 2004. Cela est survenu sans qu'ils ne préviennent au préalable les autres membres du CEDAT et sans demander l'ajournement de la réunion, mais ils avaient néanmoins fait des commentaires par lettre.

[202] Thus, the process that led to the October 18, 2004 decision on Mr. Paulsen's application was

[202] Par conséquent, le processus qui a mené à la décision du 18 octobre 2004 relativement à la

2010 SCC 53 (CanLII)

consistent with the transitional law provisions of Chapter 12 of the Final Agreement. There is no legal basis for finding that the Crown breached its duty to consult.

III. Conclusion

[203] Whereas past cases have concerned unilateral actions by the Crown that triggered a duty to consult for which the terms had not been negotiated, in the case at bar, as in the Court's recent decision regarding the *James Bay and Northern Québec Agreement*, the parties have moved on to another stage. Formal consultation processes are now a permanent feature of treaty law, and the Final Agreement affords just one example of this. To give full effect to the provisions of a treaty such as the Final Agreement is to renounce a paternalistic approach to relations with Aboriginal peoples. It is a way to recognize that Aboriginal peoples have full legal capacity. To disregard the provisions of such a treaty can only encourage litigation, hinder future negotiations and threaten the ultimate objective of reconciliation.

[204] The appellants seek a declaration that the Crown did not have a duty to consult under the Final Agreement with respect to Mr. Paulsen's application. Their interpretation of the Final Agreement is supported neither by the applicable principles of interpretation nor by either the context or the provisions of the Final Agreement. The cross-appellants argue that the common law duty to consult continued to apply despite the coming into effect of the Final Agreement. As I explained above, it is my view that there is no gap in the Final Agreement as regards the duty to consult. Its provisions on consultation in relation to the management of fish and wildlife were in effect. And the Little Salmon/Carmacks First Nation had in fact submitted comments in the process provided for in that respect. Moreover, the administrative law rights of Johnny Sam are governed neither by the common law duty to consult nor by the Final Agreement. Although the Little Salmon/Carmacks First Nation's argument

demande de M. Paulsen respectait les dispositions de droit provisoire prévues au chapitre 12 de l'Entente définitive. Il n'existe aucun motif juridique permettant de conclure que l'obligation de consultation de la Couronne a été violée.

III. Conclusion

[203] Si, jusqu'ici, les litiges ont mis en cause une action unilatérale de la Couronne qui déclenchait une obligation de consulter dont les modalités n'avaient pas été négociées, le présent dossier, tout comme celui dans lequel la Cour a récemment été appelée à étudier la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, indique que les parties sont maintenant passées à une autre étape. Les processus formels de consultation font maintenant résolument partie de l'univers juridique des traités. L'Entente définitive n'en est qu'un exemple. Donner leur plein effet aux stipulations d'un traité comme l'Entente définitive c'est renoncer à toute approche paternaliste à l'égard des peuples autochtones. Il s'agit d'une façon de reconnaître leur pleine capacité juridique. Méconnaître les stipulations d'un tel traité ne peut qu'encourager le recours aux tribunaux, nuire aux négociations futures et compromettre la réalisation de l'objectif ultime de réconciliation.

[204] L'appel principal visait à obtenir une déclaration portant que la Couronne n'avait pas d'obligation de consultation en vertu de l'Entente définitive en relation avec la demande de M. Paulsen. L'interprétation que font les appelants de l'Entente définitive n'est appuyée ni par les principes interprétatifs applicables, ni par le contexte de l'Entente définitive ou les stipulations de celle-ci. Par ailleurs, l'appel incident est fondé sur la survivance, malgré l'entrée en vigueur de l'Entente définitive, de l'obligation de consultation de source jurisprudentielle. Comme je l'ai expliqué précédemment, je suis d'avis qu'il n'existe aucun hiatus dans l'Entente définitive concernant l'obligation de consultation. Ses dispositions concernant la consultation en relation avec la gestion des ressources halieutiques et fauniques étaient en vigueur. La Première nation de Little Salmon/Carmacks a d'ailleurs présenté ses observations dans le cadre du processus prévu à cet effet. Par ailleurs, les droits de Johnny Sam,

2010 SCC 53 (CanLII)

that it had a right to be consulted with respect to Mr. Paulsen's application is valid, the source of that right is not the common law framework. The fact is that the transfer to Mr. Paulsen constituted an agricultural development project that was subject to Chapter 12 of the Final Agreement and that that chapter's transitional provisions established the applicable framework.

[205] In this case, given that Mr. Paulsen's application would have been subject to a mandatory assessment by the local assessment district office, the fact that recourse was had to the existing process to assess the application supports a conclusion that the actual consultation with the respondents was more extensive than the consultation to which they would have been entitled under the *YESAA*.

[206] For these reasons, I would dismiss the appeal and the cross-appeal, both with costs.

Appeal and cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: Lawson Lundell, Vancouver.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal: Pape Salter Teillet, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Solicitors for the interveners the Gwich'in Tribal Council and Sahtu Secretariat Inc.: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

en tant qu'administré, ne sont régis ni par l'obligation de consultation de régime jurisprudentiel ni par l'Entente définitive. Si la Première nation de Little Salmon/Carmacks a raison de soutenir qu'elle avait le droit d'être consultée en ce qui a trait à la demande de M. Paulsen, ce n'est pas en vertu du régime jurisprudentiel. C'est que, conformément à l'Entente définitive la cession à M. Paulsen constituait un projet de développement agricole assujetti aux dispositions du chapitre 12 de ce traité et que ses dispositions provisoires établissaient le régime applicable.

[205] En l'espèce, le recours au processus existant pour l'évaluation de la demande de M. Paulsen, compte tenu du fait que cette demande aurait relevé d'une évaluation obligatoire par le bureau de circonscription locale, permet de conclure que les intimés ont bénéficié d'un régime supérieur à celui auquel ils auraient eu droit en vertu de la *LÉESY* en matière de consultation.

[206] Pour ces motifs, je rejetterais les pourvois principal et incident, avec dépens dans les deux cas.

Pourvoi et pourvoi incident rejetés avec dépens.

Procureurs des appelants/intimés au pourvoi incident : Lawson Lundell, Vancouver.

Procureurs des intimés/appelants au pourvoi incident : Pape Salter Teillet, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Procureurs des intervenants le Conseil tribal des Gwich'in et Sahtu Secretariat Inc. : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

2010 SCC 53 (CanLII)

Solicitors for the intervener the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee)/Cree Regional Authority: Gowling Lafleur Henderson, Montréal.

Solicitors for the intervener the Council of Yukon First Nations: Boughton Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Kwanlin Dün First Nation: Arvay Finlay, Vancouver.

Solicitors for the intervener Nunavut Tunngavik Inc.: Rosenbloom Aldridge Bartley & Rosling, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Tlicho Government: John Donihee, Calgary.

Solicitors for the intervener the Te'Mexw Nations: Janes Freedman Kyle Law Corporation, Victoria.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Hutchins Caron & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Grand conseil des Cris (Eeyou Istchee)/Administration régionale crie : Gowling Lafleur Henderson, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Conseil des Premières nations du Yukon : Boughton Law Corporation, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Première nation de Kwanlin Dün : Arvay Finlay, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Nunavut Tunngavik Inc. : Rosenbloom Aldridge Bartley & Rosling, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le gouvernement tlicho : John Donihee, Calgary.

Procureurs de l'intervenante les Nations Te'Mexw : Janes Freedman Kyle Law Corporation, Victoria.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Hutchins Caron & Associés, Montréal.

2010 SCC 53 (CanLII)

2

Minister of Citizenship and Immigration *Appellant*

v.

Alexander Vavilov *Respondent*

and

Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General of Saskatchewan,
Canadian Council for Refugees,
Advocacy Centre for Tenants Ontario - Tenant Duty Counsel Program,
Ontario Securities Commission,
British Columbia Securities Commission,
Alberta Securities Commission,
Ecojustice Canada Society,
Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal (Ontario),
Workers' Compensation Appeals Tribunal (Northwest Territories and Nunavut),
Workers' Compensation Appeals Tribunal (Nova Scotia),
Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation,
Workers' Compensation Appeals Tribunal (New Brunswick),
British Columbia International Commercial Arbitration Centre Foundation,
Council of Canadian Administrative Tribunals,
National Academy of Arbitrators,
Ontario Labour-Management Arbitrators' Association,
Conférence des arbitres du Québec,
Canadian Labour Congress,
National Association of Pharmacy Regulatory Authorities,
Queen's Prison Law Clinic,
Advocates for the Rule of Law,
Parkdale Community Legal Services,
Cambridge Comparative Administrative Law Forum,

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration *Appelant*

c.

Alexander Vavilov *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario,
procureure générale du Québec,
procureur général de la Colombie-Britannique,
procureur général de la Saskatchewan,
Conseil canadien pour les réfugiés,
Centre ontarien de défense des droits des locataires - Programme d'avocats de service en droit du logement,
Commission des valeurs mobilières de l'Ontario,
British Columbia Securities Commission,
Alberta Securities Commission,
Ecojustice Canada Society,
Tribunal d'appel de la sécurité professionnelle et de l'assurance contre les accidents du travail (Ontario),
Workers' Compensation Appeals Tribunal (Territoires du Nord-Ouest et Nunavut),
Tribunal d'appel des décisions de la Commission des accidents du travail de la Nouvelle-Écosse,
Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation,
Tribunal d'appel des accidents au travail (Nouveau-Brunswick),
British Columbia International Commercial Arbitration Centre Foundation,
Conseil des tribunaux administratifs canadiens,
National Academy of Arbitrators,
Ontario Labour-Management Arbitrators' Association,
Conférence des arbitres du Québec,
Congrès du travail du Canada,
Association nationale des organismes de réglementation de la pharmacie,
Queen's Prison Law Clinic,
Advocates for the Rule of Law,

2019 SCC 65 (CanLII)

Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Canadian Bar Association, Canadian Association of Refugee Lawyers, Community & Legal Aid Services Programme, Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration and First Nations Child & Family Caring Society of Canada *Interveners*

Parkdale Community Legal Services, Cambridge Comparative Administrative Law Forum, Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko, Association du Barreau canadien, Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés, Community & Legal Aid Services Programme, Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration et Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada *Intervenants*

2019 SCC 65 (CanLII)

Indexed as: Canada (Minister of Citizenship and Immigration) *v.* Vavilov

2019 SCC 65

File No.: 37748.

2018: December 4, 5, 6; 2019: December 19.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Proper approach to judicial review of administrative decisions — Proper approach to reasonableness review.

Citizenship — Canadian citizens — Registrar of Citizenship cancelling certificate of Canadian citizenship issued to Canadian-born son of parents later revealed to be Russian spies — Decision of Registrar based on interpretation of statutory exception to general rule that person born in Canada is Canadian citizen — Exception stating that Canadian-born child is not citizen if either parent was representative or employee in Canada of foreign government at time of child's birth — Whether Registrar's decision to cancel certificate of citizenship was reasonable — Citizenship Act, R.S.C. 1985, c. C-29, s. 3(2)(a).

Répertorié : Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) *c.* Vavilov

2019 CSC 65

N° du greffe : 37748.

2018 : 4, 5, 6 décembre; 2019 : 19 décembre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Démarche appropriée pour le contrôle judiciaire des décisions administratives — Démarche appropriée pour l'application de la norme de la décision raisonnable.

Citoyenneté — Citoyens canadiens — Annulation par la greffière de la citoyenneté du certificat de citoyenneté canadienne délivré au fils né au Canada de parents qui se sont plus tard révélés être des espions russes — Décision rendue par la greffière sur son interprétation de l'exception prévue par la loi à l'égard de la règle générale suivant laquelle les personnes nées au Canada ont la citoyenneté canadienne — Exception précisant qu'un enfant né au Canada n'est pas citoyen canadien si, au moment de sa naissance, son père ou sa mère était représentant ou au service au Canada d'un gouvernement étranger — La décision de la greffière d'annuler le certificat de citoyenneté était-elle raisonnable? — Loi sur la citoyenneté, L.R.C. 1985, c. C-29, art. 3(2)a).

2019 SCC 65 (CanLII)

V was born in Toronto in 1994. At the time of his birth, his parents were posing as Canadians under assumed names. In reality, they were foreign nationals working on assignment for the Russian foreign intelligence service. V did not know that his parents were not who they claimed to be. He believed that he was a Canadian citizen by birth, he lived and identified as a Canadian, and he held a Canadian passport. In 2010, V's parents were arrested in the United States and charged with espionage. They pled guilty and were returned to Russia. Following their arrest, V's attempts to renew his Canadian passport proved unsuccessful. However, in 2013, he was issued a certificate of Canadian citizenship.

Then, in 2014, the Canadian Registrar of Citizenship cancelled V's certificate on the basis of her interpretation of s. 3(2)(a) of the *Citizenship Act*. This provision exempts children of "a diplomatic or consular officer or other representative or employee in Canada of a foreign government" from the general rule that individuals born in Canada acquire Canadian citizenship by birth. The Registrar concluded that because V's parents were employees or representatives of Russia at the time of V's birth, the exception to the rule of citizenship by birth in s. 3(2)(a), as she interpreted it, applied to V, who therefore was not, and had never been, entitled to citizenship. V's application for judicial review of the Registrar's decision was dismissed by the Federal Court. The Court of Appeal allowed V's appeal and quashed the Registrar's decision because it was unreasonable. The Minister of Citizenship and Immigration appeals.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.: The Registrar's decision to cancel V's certificate of citizenship was unreasonable, and the Court of Appeal's decision to quash it should be upheld. It was not reasonable for the Registrar to interpret s. 3(2)(a) of the *Citizenship Act* as applying to children of individuals who have not been granted diplomatic privileges and immunities at the time of the children's birth.

More generally, this appeal and its companion cases (*Bell Canada v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 66, [2019] 4 S.C.R. 845) provide an opportunity to consider and clarify the law applicable to the judicial review of administrative decisions as addressed in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, and subsequent cases. The submissions presented to the Court

V est né à Toronto en 1994. Au moment de sa naissance, ses parents se font passer pour des Canadiens en utilisant des noms d'emprunt. En fait, ils sont des étrangers en mission pour le service des renseignements étrangers de la Russie. V ne sait pas que ses parents ne sont pas ceux qu'ils prétendent être. Il croit être citoyen canadien de naissance, il vit et s'identifie comme un Canadien, et il détient un passeport canadien. En 2010, les parents de V sont arrêtés aux États-Unis et accusés d'espionnage. Ils plaident coupables et sont renvoyés en Russie. Après leur arrestation, V tente en vain de renouveler son passeport canadien. On lui décerne toutefois en 2013 un certificat de citoyenneté canadienne.

Puis, en 2014, la greffière de la citoyenneté canadienne annule le certificat de V en se fondant sur son interprétation de l'al. 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*. Cette disposition exempte les enfants d'un « agent diplomatique ou consulaire, représentant à un autre titre ou au service au Canada d'un gouvernement étranger » de l'application de la règle générale selon laquelle les personnes nées au Canada ont la citoyenneté canadienne de naissance. La greffière conclut que, comme les parents de V étaient des employés ou représentants de la Russie au moment de la naissance de V, et selon l'interprétation qu'elle donne de l'exception prévue à l'al. 3(2)a) à l'égard de la règle de citoyenneté par la naissance, cette exception s'applique à V, qui n'a donc pas droit à la citoyenneté et n'y a jamais eu droit. La demande de contrôle judiciaire présentée par V à l'encontre de la décision de la greffière est rejetée par la Cour fédérale. La Cour d'appel accueille l'appel interjeté par V et casse la décision de la greffière parce qu'elle était déraisonnable. Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration se pourvoit en appel.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin : La décision de la greffière d'annuler le certificat de citoyenneté de V était déraisonnable, et il y a lieu de confirmer l'arrêt par lequel la Cour d'appel fédérale l'a cassée. La greffière ne pouvait raisonnablement interpréter l'al. 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* comme s'appliquant à un enfant dont les parents, au moment de sa naissance, ne s'étaient pas vu accorder des privilèges et immunités diplomatiques.

De façon plus générale, le présent pourvoi et les pourvois connexes (*Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 66, [2019] 4 R.C.S. 845) donnent l'occasion d'analyser et de clarifier le droit applicable au contrôle judiciaire des décisions administratives tel que traité dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, et les arrêts subséquents. Les

have highlighted two aspects of the current framework which need clarification. The first aspect is the analysis for determining the standard of review. The second aspect is the need for better guidance from this Court on the proper application of the reasonableness standard.

It has become clear that *Dunsmuir*'s promise of simplicity and predictability has not been fully realized. Certain aspects of the current standard of review framework are unclear and unduly complex. The former contextual analysis has proven to be unwieldy and offers limited practical guidance for courts attempting to determine the standard of review. The practical effect is that courts struggle in conducting the analysis, and debates surrounding the appropriate standard and its application continue to overshadow the review on the merits, thereby undermining access to justice. A reconsideration of the Court's approach is therefore necessary in order to bring greater coherence and predictability to this area of law. A revised framework to determine the standard of review where a court reviews the merits of an administrative decision is needed.

In setting out a revised framework, this decision departs from the Court's existing jurisprudence on standard of review in certain respects. Any reconsideration of past precedents can be justified only by compelling circumstances and requires carefully weighing the impact on legal certainty and predictability against the costs of continuing to follow a flawed approach. Although adhering to the established jurisprudence will generally promote certainty and predictability, in some instances doing so will create or perpetuate uncertainty. In such circumstances, following a prior decision would be contrary to the underlying values of clarity and certainty in the law.

The revised standard of review analysis begins with a presumption that reasonableness is the applicable standard in all cases. Where a legislature has created an administrative decision maker for the specific purpose of administering a statutory scheme, it must be presumed that the legislature also intended that decision maker to fulfill its mandate and interpret the law applicable to all issues that come before it. Where a legislature has not explicitly provided that a court is to have a more involved role in reviewing the decisions of that decision maker, it can safely

observations présentées à la Cour ont mis en relief deux aspects du cadre d'analyse actuel qu'il est nécessaire de clarifier. Le premier aspect concerne l'analyse visant à déterminer la norme de contrôle applicable. Le deuxième aspect concerne la nécessité d'indications plus précises de la Cour sur l'application appropriée de la norme de contrôle de la décision raisonnable.

Il est devenu évident que la promesse de simplicité et de prévisibilité formulée à cet égard dans l'arrêt *Dunsmuir* ne s'est pas pleinement réalisée. Certains aspects du cadre d'analyse actuel de la norme de contrôle ne sont pas clairs et sont indûment complexes. L'ancienne analyse contextuelle s'est révélée complexe et d'utilité limitée pour donner une orientation pratique aux cours de justice qui tentent de déterminer la norme de contrôle applicable. Ce manque de clarté a pour effet pratique que les cours de justice ont parfois de la difficulté à effectuer l'analyse relative à la norme de contrôle, et des débats entourant la norme appropriée et son application continuent d'éclipser le contrôle sur le fond, ce qui mine l'accès à la justice. Il est donc nécessaire de revoir l'approche de la Cour afin d'apporter une cohérence et une prévisibilité accrues à ce domaine du droit. Un cadre d'analyse révisé servant à déterminer la norme de contrôle applicable lorsqu'une cour de justice se penche sur le fond d'une décision administrative s'impose.

En exposant un cadre d'analyse révisé, la présente décision s'écarte à certains égards de la jurisprudence actuelle de la Cour sur la norme de contrôle. Seules des circonstances convaincantes peuvent justifier un réexamen des précédents antérieurs et il faut soupeser soigneusement l'incidence de ce réexamen sur la certitude et la prévisibilité juridiques par rapport aux coûts liés au fait de continuer à souscrire à une approche erronée. Si le respect de la jurisprudence établie favorise généralement la certitude et la prévisibilité, dans certains cas, ce respect crée ou perpétue l'incertitude du droit. Dans ces circonstances, en suivant l'arrêt antérieur, on se trouve à aller à l'encontre des valeurs fondamentales de la clarté et de la certitude du droit.

Le cadre d'analyse révisé de la norme de contrôle repose sur la présomption voulant que la norme de la décision raisonnable soit la norme applicable dans tous les cas. Si le législateur a constitué un décideur administratif dans le but précis d'administrer un régime législatif, il faut présumer que le législateur a également voulu que ce décideur soit en mesure d'accomplir son mandat et d'interpréter la loi qui s'applique à toutes les questions qui lui sont soumises. Si le législateur n'a pas prescrit expressément que les cours de justice ont un rôle plus actif à jouer dans

2019 SCC 65 (CanLII)

be assumed that the legislature intended a minimum of judicial interference. Respect for these institutional design choices requires a reviewing court to adopt a posture of restraint. Thus, whenever a court reviews an administrative decision, it should start with the presumption that the applicable standard of review for all aspects of that decision will be reasonableness. As a result, it is no longer necessary for courts to engage in a contextual inquiry in order to identify the appropriate standard. Conclusively closing the door on the application of a contextual analysis to determine the applicable standard streamlines and simplifies the standard of review framework. As well, with the presumptive application of the reasonableness standard, the relative expertise of administrative decision makers is no longer relevant to a determination of the standard of review. It is simply folded into the new starting point. Relative expertise remains, however, a relevant consideration in conducting reasonableness review.

The presumption of reasonableness review can be rebutted in two types of situations. The first is where the legislature has indicated that it intends a different standard to apply. This will be the case where it has explicitly prescribed the applicable standard of review. Any framework rooted in legislative intent must respect clear statutory language. The legislature may also direct that derogation from the presumption is appropriate by providing for a statutory appeal mechanism from an administrative decision to a court, thereby signalling the legislature's intent that appellate standards apply when a court reviews the decision. Where a legislature has provided a statutory appeal mechanism, it has subjected the administrative regime to appellate oversight and it expects the court to scrutinize such administrative decisions on an appellate basis. The applicable standard is therefore to be determined with reference to the nature of the question and to the jurisprudence on appellate standards of review. Where, for example, a court hears an appeal from an administrative decision, it would apply the standard of correctness to questions of law, including on statutory interpretation and the scope of a decision maker's authority. Where the scope of the statutory appeal includes questions of fact or questions of mixed fact and law, the standard is palpable and overriding error for such questions.

le contrôle des décisions de ce décideur, on peut aisément présumer que le législateur a voulu que celui-ci puisse fonctionner en faisant le moins possible l'objet d'une intervention judiciaire. Le respect de ces choix d'organisation institutionnelle oblige la cour de révision à adopter une attitude de retenue. Donc, chaque fois qu'une cour examine une décision administrative, elle doit partir de la présomption que la norme de contrôle applicable à l'égard de tous les aspects de cette décision est celle de la décision raisonnable. En conséquence, les cours de justice ne sont plus tenues de recourir à une analyse contextuelle pour établir la norme de contrôle appropriée. Fermer de manière définitive la porte au recours à l'analyse contextuelle pour déterminer la norme de contrôle applicable a pour effet d'alléger et de simplifier le cadre d'analyse applicable à la norme de contrôle. De plus, étant donné la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable, l'expertise relative des décideurs administratifs n'est plus pertinente pour déterminer la norme de contrôle applicable. Elle est tout simplement incorporée au nouveau point de départ. L'expertise relative demeure cependant pertinente lors de l'exercice du contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable.

La présomption d'application de la norme de la décision raisonnable peut être réfutée dans deux types de situations. La première est celle où le législateur a indiqué qu'il souhaite l'application d'une norme différente. C'est le cas lorsque le législateur a prescrit expressément la norme de contrôle applicable. Tout cadre d'analyse fondé sur l'intention du législateur doit respecter les dispositions législatives claires. Le législateur peut également indiquer qu'une dérogation à la présomption est de mise en prévoyant un mécanisme d'appel à l'encontre d'une décision administrative devant une cour de justice, indiquant ainsi son intention que les cours de justice recourent, en matière de contrôle, aux normes applicables en appel. Lorsqu'il prévoit dans la loi un mécanisme d'appel, le législateur assujettit le régime administratif à une compétence d'appel et indique qu'il s'attend à ce que la cour vérifie attentivement une telle décision administrative par voie d'appel. La norme de contrôle applicable doit donc être déterminée eu égard à la nature de la question et à la jurisprudence sur les normes de contrôle applicables en appel. Par exemple, lorsqu'une cour de justice entend l'appel d'une décision administrative, elle appliquera la norme de la décision correcte aux questions de droit, touchant notamment à l'interprétation législative et à la portée de la compétence du décideur. Si l'appel prévu par la loi porte notamment sur des questions de fait ou des questions mixtes de fait et de droit, la norme de contrôle applicable à ces questions sera celle de l'erreur manifeste et déterminante.

2019 SCC 65 (CanLII)

Giving effect to statutory appeal mechanisms in this way departs from the Court's recent jurisprudence. This shift is necessary in order to bring coherence and conceptual balance to the standard of review analysis and is justified by weighing the values of certainty and correctness. First, there has been significant and valid judicial and academic criticism of the Court's recent approach to statutory appeal rights and of the inconsistency inherent in a standard of review framework based on legislative intent that otherwise declines to give meaning to an express statutory right of appeal. Second, there is no satisfactory justification for the recent trend in the Court's jurisprudence to give no effect to statutory rights of appeal in the standard of review analysis, absent exceptional wording. More generally, there is no convincing reason to presume that legislatures mean something entirely different when they use the word "appeal" in an administrative law statute. Accepting that the legislature intends an appellate standard of review to be applied also helps to explain why many statutes provide for both appeal and judicial review mechanisms, thereby indicating two roles for reviewing courts. Finally, because the presumption of reasonableness review is no longer premised upon notions of relative expertise and is now based on respect for the legislature's institutional design choice, departing from the presumption of reasonableness review in the context of a statutory appeal respects this legislative choice.

Donner un tel sens aux mécanismes d'appel prévus par la loi s'écarte de la jurisprudence récente de la Cour. Ce virage s'impose afin d'apporter uniformité et équilibre conceptuel à l'analyse relative à la norme de contrôle et il se justifie par la mise en balance des valeurs de la certitude et de la justesse. D'abord, d'importantes et valables critiques judiciaires et doctrinales ont été formulées au sujet de la conception que la Cour s'est faite des droits d'appel prévus par la loi et de l'incohérence inhérente à un cadre d'analyse de la norme de contrôle fondé sur l'intention du législateur qui refuse par ailleurs de donner un sens à un droit d'appel conféré expressément par la loi. Ensuite, rien ne justifie de façon satisfaisante la tendance récente de la Cour de ne pas tenir compte des droits d'appels conférés par la loi sauf en présence d'un libellé exceptionnel. De façon plus générale, il n'y a aucune raison convaincante de présumer que le législateur voulait que le mot « appel » revête un sens tout à fait différent dans une loi à caractère administratif. Accepter que le législateur souhaite le recours à une norme de contrôle applicable en appel permet également d'expliquer pourquoi bon nombre de textes législatifs prévoient à la fois des mécanismes d'appel et de contrôle judiciaire, conférant ainsi deux rôles possibles aux cours de révision. Enfin, puisque la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable en cas de contrôle judiciaire n'est plus fondée sur la notion d'expertise relative et repose maintenant sur le respect du choix d'organisation institutionnelle de la part du législateur, la dérogation à la présomption de contrôle selon la décision raisonnable dans le cas d'un appel prévu par la loi respecte ce choix du législateur.

The second situation in which the presumption of reasonableness review will be rebutted is where the rule of law requires that the standard of correctness be applied. This will be the case for certain categories of legal questions, namely constitutional questions, general questions of law of central importance to the legal system as a whole and questions related to the jurisdictional boundaries between two or more administrative bodies. First, questions regarding the division of powers between Parliament and the provinces, the relationship between the legislature and the other branches of the state, the scope of Aboriginal and treaty rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, and other constitutional matters require a final and determinate answer from the courts. Second, the rule of law requires courts to have the final word with regard to general questions of law that are of central importance to the legal system as a whole because they require uniform and consistent answers. Third, the rule of law requires courts to intervene where one administrative body has interpreted the scope of its authority in a manner that is incompatible with the jurisdiction of another since the rule of law cannot

La deuxième situation où la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable est réfutée est celle où la primauté du droit commande l'application de la norme de la décision correcte. C'est le cas pour certaines catégories de questions de droit, soit les questions constitutionnelles, les questions de droit générales d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et les questions liées aux délimitations des compétences respectives d'organismes administratifs. Premièrement, les questions touchant au partage des compétences entre le Parlement et les provinces, au rapport entre le législateur et les autres organes de l'État, et à la portée des droits ancestraux et issus de traités reconnus à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et d'autres questions de droit constitutionnel nécessitent une réponse décisive et définitive des cours de justice. Deuxièmement, la primauté du droit exige que les cours de justice tranchent de manière définitive les questions de droit générales qui sont d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble parce qu'elles requièrent des réponses uniformes et cohérentes. Troisièmement, la primauté du droit

2019 SCC 65 (CanLII)

tolerate conflicting orders and proceedings where they result in a true operational conflict between two administrative bodies. The application of the correctness standard for such questions therefore respects the unique role of the judiciary in interpreting the Constitution and ensures that courts are able to provide the last word on questions for which the rule of law requires consistency and for which a final and determinate answer is necessary.

The general rule of reasonableness review, when coupled with these limited exceptions, offers a comprehensive approach to determining the applicable standard of review. The possibility that another category could be recognized as requiring a derogation from the presumption of reasonableness review in a future case is not definitively foreclosed. However, any new basis for correctness review would be exceptional and would need to be consistent with this framework and the overarching principles set out in this decision. Any new correctness category based on legislative intent would require a signal of legislative intent as strong and compelling as a legislated standard of review or a statutory appeal mechanism. Similarly, a new correctness category based on the rule of law would be justified only where failure to apply correctness review would undermine the rule of law and jeopardize the proper functioning of the justice system in a manner analogous to the three situations described in this decision.

For example, the Court is not persuaded that it should recognize a distinct correctness category for legal questions on which there is persistent discord within an administrative body. A lack of unanimity within an administrative tribunal is the price to pay for decision-making freedom and independence. While discord can lead to legal incoherence, a more robust form of reasonableness review is capable of guarding against such threats to the rule of law. As well, jurisdictional questions should no longer be recognized as a distinct category subject to correctness review; there are no clear markers to distinguish such questions from other questions related to interpreting an administrative

commande l'intervention des cours de justice lorsqu'un organisme administratif interprète l'étendue de ses pouvoirs d'une manière qui est incompatible avec la compétence d'un autre organisme administratif, car la primauté du droit ne saurait tolérer des ordonnances et des procédures qui entraînent un véritable conflit opérationnel entre deux organismes administratifs. L'application de la norme de la décision correcte à l'égard de ces questions s'accorde donc avec le rôle unique du pouvoir judiciaire dans l'interprétation de la Constitution, et fait en sorte que les cours de justice puissent avoir le dernier mot sur des questions à l'égard desquelles la primauté du droit exige une cohérence et une réponse décisive et définitive s'impose.

Conjuguée à ces exceptions limitées, la règle générale qui prévoit l'application de la norme de la décision raisonnable met en place une méthode complète pour déterminer la norme de contrôle applicable. On ne ferme pas définitivement la porte à la possibilité qu'une autre catégorie puisse ultérieurement être reconnue comme appelant une dérogation à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Cependant, la reconnaissance de tout nouveau fondement pour l'application de la norme de la décision correcte devrait revêtir un caractère exceptionnel et devrait respecter ce cadre d'analyse et les principes prépondérants énoncés dans la présente décision. Toute nouvelle catégorie de questions qui commandent l'application de la norme de la décision correcte sur le fondement de l'intention du législateur devrait comporter une indication de cette volonté tout aussi solide et convaincante qu'une norme de contrôle établie par voie législative ou un mécanisme d'appel prévu par la loi. De la même manière, la reconnaissance d'une nouvelle catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte sur le fondement de la primauté du droit ne serait justifiée que dans le cas où le défaut d'appliquer la norme de la décision correcte risquerait d'ébranler la primauté du droit et mettrait en péril le bon fonctionnement du système de justice d'une façon analogue aux trois situations décrites dans la présente décision.

Par exemple, la Cour n'est pas convaincue qu'elle devrait reconnaître l'existence d'une catégorie distincte de questions de droit qui appellent la norme de la décision correcte dans le cas où ces questions sèment constamment la discorde au sein d'un organisme administratif. L'absence d'unanimité parmi les membres d'un tribunal administratif est le prix à payer pour la liberté et l'indépendance décisionnelle. Bien que la discorde puisse mener à l'incohérence du droit, un cadre d'application plus rigoureux de la norme de la décision raisonnable permet de se prémunir face à ces menaces à la primauté du droit. En outre, les questions de compétence ne devraient plus

2019 SCC 65 (CanLII)

decision maker's enabling statute. A proper application of the reasonableness standard will enable courts to ensure that administrative bodies have acted within the scope of their lawful authority without having to conduct a preliminary assessment on jurisdictional issues and without having to apply the correctness standard.

Going forward, a court seeking to determine what standard of review is appropriate should look to this decision first in order to determine how the general framework applies. Doing so may require the court to resolve subsidiary questions on which past precedents will often continue to provide helpful guidance and will continue to apply essentially without modification, such as cases concerning general questions of law of central importance to the legal system as a whole or those relating to jurisdictional boundaries between administrative bodies. On other issues, such as the effect of statutory appeal mechanisms, true questions of jurisdiction or the former contextual analysis, certain cases will necessarily have less precedential force.

There is also a need for better guidance from the Court on the proper application of the reasonableness standard, what that standard entails and how it should be applied in practice. Reasonableness review is meant to ensure that courts intervene in administrative matters only where it is truly necessary to do so in order to safeguard the legality, rationality and fairness of the administrative process. Its starting point lies in the principle of judicial restraint and in demonstrating respect for the distinct role of administrative decision makers. However, it is not a "rubber-stamping" process or a means of sheltering decision makers from accountability. While courts must recognize the legitimacy and authority of administrative decision makers and adopt a posture of respect, administrative decision makers must adopt a culture of justification and demonstrate that their exercise of delegated public power can be justified. In conducting reasonableness review, a court must consider the outcome of the administrative decision in light of its underlying rationale, to ensure that the decision as a whole is transparent, intelligible and justified. Judicial review is concerned with both the outcome of the decision and the reasoning process that led to that outcome. To accept otherwise would undermine, rather than demonstrate respect

être reconnues comme une catégorie distincte devant faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte; il n'existe aucune balise claire qui permet de distinguer ces questions de celles touchant à l'interprétation de sa loi habilitante par un décideur administratif. En appliquant adéquatement la norme de la décision raisonnable, les cours de justice sont en mesure de veiller à ce que les organismes administratifs agissent dans les limites des pouvoirs qui leur sont conférés sans qu'il soit nécessaire de procéder à un examen préliminaire des questions de compétence et sans avoir à recourir à la norme de la décision correcte.

À l'avenir, la cour de justice qui cherche à arrêter la norme de contrôle applicable devrait d'abord s'en remettre à la présente décision pour savoir comment s'applique le cadre général. Il est ainsi possible que la cour soit appelée à trancher des questions subsidiaires à l'égard desquelles la jurisprudence continue de donner des indications utiles et continue de s'appliquer essentiellement telle quelle, comme les affaires portant sur des questions de droit générales d'importance capitale pour le système de justice dans son ensemble ou sur des questions liées aux délimitations des compétences respectives d'organismes administratifs. Pour d'autres catégories de questions, certains arrêts, dont ceux portant sur l'effet des mécanismes d'appel prévus par la loi, sur des questions touchant véritablement à la compétence ou sur l'ancienne analyse contextuelle, auront forcément une valeur de précédent moindre.

En outre, la Cour doit donner des indications plus précises sur l'application appropriée de la norme de contrôle de la décision raisonnable, ce que signifie cette norme et comment elle devrait être appliquée en pratique. Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable est une approche visant à faire en sorte que les cours de justice interviennent dans les affaires administratives uniquement lorsque cela est vraiment nécessaire pour préserver la légitimité, la rationalité et l'équité du processus administratif. Il tire son origine du principe de la retenue judiciaire et témoigne d'un respect envers le rôle distinct des décideurs administratifs. Toutefois, il ne s'agit pas d'une « simple formalité » ni d'un moyen visant à soustraire les décideurs administratifs à leur obligation de rendre des comptes. Bien que les cours de justice doivent reconnaître la légitimité et la compétence des décideurs administratifs et adopter une attitude de respect, les décideurs administratifs doivent adhérer à une culture de la justification et démontrer que l'exercice du pouvoir public qui leur est délégué peut être justifié. Lorsqu'elle effectue un contrôle selon la norme de la décision raisonnable, la cour de révision doit tenir compte du résultat de la décision administrative eu égard au raisonnement sous-jacent à celle-ci afin de

2019 SCC 65 (CanLII)

toward, the institutional role of the administrative decision maker.

Reasonableness review is methodologically distinct from correctness review. The court conducting a reasonableness review must focus on the decision the administrative decision maker actually made, including the justification offered for it. A court applying the reasonableness standard does not ask what decision it would have made in place of the administrative decision maker, attempt to ascertain the range of possible conclusions, conduct a new analysis or seek to determine the correct solution to the problem. Instead, the reviewing court must consider only whether the decision made by the decision maker, including both the rationale for the decision and the outcome to which it led, was unreasonable.

In cases where reasons are required, they are the starting point for reasonableness review, as they are the primary mechanism by which decision makers show that their decisions are reasonable. Reasons are the means by which the decision maker communicates the rationale for its decision: they explain how and why a decision was made, help to show affected parties that their arguments have been considered and that the decision was made in a fair and lawful manner, and shield against arbitrariness. A principled approach to reasonableness review is therefore one which puts those reasons first. This enables a reviewing court to assess whether the decision as a whole is reasonable. Attention to the decision maker's reasons is part of how courts demonstrate respect for the decision-making process.

In many cases, formal reasons for a decision will not be given or required. Even without reasons, it is possible for the record and the context to reveal that a decision was made on the basis of an improper motive or for another impermissible reason. There will nonetheless be situations in which neither the record nor the larger context sheds light on the basis for the decision. In such cases, the reviewing court must still examine the decision in light of the relevant

s'assurer que la décision dans son ensemble est transparente, intelligible et justifiée. Le contrôle judiciaire porte à la fois sur le résultat et sur le raisonnement à l'origine de ce résultat. Une approche différente compromettrait le rôle institutionnel du décideur administratif plutôt que de le respecter.

Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable est méthodologiquement distinct du contrôle selon la norme de la décision correcte. La cour de justice effectuant un contrôle selon la norme de la décision raisonnable doit centrer son attention sur la décision même qu'a rendue le décideur administratif, notamment sur sa justification. Une cour de justice qui applique la norme de contrôle de la décision raisonnable ne se demande donc pas quelle décision elle aurait rendue à la place du décideur administratif, ne tente pas de prendre en compte l'éventail des conclusions qu'aurait pu tirer le décideur, ne se livre pas à une analyse *de novo*, et ne cherche pas à déterminer la solution correcte au problème. La cour de révision n'est plutôt appelée qu'à décider du caractère raisonnable de la décision rendue par le décideur administratif — ce qui inclut à la fois le raisonnement suivi et le résultat obtenu.

Dans les cas où des motifs sont requis, ceux-ci constituent le point de départ du contrôle selon la norme de la décision raisonnable, car ils sont le mécanisme principal par lequel les décideurs administratifs démontrent le caractère raisonnable de leurs décisions. Les motifs sont le moyen par lequel le décideur communique la justification de sa décision : ils servent à expliquer le processus décisionnel et la raison d'être de la décision en cause, permettent de montrer aux parties concernées que leurs arguments ont été pris en compte et démontrent que la décision a été rendue de manière équitable et licite, en plus de servir de bouclier contre l'arbitraire. Toute méthode raisonnée de contrôle selon la norme de la décision raisonnable s'intéresse donc avant tout aux motifs de la décision. Cela permet à la cour de révision de déterminer si la décision dans son ensemble est raisonnable. L'attention accordée aux motifs formulés par le décideur est une manifestation de l'attitude de respect dont font preuve les cours de justice envers le processus décisionnel.

Dans de nombreux cas, les motifs écrits d'une décision ne sont ni présentés, ni nécessaires. Même en l'absence de motifs, il se peut que le dossier et le contexte révèlent qu'une décision repose sur un mobile irrégulier ou sur un autre motif inacceptable. Il existe néanmoins des situations dans lesquelles ni le dossier ni le contexte général ne permettent de discerner le fondement de la décision en cause. En pareil cas, la cour de révision doit tout de même

2019 SCC 65 (CanLII)

factual and legal constraints on the decision maker in order to determine whether the decision is reasonable.

It is conceptually useful to consider two types of fundamental flaws that tend to render a decision unreasonable. The first is a failure of rationality internal to the reasoning process. To be reasonable, a decision must be based on an internally coherent reasoning that is both rational and logical. A failure in this respect may lead a reviewing court to conclude that a decision must be set aside. Reasonableness review is not a line-by-line treasure hunt for error. However, the reviewing court must be able to trace the decision maker's reasoning without encountering any fatal flaws in its overarching logic. Because formal reasons should be read in light of the record and with due sensitivity to the administrative regime in which they were given, a decision will be unreasonable if the reasons for it, read holistically, fail to reveal a rational chain of analysis or if they reveal that the decision was based on an irrational chain of analysis. A decision will also be unreasonable where the conclusion reached cannot follow from the analysis undertaken or if the reasons read in conjunction with the record do not make it possible to understand the decision maker's reasoning on a critical point. Similarly, the internal rationality of a decision may be called into question if the reasons exhibit clear logical fallacies.

The second type of fundamental flaw arises when a decision is in some respect untenable in light of the relevant factual and legal constraints that bear on it. Although reasonableness is a single standard that already accounts for context, and elements of a decision's context should not modulate the standard or the degree of scrutiny by the reviewing court, what is reasonable in a given situation will always depend on the constraints imposed by the legal and factual context of the particular decision under review. These contextual constraints dictate the limits and contours of the space in which the decision maker may act and the types of solutions it may adopt. The governing statutory scheme, other relevant statutory or common law, the principles of statutory interpretation, the evidence before the decision maker and facts of which the decision maker may take notice, the submissions of the parties, the past practices and decisions of the administrative body, and the potential impact of the decision on the individual to whom it applies, are all elements that will generally be relevant in evaluating whether a given decision is reasonable. Such elements are not a checklist; they may vary in significance

examiner la décision à la lumière des contraintes factuelles et juridiques imposées au décideur afin de déterminer s'il s'agit d'une décision raisonnable.

Il est utile, d'un point de vue conceptuel, de s'arrêter à deux catégories de lacunes fondamentales qui tendent à rendre une décision déraisonnable. La première est le manque de logique interne du raisonnement. Pour être raisonnable, une décision doit être fondée sur un raisonnement intrinsèquement cohérent qui est à la fois rationnel et logique. Un manquement à cet égard peut amener la cour de révision à conclure qu'il y a lieu d'infirmer la décision. Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable n'est pas une chasse au trésor, phrase par phrase, à la recherche d'une erreur. Cependant, la cour de révision doit être en mesure de suivre le raisonnement du décideur sans buter sur une faille décisive dans la logique globale. Puisqu'il faut interpréter les motifs écrits eu égard au dossier et en tenant dûment compte du régime administratif dans lequel ils sont donnés, une décision sera déraisonnable lorsque, lus dans leur ensemble, les motifs ne font pas état d'une analyse rationnelle ou montrent que la décision est fondée sur une analyse irrationnelle. Une décision sera également déraisonnable si la conclusion tirée ne peut prendre sa source dans l'analyse effectuée ou qu'il est impossible de comprendre, lorsqu'on lit les motifs en corrélation avec le dossier, le raisonnement du décideur sur un point central. De même, la logique interne d'une décision peut également être remise en question lorsque les motifs sont entachés d'erreurs manifestes sur le plan rationnel.

La seconde catégorie de lacune fondamentale se présente dans le cas d'une décision indéfendable sous certains rapports compte tenu des contraintes factuelles et juridiques pertinentes qui ont une incidence sur la décision. Même si la norme de la décision raisonnable est une norme unique qui tient déjà compte du contexte, et les éléments du contexte entourant une décision ne doivent pas altérer cette norme ou le degré d'examen que doit appliquer une cour de révision, ce qui est raisonnable dans un cas donné dépend toujours des contraintes juridiques et factuelles propres au contexte de la décision particulière sous examen. Ces contraintes d'ordre contextuel cernent les limites et les contours de l'espace à l'intérieur duquel le décideur peut agir, ainsi que les types de solution qu'il peut retenir. Le régime législatif applicable, tout autre principe législatif ou principe de common law pertinent, les principes d'interprétation des lois, la preuve portée à la connaissance du décideur et les faits dont le décideur peut prendre connaissance d'office, les observations des parties, les pratiques et décisions antérieures de l'organisme administratif et

2019 SCC 65 (CanLII)

depending on the context and will necessarily interact with one another.

Accordingly, a reviewing court may find that a decision is unreasonable when examined against these contextual considerations. Because administrative decision makers receive their powers by statute, the governing statutory scheme is likely to be the most salient aspect of the legal context relevant to a particular decision. A proper application of the reasonableness standard is capable of allaying the concern that an administrative decision maker might interpret the scope of its own authority beyond what the legislature intended. Whether an interpretation is justified will depend on the context, including the language chosen by the legislature in describing the limits and contours of the decision maker's authority.

Both statutory and common law will also impose constraints on how and what an administrative decision maker can lawfully decide. Any precedents on the issue before the administrative decision maker or on a similar issue, as well as international law in some administrative decision making contexts, will act as a constraint on what the decision maker can reasonably decide. Whether an administrative decision maker has acted reasonably in adapting a legal or equitable doctrine involves a highly context-specific determination.

Matters of statutory interpretation are not treated uniquely and, as with other questions of law, may be evaluated on a reasonableness standard. Where this is the applicable standard, the reviewing court does not undertake a *de novo* analysis of the question or ask itself what the correct decision would have been. But an approach to reasonableness review that respects legislative intent must assume that those who interpret the law, whether courts or administrative decision makers, will do so in a manner consistent with the modern principle of statutory interpretation. Administrative decision makers are not required to engage in a formalistic statutory interpretation exercise in every case. But whatever form the interpretive exercise takes, the merits of an administrative decision maker's interpretation of a statutory provision must be consistent with the text, context and purpose of the provision.

l'impact potentiel de la décision sur l'individu qui en fait l'objet sont tous des éléments qui sont généralement utiles pour déterminer si une décision est raisonnable. Ces éléments ne doivent pas servir de liste de vérification; leur importance peut varier selon le contexte et ils interagissent forcément entre eux.

En conséquence, il se peut que la cour de révision estime qu'une décision est déraisonnable au regard de ces considérations contextuelles. Comme les décideurs administratifs tiennent leurs pouvoirs d'une loi, le régime législatif applicable est probablement l'aspect le plus important du contexte juridique d'une décision donnée. L'application appropriée de la norme de la décision raisonnable permet de dissiper la crainte que le décideur administratif puisse interpréter la portée de sa propre compétence de manière à étendre ses pouvoirs au-delà de ce que voulait le législateur. La question de savoir si une interprétation est justifiée dépendra du contexte, notamment des mots choisis par le législateur pour décrire les limites et les contours du pouvoir du décideur.

Le droit — tant la loi que la common law — limitera lui aussi l'éventail des options qui s'offrent légalement au décideur administratif chargé de trancher un cas particulier. Tout précédent sur la question soumise au décideur administratif ou sur une question semblable, ainsi que le droit international dans certains domaines du processus décisionnel administratif, aura pour effet de circonscrire l'éventail des issues raisonnables. La question de savoir si le décideur administratif a agi raisonnablement en adaptant une règle de droit ou d'equity appelle un examen fondé dans une très large mesure sur le contexte.

Les questions d'interprétation de la loi ne reçoivent pas un traitement exceptionnel. Comme toute autre question de droit, on peut les évaluer en appliquant la norme de la décision raisonnable. S'il s'agit de la norme applicable, la cour de révision ne procède pas à une analyse *de novo* de la question soulevée ni ne se demande ce qu'aurait été la décision correcte. Mais une méthode de contrôle selon la norme de la décision raisonnable qui respecte l'intention du législateur doit tenir pour acquis que les instances chargées d'interpréter la loi — qu'il s'agisse des cours de justice ou des décideurs administratifs — effectueront cet exercice conformément au principe moderne en matière d'interprétation des lois. Les décideurs administratifs ne sont pas tenus dans tous les cas de procéder à une interprétation formaliste de la loi. Or, quelle que soit la forme que prend l'opération d'interprétation d'une disposition législative, le fond de l'interprétation de celle-ci par le décideur administratif doit être conforme à son texte, à son contexte et à son objet.

2019 SCC 65 (CanLII)

Furthermore, the decision maker must take the evidentiary record and the general factual matrix that bears on its decision into account, and its decision must be reasonable in light of them. The reasonableness of a decision may be jeopardized where the decision maker has fundamentally misapprehended or failed to account for the evidence before it. The reasons must also meaningfully account for the central issues and concerns raised by the parties, even though reviewing courts cannot expect administrative decision makers to respond to every argument or line of possible analysis.

While administrative decision makers are not bound by their previous decisions, they must be concerned with the general consistency of administrative decisions. Therefore, whether a particular decision is consistent with the administrative body's past decisions is also a constraint that the reviewing court should consider when determining whether an administrative decision is reasonable. Finally, individuals are entitled to greater procedural protection when the decision in question involves the potential for significant personal impact or harm. Where the impact of a decision on an individual's rights and interests is severe, the reasons provided to that individual must reflect the stakes. The principle of responsive justification means that if a decision has particularly harsh consequences for the affected individual, the decision maker must explain why its decision best reflects the legislature's intention.

The question of the appropriate remedy — specifically, whether a court that quashes an unreasonable decision should exercise its discretion to remit the matter to the decision maker for reconsideration with the benefit of the court's reasons — is multi-faceted. The choice of remedy must be guided by the rationale for applying the reasonableness standard to begin with, including the recognition by the reviewing court that the legislature has entrusted the matter to the administrative decision maker, and not to the court, concerns related to the proper administration of the justice system, the need to ensure access to justice and the goal of expedient and cost-efficient decision making. Giving effect to these principles in the remedial context means that where a decision reviewed by applying the reasonableness standard cannot be upheld, it will most often be appropriate to remit the matter to the decision maker for reconsideration with the benefit of the court's reasons. However, there are limited scenarios in which remitting the matter would stymie the timely and effective resolution of matters in a manner that no legislature could have intended. An intention that the administrative

Qui plus est, le décideur doit prendre en considération la preuve versée au dossier et la trame factuelle générale qui a une incidence sur sa décision et celle-ci doit être raisonnable au regard de ces éléments. Le caractère raisonnable d'une décision peut être compromis si le décideur s'est fondamentalement mépris sur la preuve qui lui a été soumise ou n'en a pas tenu compte. Les motifs doivent aussi tenir valablement compte des questions et préoccupations centrales soulevées par les parties, même si les cours de révision ne peuvent s'attendre à ce que les décideurs administratifs répondent à tous les arguments ou modes possibles d'analyse.

Bien que les décideurs administratifs ne soient pas liés par leurs décisions antérieures, ils doivent se soucier de l'uniformité générale des décisions administratives. La question de savoir si une décision en particulier est conforme à la jurisprudence de l'organisme administratif est donc elle aussi une contrainte dont devrait tenir compte la cour de révision au moment de décider si cette décision est raisonnable. Enfin, les individus ont droit à une plus grande protection procédurale lorsque la décision sous examen est susceptible d'avoir des répercussions personnelles importantes ou de leur causer un grave préjudice. Lorsque la décision a des répercussions sévères sur les droits et intérêts de l'individu visé, les motifs fournis à ce dernier doivent refléter ces enjeux. Le principe de la justification adaptée aux questions et préoccupations soulevées veut que, si les conséquences sont particulièrement graves pour l'individu concerné, le décideur explique pourquoi sa décision reflète le mieux l'intention du législateur.

La question de la réparation qu'il convient d'accorder — en l'occurrence celle de savoir si la cour qui casse une décision déraisonnable devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de renvoyer l'affaire pour réexamen à la lumière des motifs donnés par la cour — revêt de multiples facettes. Le choix de la réparation doit être guidé par la raison d'être de l'application de cette norme, y compris le fait pour la cour de révision de reconnaître que le législateur a confié le règlement de l'affaire à un décideur administratif, et non à une cour, les préoccupations liées à la bonne administration du système de justice, à la nécessité d'assurer l'accès à la justice et à la volonté de mettre sur pied un processus décisionnel à la fois rapide et économique. Donner effet à ces principes dans le contexte de la réparation signifie que, lorsque la décision contrôlée selon la norme de la décision raisonnable ne peut être confirmée, il conviendra le plus souvent de renvoyer l'affaire au décideur pour réexamen à la lumière des motifs donnés par la cour. Cependant, il y a des situations limitées dans lesquelles le renvoi de l'affaire pour nouvel examen fait échec au souci de résolution rapide et efficace d'une

2019 SCC 65 (CanLII)

decision maker decide the matter at first instance cannot give rise to endless judicial reviews and subsequent reconsiderations. Declining to remit a matter to the decision maker may be appropriate where it becomes evident that a particular outcome is inevitable and that remitting the case would therefore serve no useful purpose. Elements like concern for delay, fairness to the parties, urgency of providing a resolution to the dispute, the nature of the particular regulatory regime, whether the administrative decision maker had a genuine opportunity to weigh in on the issue in question, costs to the parties, and efficient use of public resources may also influence the exercise of a court's discretion to remit the matter.

In the case at bar, there is no basis for departing from the presumption of reasonableness review. The Registrar's decision has come before the courts by way of judicial review, not by way of a statutory appeal. Given that Parliament has not prescribed the standard to be applied, there is no indication that the legislature intended a standard of review other than reasonableness. The Registrar's decision does not give rise to any constitutional questions, general questions of law of central importance to the legal system as a whole or questions regarding the jurisdictional boundaries between administrative bodies. As a result, the standard to be applied in reviewing the Registrar's decision is reasonableness.

The Registrar's decision was unreasonable. She failed to justify her interpretation of s. 3(2)(a) in light of the constraints imposed by s. 3 considered as a whole, by international treaties that inform its purpose, by the jurisprudence on the interpretation of s. 3(2)(a), and by the potential consequences of her interpretation. Each of these elements — viewed individually and cumulatively — strongly supports the conclusion that s. 3(2)(a) was not intended to apply to children of foreign government representatives or employees who have not been granted diplomatic privileges and immunities. Though V had raised many of these considerations, the Registrar failed to address those submissions in her reasons and did not do more than conduct a cursory review of the legislative history of s. 3(2)(a) and conclude that her interpretation was not explicitly precluded by its text.

First, the Registrar failed to address the immediate statutory context of s. 3(2)(a), which provides clear support

manière telle qu'aucune législature n'aurait pu souhaiter. L'intention que le décideur administratif tranche l'affaire en première instance ne saurait donner lieu à un va-et-vient interminable de contrôles judiciaires et de nouveaux examens. Le refus de renvoyer l'affaire au décideur peut s'avérer indiqué lorsqu'il devient évident qu'un résultat donné est inévitable, si bien que le renvoi de l'affaire ne servirait à rien. Les préoccupations concernant les délais, l'équité envers les parties, le besoin urgent de régler le différend, la nature du régime de réglementation donné, la possibilité réelle ou non pour le décideur administratif de se pencher sur la question en litige, les coûts pour les parties et l'utilisation efficace des ressources publiques peuvent aussi influer sur l'exercice par la cour de son pouvoir discrétionnaire de renvoyer l'affaire.

Rien ne permet de s'écarter de la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable en l'espèce. La décision de la greffière a été soumise aux cours de justice par voie de contrôle judiciaire et non par voie d'appel prévu par la loi. Étant donné que le Parlement n'a pas prescrit la norme à appliquer, rien n'indique que le législateur voulait qu'une autre norme que celle de la décision raisonnable soit appliquée. La décision de la greffière ne soulève pas de questions constitutionnelles, de questions de droit générales d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble ou de questions liées aux délimitations des compétences respectives d'organismes administratifs. En conséquence, la décision de la greffière doit être examinée selon la norme de la décision raisonnable.

La décision de la greffière est déraisonnable. Elle n'a pas justifié son interprétation de l'al. 3(2)a) à la lumière des contraintes qu'imposent l'art. 3 pris dans son ensemble, les traités internationaux qui éclairent l'objet de cette disposition, la jurisprudence relative à l'interprétation de l'al. 3(2)a), et les conséquences possibles de son interprétation. Chacun de ces éléments — pris individuellement ainsi que dans leur ensemble — appuie fortement la conclusion selon laquelle l'al. 3(2)a) n'est pas censé s'appliquer aux enfants de représentants ou d'employés au service d'un gouvernement étranger à qui on n'avait pas accordé de privilèges et d'immunités diplomatiques. Bien que V ait soulevé bon nombre de ces considérations, la greffière n'a pas traité de ces arguments dans ses motifs et n'a pas fait davantage que se livrer à un examen superficiel de l'historique législatif de l'al. 3(2)a) et conclure que le libellé de celui-ci n'excluait pas explicitement son interprétation.

En premier lieu, la greffière n'a pas examiné le contexte législatif qui entoure l'al. 3(2)a), lequel étaye clairement la

2019 SCC 65 (CanLII)

for the conclusion that all of the persons contemplated by s. 3(2)(a) must have been granted diplomatic privileges and immunities in some form for the exception to apply. Second, the Registrar disregarded compelling submissions that s. 3(2) is a narrow exception consistent with established principles of international law and with the leading international treaties that extend diplomatic privileges and immunities to employees and representatives of foreign governments. Third, it was a significant omission to ignore the relevant cases that were before the Registrar which suggest that s. 3(2)(a) was intended to apply only to those individuals whose parents have been granted diplomatic privileges and immunities. Finally, there is no evidence that the Registrar considered the potential consequences of expanding her interpretation of s. 3(2)(a) to include all individuals who have not been granted diplomatic privileges and immunities. Rules concerning citizenship require a high degree of interpretive consistency in order to shield against arbitrariness. The Registrar's interpretation cannot be limited to the children of spies — its logic would be equally applicable to other scenarios. As well, provisions such as s. 3(2)(a) must be given a narrow interpretation because they potentially take away rights which otherwise benefit from a liberal and broad interpretation. Yet there is no indication that the Registrar considered the potential harsh consequences of her interpretation, or whether, in light of those potential consequences, Parliament would have intended s. 3(2)(a) to apply in this manner. Although the Registrar knew her interpretation was novel, she failed to provide a rationale for her expanded interpretation.

It was therefore unreasonable for the Registrar to find that s. 3(2)(a) can apply to individuals whose parents have not been granted diplomatic privileges and immunities in Canada. It is undisputed that V's parents had not been granted such privileges and immunities. No purpose would therefore be served by remitting this matter to the Registrar. Given that V was born in Canada, his status is governed only by the general rule of citizenship by birth. He is a Canadian citizen.

Per Abella and Karakatsanis JJ.: There is agreement with the majority that the appeal should be dismissed. The Registrar's decision to cancel V's citizenship certificate was unreasonable and was properly quashed by the Court of Appeal.

conclusion selon laquelle toutes les personnes visées par l'al. 3(2)a) doivent s'être vu accorder certains privilèges et immunités diplomatiques pour que l'exception trouve application. En deuxième lieu, la greffière a fait fi des observations convaincantes voulant que la raison d'être du par. 3(2) consiste à instituer une exception étroite conformément aux principes établis du droit international et aux traités internationaux d'importance en vertu desquels les employés et représentants au service d'un gouvernement étranger bénéficient de privilèges et immunités diplomatiques. En troisième lieu, il s'agissait d'une omission importante que d'ignorer les décisions pertinentes portées à la connaissance de la greffière qui tendent à indiquer que l'al. 3(2)a) n'est censé s'appliquer qu'aux personnes dont les parents se sont vu accorder des privilèges et immunités diplomatiques. En dernier lieu, rien n'établit que la greffière a tenu compte des conséquences que peut avoir le fait d'étendre son interprétation de l'al. 3(2)a) à l'ensemble des personnes à qui on n'a pas accordé de privilèges et d'immunités diplomatiques. Les règles concernant la citoyenneté commandent une grande uniformité en matière d'interprétation pour se prémunir contre la perception d'arbitraire. L'interprétation de la greffière ne saurait se limiter aux enfants d'espions; sa logique vaudrait tout autant dans d'autres cas. En outre, il faut donner aux dispositions telles que l'al. 3(2)a) une interprétation étroite puisqu'elles refusent ou risquent d'enlever des droits qui autrement recevraient une interprétation large et libérale. Néanmoins, rien n'indique que la greffière a pris en compte les possibles conséquences sévères de son interprétation ou que, compte tenu de ces conséquences éventuelles, elle s'est demandée si le Parlement aurait voulu que l'al. 3(2)a) s'applique de cette manière. Même si la greffière était au fait du caractère inédit de son interprétation, elle n'a pas motivé cette interprétation élargie.

Il était donc déraisonnable de la part de la greffière de décider que l'al. 3(2)a) peut s'appliquer aux personnes dont les parents ne se sont pas vu accorder de privilèges et immunités diplomatiques au Canada. Nul ne conteste que les parents de V ne s'étaient pas vu accorder pareils privilèges et immunités. En conséquence, il ne servirait à rien de renvoyer l'affaire à la greffière. En tant que personne née au Canada, V dispose d'un statut régi uniquement par la règle générale de la citoyenneté de naissance. Il est citoyen canadien.

Les juges Abella et Karakatsanis : Il y a accord avec les juges majoritaires pour rejeter le pourvoi. La décision de la greffière d'annuler le certificat de citoyenneté de V était déraisonnable et la Cour d'appel a eu raison de la casser.

2019 SCC 65 (CanLII)

There is also agreement with the majority that there should be a presumption of reasonableness in judicial review. The contextual factors analysis should be eliminated from the standard of review framework, and "true questions of jurisdiction" should be abolished as a separate category of issues subject to correctness review. However, the elimination of these elements does not support the foundational changes to judicial review outlined in the majority's framework that result in expanded correctness review. Rather than confirming a meaningful presumption of deference for administrative decision-makers, the majority strips away deference from hundreds of administrative actors, based on a formalistic approach that ignores the legislature's intention to leave certain legal and policy questions to administrative decision-makers. The majority's presumption of reasonableness review rests on a totally new understanding of legislative intent and the rule of law and prohibits any consideration of well-established foundations for deference. By dramatically expanding the circumstances in which generalist judges will be entitled to substitute their own views for those of specialized decision-makers who apply their mandates on a daily basis, the majority's framework fundamentally reorients the relationship between administrative actors and the judiciary, thus advocating a profoundly different philosophy of administrative law.

Il y a également accord avec la majorité pour dire qu'il doit y avoir présomption d'application de la norme de la décision raisonnable en cas de contrôle judiciaire. L'analyse contextuelle doit être éliminée du cadre d'analyse applicable à la norme de contrôle, et la catégorie des « questions touchant vraiment à la compétence » doit être abolie en tant que catégorie distincte de questions assujetties à la norme de la décision correcte. Toutefois, l'élimination de ces éléments ne justifie pas les modifications fondamentales apportées au contrôle judiciaire qui sont décrites dans le cadre proposé par la majorité et qui entraînent un élargissement du contrôle judiciaire fondé sur la norme de la décision correcte. Au lieu de confirmer l'existence d'une présomption significative de déférence en faveur des décideurs administratifs, la majorité prive de déférence des centaines d'acteurs administratifs, en appliquant une approche formaliste qui néglige la volonté du législateur de laisser à des décideurs administratifs le soin de trancher certaines questions de droit et de politique. La présomption d'application de la norme de la décision raisonnable qu'énonce la majorité repose sur une compréhension totalement nouvelle de l'intention du législateur et de la primauté du droit et interdit toute prise en compte des postulats bien établis du principe de la déférence. En élargissant considérablement les circonstances dans lesquelles les juges généralistes pourront substituer leur propre opinion à celle des décideurs spécialisés qui exercent leur mandat au quotidien, le cadre proposé par la majorité réoriente complètement le rapport entre les acteurs administratifs et la magistrature, et préconise du même coup une philosophie du droit administratif profondément différente.

The majority's framework rests on a flawed and incomplete conceptual account of judicial review, one that unjustifiably ignores the specialized expertise of administrative decision-makers and reads out the foundations of the modern understanding of legislative intent. Instead of understanding legislative intent as being the intention to leave legal questions within their mandate to specialized decision-makers with expertise, the majority removes expertise from the equation entirely. In so doing, the majority disregards the historically accepted reason why the legislature intended to delegate authority to an administrative actor. In particular, such an approach ignores the possibility that specialization and expertise are embedded into this legislative choice. Post-*Dunsmuir*, the Court has been steadfast in confirming the central role of specialization and expertise, affirming their connection to legislative intent, and recognizing that they give administrative decision-makers the interpretative upper hand on questions of law. Specialized expertise has become the core

Le cadre établi par la majorité repose sur une conception du contrôle judiciaire qui est à la fois erronée et incomplète et qui néglige sans raison valable l'expertise spécialisée des décideurs administratifs et fait fi des fondements de la conception moderne de l'intention du législateur. Au lieu de considérer que la volonté du législateur est de confier à des décideurs spécialisés possédant une expertise en la matière le soin de trancher les questions de droit relevant de leur mandat, la majorité fait table rase de l'expertise de ces décideurs. Ce faisant, la majorité ne tient pas compte de la raison historiquement reconnue pour laquelle le législateur souhaitait déléguer des pouvoirs à des acteurs administratifs. En particulier, cette approche ne tient pas compte de la possibilité que la spécialisation et l'expertise fassent partie intégrante de ce choix du législateur. Depuis l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour n'a cessé de confirmer le rôle central que jouent la spécialisation et l'expertise, de confirmer le lien entre celles-ci et l'intention du législateur et de reconnaître

2019 SCC 65 (CanLII)

rationale for deference. Giving proper effect to the legislature's choice to delegate authority to an administrative decision-maker requires understanding the advantages that the decision-maker may enjoy in exercising its mandate. Chief among those advantages are the institutional expertise and specialization inherent to administering a particular mandate on a daily basis. In interpreting their enabling statutes, administrative actors may have a particularly astute appreciation for the on-the-ground consequences of particular legal interpretations, of statutory context, of the purposes that a provision or legislative scheme are meant to serve, and of specialized terminology. The advantages stemming from specialization and expertise provide a robust foundation for deference. The majority's approach accords no weight to such institutional advantages and banishes expertise from the standard of review analysis entirely. The removal of the current conceptual basis for deference opens the gates to expanded correctness review.

In the majority's framework, deference gives way whenever the rule of law demands it. This approach, however, flows from a court-centric conception of the rule of law. The rule of law means that administrative decision-makers make legal determinations within their mandate; it does not mean that only judges decide questions of law with an unrestricted license to substitute their opinions for those of administrative actors through correctness review. The majority's approach not only erodes the presumption of deference; it erodes confidence in the fact that law-making and legal interpretation are shared enterprises between courts and administrative decision-makers. Moreover, access to justice is at the heart of the legislative choice to establish a robust system of administrative law. This goal is compromised when a narrow conception of the rule of law is invoked to impose judicial hegemony over administrative decision-makers, which adds unnecessary expense and complexity. Authorizing more incursions into the administrative system by judges and permitting *de novo* review of every legal decision adds to the delay and cost of obtaining a final decision.

The majority's reformulation of "legislative intent" invites courts to apply an irrebuttable presumption of correctness review whenever an administrative scheme

qu'elles confèrent aux décideurs administratifs un privilège en matière d'interprétation sur les questions de droit. L'expertise spécialisée est devenue la principale raison invoquée pour justifier la déférence. Pour donner l'effet voulu à la volonté du législateur de déléguer des pouvoirs aux décideurs administratifs, il faut comprendre les avantages que peut comporter l'exercice, par ces décideurs, de leur mandat. Parmi ces avantages se trouvent, au premier chef, l'expertise institutionnelle et la spécialisation inhérentes à l'exécution quotidienne d'un mandat particulier. Lorsqu'ils interprètent leur loi habilitante, les acteurs administratifs sont particulièrement bien placés pour saisir avec justesse les conséquences concrètes d'interprétations juridiques particulières, le contexte législatif, les objectifs qu'une disposition ou un régime législatifs sont censés viser et la terminologie spécialisée. Les avantages conférés par la spécialisation et l'expertise constituent une raison convaincante de faire preuve de déférence. L'approche préconisée par la majorité n'accorde aucun poids à de tels avantages institutionnels et évacue totalement l'expertise de l'analyse relative à la norme de contrôle. La suppression du fondement conceptuel qui justifie actuellement la déférence ouvre les portes à un contrôle judiciaire élargi fondé sur la norme de la décision correcte.

Selon le cadre proposé par la majorité, la déférence est éclipsée chaque fois que la primauté du droit l'exige. Cette approche découle toutefois d'une conception judiciarisée de la primauté du droit. La primauté du droit signifie que les décideurs administratifs prennent des décisions juridiques dans le cadre de leur mandat; elle ne signifie pas que seuls les juges peuvent trancher des questions de droit et ont carte blanche pour substituer leur opinion à celle des acteurs administratifs par le biais d'un contrôle selon la norme de la décision correcte. L'approche de la majorité à la fois affaiblit la présomption de déférence, et mine la confiance dans le fait que l'élaboration et l'interprétation du droit relèvent de la participation commune des tribunaux judiciaires et des décideurs administratifs. De plus, l'accès à la justice est au cœur du choix du législateur d'instaurer un système de droit administratif solide. Cet objectif est compromis lorsqu'on invoque une conception étroite de la primauté du droit pour imposer l'hégémonie judiciaire aux décideurs administratifs, ce qui augmente inutilement les coûts et la complexité. Permettre aux juges de s'immiscer encore plus dans la justice administrative et permettre un examen *de novo* de chaque décision juridique allonge les délais et augmente les frais engagés pour obtenir une décision définitive.

La reformulation de la notion de « l'intention du législateur » proposée par la majorité invite les cours à appliquer une présomption irréfragable d'application de la

2019 SCC 65 (CanLII)

2019 SCC 65 (CanLII)

includes a right of appeal. Elevating appeal clauses to indicators of correctness review creates a two-tier system that defers to the expertise of administrative decision-makers only where there is no appeal clause. Yet appeal rights do not represent a different institutional structure that requires a more searching form of review. The mere fact that a statute contemplates an appeal says nothing about the degree of deference required in the review process. The majority's position hinges almost entirely on a textualist argument — i.e., that the presence of the word "appeal" indicates a legislative intent that courts apply the same standards of review found in civil appellate jurisprudence. This disregards long-accepted institutional distinctions between courts and administrative decision-makers. The continued use by legislatures of the term "appeal" cannot be imbued with the intent that the majority ascribes to it. The idea that appellate standards of review must be applied to every right of appeal is entirely unsupported by the jurisprudence. For at least 25 years, the Court has not treated statutory rights of appeal as a determinative reflection of legislative intent, and such clauses have played little or no role in the standard of review analysis. Moreover, pre-*Dunsmuir*, statutory rights of appeal were still seen as only one factor and not as unequivocal indicators of correctness review. Absent exceptional circumstances, a statutory right of appeal does not displace the presumption of reasonableness.

The majority's disregard for precedent and *stare decisis* has the potential to undermine both the integrity of the Court's decisions, and public confidence in the stability of the law. *Stare decisis* places significant limits on the Court's ability to overturn its precedents. The doctrine promotes the predictable and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the integrity of the judicial process. Respect for precedent also safeguards the Court's institutional legitimacy. The precedential value of a judgment does not expire with the tenure of the panel of judges that decided it. When the Court does choose to overrule its own precedents, it should do so carefully, with moderation, and with due regard for all the important considerations

norme de la décision correcte lorsqu'un régime administratif prévoit un droit d'appel. En élevant des dispositions créant un droit d'appel au rang d'indicateurs d'un contrôle assujetti à la norme de la décision correcte, on crée un système de droit administratif à deux vitesses dans lequel les juges s'en remettent à l'expertise des décideurs administratifs seulement lorsqu'il n'existe pas de disposition d'appel. Cependant, l'existence de droits d'appel ne crée pas un régime institutionnel différent qui commanderait un contrôle plus fouillé. Le simple fait qu'une loi envisage la possibilité d'un appel ne permet pas de tirer de conclusions quant au degré de déférence requis lors du contrôle en question. La position de la majorité repose presque exclusivement sur un argument textuel suivant lequel la présence du mot « appel » indique que le législateur voulait que les cours de révision appliquent les mêmes normes de contrôle que celles que les cours d'appel appliquent dans leurs arrêts en matière civile. Cela néglige les distinctions institutionnelles qui sont reconnues depuis longtemps entre les tribunaux judiciaires et les décideurs administratifs. L'emploi systématique du terme « appel » par les législatures ne saurait s'expliquer par l'intention que la majorité lui prête. L'idée selon laquelle il faut appliquer les normes de contrôle d'appel à tous les droits d'appel ne trouve aucun appui dans la jurisprudence. Depuis au moins 25 ans, la Cour ne considère pas les droits d'appel accordés par une loi comme une expression déterminante de l'intention du législateur, et de telles dispositions ne sont presque pas ou pas du tout entrées en ligne de compte dans l'analyse relative à la norme de contrôle. De surcroît, avant l'arrêt *Dunsmuir*, les droits d'appel conférés par la loi n'étaient encore perçus que comme un facteur parmi d'autres et non comme des indices sans équivoque d'un contrôle selon la norme de la décision correcte. Sauf en présence de circonstances exceptionnelles, un droit d'appel conféré par la loi n'écarte pas la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable.

Le mépris de la majorité pour les précédents et la règle du *stare decisis* risque de compromettre l'intégrité des décisions de la Cour et d'ébranler la confiance du public à l'égard de la stabilité du droit. La règle du *stare decisis* limite considérablement la capacité de la Cour d'infirmer ses propres précédents. La doctrine favorise le développement prévisible et cohérent des principes de droit, favorise la confiance envers les décisions judiciaires et contribue à l'intégrité du processus judiciaire. Le respect des précédents préserve également la légitimité institutionnelle de la Cour. Les décisions de la Cour ne perdent pas leur valeur de précédent avec le départ des juges qui y ont participé. Lorsque la Cour choisit d'écarter ses propres précédents, elle doit le faire avec prudence et modération

that undergird the doctrine of *stare decisis*. A nuanced balance must be struck between maintaining the stability of the common law and ensuring that the law is flexible and responsive enough to adapt to new circumstances and societal norms. *Stare decisis* plays a critical role in maintaining that balance and upholding the rule of law.

There is no principled justification for departing from the existing jurisprudence and abandoning the Court's long-standing view of how statutory appeal clauses impact the standard of review analysis. In doing so, the majority disregards the high threshold required to overturn the Court's decisions. The unprecedented wholesale rejection of an entire body of jurisprudence is particularly unsettling. The affected cases are numerous and include many decisions conducting deferential review even in the face of a statutory right of appeal and bedrock judgments affirming the relevance of administrative expertise to the standard of review analysis. Overruling these judgments flouts *stare decisis*, which prohibits courts from overturning past decisions that simply represent a choice with which the current bench does not agree. The majority's approach also has the potential to disturb settled interpretations of many statutes that contain a right of appeal; every existing interpretation of such statutes that has been affirmed under a reasonableness standard will be open to fresh challenge. Moreover, if the Court, in its past decisions, misconstrued the purpose of statutory appeal clauses, legislatures were free to clarify this interpretation through legislative amendment. In the absence of legislative correction, the case for overturning decisions is even less compelling.

The Court should offer additional direction on reasonableness review so that judges can provide careful and meaningful oversight of the administrative justice system while respecting its legitimacy and the perspectives of its front-line, specialized decision-makers. However, rather than clarifying the role of reasons and how to review them, the majority revives the kind of search for errors that dominated the Court's prior jurisprudence. The majority's multi-factored, open-ended list of constraints on administrative decision making will encourage reviewing courts to dissect administrative reasons in a line-by-line hunt for error. These constraints may function in practice as a wide-ranging catalogue of hypothetical errors to justify

et en tenant dûment compte de toutes les considérations importantes qui sous-tendent la doctrine du *stare decisis*. On doit trouver un équilibre subtil entre le maintien de la stabilité de la common law et l'assurance que le droit est suffisamment souple et réceptif pour s'adapter à de nouvelles réalités et à l'évolution des normes sociales. La règle du *stare decisis* joue un rôle essentiel pour maintenir cet équilibre et assurer le respect de la primauté du droit.

Il n'existe aucune raison logique justifiant de rompre avec la jurisprudence existante et d'abandonner la conception bien établie de la Cour quant à l'effet des dispositions législatives créant un droit d'appel sur l'analyse de la norme de contrôle. Ce faisant, la majorité ne tient pas compte du critère rigoureux auquel il faut satisfaire pour pouvoir écarter l'une des décisions de la Cour. Le rejet en bloc sans précédent de tout un arsenal jurisprudentiel est particulièrement troublant. Les arrêts touchés sont nombreux et comprennent maintes décisions rendues aux termes d'un contrôle fondé sur la déférence en dépit de l'existence d'un droit d'appel conféré par la loi ainsi que des arrêts fondamentaux confirmant la pertinence de l'expertise administrative pour l'analyse de la norme de contrôle. L'abandon de ces jugements bafoue la règle du *stare decisis* qui interdit aux tribunaux d'écarter des décisions antérieures qui représentent simplement une solution à laquelle la formation actuelle ne souscrit pas. L'approche de la majorité risque également de bousculer les interprétations établies de nombreuses lois prévoyant un droit d'appel; chaque interprétation existante de ces lois qui a été confirmée en appliquant la norme de contrôle de la décision raisonnable sera susceptible d'être remise en question. Par ailleurs, si la Cour s'était, dans ses décisions antérieures, méprise sur l'objet des dispositions d'appel prévues par la loi, il aurait alors été loisible aux législateurs de clarifier cette interprétation au moyen d'une modification législative. En l'absence d'intervention du législateur, les arguments militant en faveur du renversement des décisions antérieures sont encore moins convaincants.

La Cour devrait fournir des balises supplémentaires quant à la façon de procéder à un contrôle judiciaire fondé sur la norme de la décision raisonnable afin que les juges puissent assurer une surveillance minutieuse et concrète du système de justice administrative tout en respectant la légitimité de celui-ci et le point de vue des décideurs spécialisés de première ligne. Toutefois, plutôt que de clarifier le rôle que jouent les motifs et de préciser comment on doit les contrôler, la majorité ressuscite la démarche axée sur la recherche d'erreurs qui occupait une place prépondérante dans l'ancienne jurisprudence de la Cour. La liste multifactorielle et non limitative des contraintes à la prise de décisions administratives dressée par la majorité incitera

2019 SCC 65 (CanLII)

quashing an administrative decision. Structuring reasonableness review in this fashion effectively imposes on administrative decision-makers a higher standard of justification than on trial judges. Such an approach undercuts deference. Reasonableness review should instead focus on the concept of deference to administrative decision-makers and to the legislative intention to confide in them a mandate. Curial deference is the hallmark of reasonableness review, setting it apart from the substitution of opinion permitted under correctness.

Deference imposes three requirements on courts conducting reasonableness review. First, deference is the attitude a reviewing court must adopt towards an administrative decision-maker. Deference mandates respect for the legislative choice to entrust a decision to administrative actors rather than to the courts, for the important role that administrative decision-makers play, and for their specialized expertise and the institutional setting in which they operate. Reviewing courts must pay respectful attention to the reasons offered for an administrative decision, make a genuine effort to understand why the decision was made, and give the decision a fair and generous construction. Second, deference affects how a court frames the question it must answer and the nature of its analysis. A reviewing court does not ask how it would have resolved an issue, but rather whether the answer provided by the decision-maker was unreasonable. Ultimately, whether an administrative decision is reasonable depends on the context, and a reviewing court must be attentive to all relevant circumstances, including the reasons offered to support the decision, the record, the statutory scheme and the particular issues raised, among other factors. Third, deferential review impacts how a reviewing court evaluates challenges to a decision. The party seeking judicial review bears the onus of showing that the decision was unreasonable; the decision-maker does not have to persuade the court that its decision is reasonable.

les cours de révision à disséquer les motifs administratifs et à se lancer dans une chasse au trésor, phrase par phrase, à la recherche d'une erreur. En pratique, ces contraintes risquent de se transformer en un vaste catalogue d'erreurs hypothétiques qui peuvent servir à justifier l'annulation d'une décision administrative. Cette façon de structurer le contrôle selon la norme de la décision raisonnable astreint effectivement les décideurs administratifs à une norme de justification plus exigeante que celle qui s'applique aux juges de première instance. Cette approche sape la déférence. Le contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable devrait plutôt être centré sur le principe de la déférence à l'égard des décideurs administratifs et de l'intention du législateur de leur confier un mandat. La retenue judiciaire est la marque distinctive du contrôle selon la norme de la décision raisonnable et ce qui le distingue de la norme de la décision correcte, laquelle permet à la cour de substituer son opinion à celle du décideur administratif.

Le principe de la déférence soumet à trois exigences les tribunaux qui procèdent à un contrôle selon la norme de la décision raisonnable. D'abord, la déférence est l'attitude que la cour de révision doit adopter à l'égard du décideur administratif. Le principe de la déférence commande le respect du choix du législateur de confier à des acteurs administratifs plutôt qu'aux cours de justice le soin de rendre certaines décisions et la reconnaissance du rôle important que jouent les décideurs administratifs, ainsi que de leur expertise spécialisée et du cadre institutionnel dans lequel ils évoluent. Les cours de révision doivent également accorder une attention respectueuse aux motifs donnés à l'appui d'une décision administrative, s'efforcer sincèrement de comprendre la décision et interpréter la décision de façon équitable et généreuse. En deuxième lieu, le principe de la déférence influe sur la façon dont un tribunal formule la question à laquelle il doit répondre et la nature de l'analyse qu'il mènera. La cour de révision ne cherche pas à savoir comment elle aurait résolu la question, mais plutôt si la réponse donnée par le décideur administratif était déraisonnable. En fin de compte, la question de savoir si une décision administrative est raisonnable dépend du contexte, et la cour de révision doit tenir compte de toutes les circonstances pertinentes, y compris les motifs invoqués au soutien de la décision, le dossier, le régime législatif et les questions particulières soulevées par le demandeur, parmi d'autres facteurs. Troisièmement, le contrôle fondé sur le principe de la déférence influence la façon dont la cour de révision évalue la contestation dont fait l'objet la décision. Il incombe à la partie réclamant le contrôle judiciaire de démontrer que la décision en cause est déraisonnable; le décideur n'a pas à convaincre la cour de justice que sa décision est raisonnable.

2019 SCC 65 (CanLII)

The administrative decision itself is the focal point of the review exercise. In all cases, the question remains whether the challenging party has demonstrated that a decision is unreasonable. Where reasons are neither required nor available, reasonableness may be justified by past decisions of the administrative body or in light of the procedural context. Where reasons are provided, they serve as the natural starting point to determine whether the decision-maker acted reasonably. By beginning with the reasons, read in light of the surrounding context and the grounds raised, reviewing courts provide meaningful oversight while respecting the legitimacy of specialized administrative decision making. Reviewing courts should approach the reasons with respect for the specialized decision-makers, their significant role and the institutional context chosen by the legislator. Reviewing courts should not second-guess operational implications, practical challenges and on-the-ground knowledge and must remain alert to specialized concepts or language. Further, a reviewing court is not restricted to the four corners of the written reasons and should, if faced with a gap in the reasons, look to other materials to see if they shed light on the decision, including: the record of any formal proceedings and the materials before the decision-maker, past decisions of the administrative body, and policies or guidelines developed to guide the type of decision under review. These materials may assist a court in understanding the outcome. In these ways, reviewing courts may legitimately supplement written reasons without supplanting the analysis. Reasons must be read together with the outcome to determine whether the result falls within a range of possible outcomes. This approach puts substance over form where the basis for a decision is evident on the record, but not clearly expressed in written reasons.

As well, a court conducting deferential review must view claims of error in context and with caution, cognizant of the need to avoid substituting its opinion for that of those empowered and better equipped to answer the questions at issue. Because judicial substitution is incompatible with deference, reviewing courts must carefully evaluate the challenges raised to ensure they go to the reasonableness of the decision rather than representing a

La décision administrative est en soi le point de mire du contrôle judiciaire. Dans tous les cas, la question à trancher demeure celle de savoir si la partie qui conteste la décision a démontré que celle-ci est déraisonnable. Lorsque le décideur n'est pas tenu de motiver sa décision ou qu'il est impossible d'obtenir les motifs de la décision, le caractère raisonnable de la décision peut être démontré à l'aide de décisions antérieures de l'organisme administratif ou à la lumière du contexte procédural. Pour déterminer si le décideur a agi raisonnablement, la cour de révision doit d'abord, cela va de soi, examiner les motifs, s'il en est, qui ont été exposés. En se penchant d'abord sur les motifs de la décision, à la lumière du contexte qui l'entoure et des arguments invoqués pour la contester, la cour de révision procède à un véritable contrôle tout en respectant la légitimité du processus décisionnel des autorités administratives spécialisées. Les cours de révision devraient aborder les motifs dans un esprit de respect envers les décideurs spécialisés, le rôle important qui leur a été confié et le contexte institutionnel choisi par le législateur. Elles devraient se garder de reconsidérer les incidences concrètes, les difficultés d'ordre pratique de même que les connaissances de terrain, et demeurer attentives aux concepts ou termes spécialisés. De plus, l'examen qu'effectue la cour de révision ne se limite pas à la teneur même des motifs écrits de la décision; lorsqu'elle constate l'existence d'une lacune dans les motifs, la cour doit examiner d'autres documents pour savoir s'ils permettent de mieux comprendre la décision, y compris : le dossier des actes de procédure officiels, les documents portés à l'attention du décideur, les décisions antérieures de l'organisme administratif, ainsi que les politiques ou lignes directrices élaborées pour l'aider dans sa démarche. Ces documents pourraient aider un tribunal à comprendre le résultat. Voilà comment les cours de révision peuvent légitimement compléter les motifs écrits sans supplanter l'analyse. Les motifs doivent être examinés en corrélation avec le résultat afin de savoir si celui-ci fait partie des issues possibles. Cette approche privilégie le fond plutôt que la forme dans les situations où le fondement de la décision est évident au vu du dossier, mais n'est pas exposé clairement dans les motifs écrits.

De plus, lors d'un contrôle fondé sur le principe de la déférence, la cour doit examiner les allégations d'erreur avec prudence, en tenant compte du contexte et de la nécessité d'éviter de substituer son opinion à celle des personnes qui sont habilitées à répondre aux questions en litige et mieux outillées qu'elle pour le faire. Étant donné que le principe de la déférence lui interdit de substituer son opinion à celle du décideur, la cour de révision doit

2019 SCC 65 (CanLII)

2019 SCC 65 (CanLII)

mere difference of opinion. Courts must also consider the materiality of any alleged errors. An error that is peripheral to the reasoning process is not sufficient to justify quashing a decision. The same deferential approach must apply with equal force to statutory interpretation cases. In such cases, a court should not assess the decision by determining what, in its own view, would be a reasonable interpretation. Such an approach imperils deference. A *de novo* interpretation of a statute necessarily omits the perspective of the front-line, specialized administrative body that routinely applies the statutory scheme in question. By placing that perspective at the heart of the judicial review inquiry, courts display respect for specialization and expertise, and for the legislative choice to delegate certain questions to non-judicial bodies. Conversely, by imposing their own interpretation of a statute, courts undermine legislative intent.

In the instant case, there is agreement with the majority that the standard of review is reasonableness. The Registrar's reasons failed to respond to V's submission that the objectives of s. 3(2)(a) of the *Citizenship Act* require its terms to be read narrowly. Instead, the Registrar interpreted s. 3(2)(a) broadly, based on a purely textual assessment. This reading was only reasonable if the text is read in isolation from its objective. Nothing in the history of this provision indicates that Parliament intended to widen its scope. Furthermore, the judicial treatment of this provision also points to the need for a narrow interpretation. In addition, the text of s. 3(2)(c) can be seen as undermining the Registrar's interpretation of s. 3(2)(a), because the former denies citizenship to children born to individuals who enjoy diplomatic privileges and immunities equivalent to those granted to persons referred to in the latter. This suggests that s. 3(2)(a) covers only those employees in Canada of a foreign government who have such privileges and immunities, in contrast with V's parents. By ignoring the objectives of s. 3 as a whole, the Registrar's decision was unreasonable.

évaluer avec circonspection les arguments que le demandeur invoque pour contester une décision administrative afin de s'assurer qu'ils concernent le caractère raisonnable de celle-ci et ne relèvent pas d'une simple divergence d'opinions. Les tribunaux doivent également tenir compte de la gravité des erreurs reprochées. Une erreur secondaire au regard du raisonnement ne suffit pas à justifier l'annulation d'une décision. Ils doivent conserver la même attitude de déférence lorsqu'ils interprètent une disposition législative. Dans ce genre de cas, la cour de révision ne devrait pas évaluer la décision en tentant de déterminer l'interprétation qui, à son avis, serait raisonnable. Pareille approche met en péril la déférence. Une interprétation *de novo* d'une loi occulte nécessairement le point de vue de l'organisme administratif spécialisé qui applique régulièrement le régime législatif en question. En plaçant ce point de vue au cœur de leur analyse, les cours de justice témoignent de leur respect à l'endroit des compétences et connaissances spécialisées des organismes administratifs ainsi qu'à l'égard du choix du législateur de déléguer le traitement de certaines questions à des organismes non judiciaires. À l'inverse, en imposant leur propre interprétation d'une loi, les cours de justice dénaturent l'intention du législateur.

En l'espèce, il y a accord avec la majorité sur le fait que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable. La greffière n'a pas répondu à l'argument de V voulant que les objectifs de l'al. 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* exigent une interprétation restrictive de ses termes. Au contraire, la greffière a donné une interprétation large à l'al. 3(2)a) en se fondant sur une analyse purement textuelle. Cette interprétation n'était raisonnable que si l'on examinait le texte en faisant abstraction de son objectif. L'historique de la disposition n'indique nullement que le législateur fédéral avait l'intention d'en élargir le champ d'application. De plus, la façon dont les tribunaux ont interprété cette disposition indique elle aussi qu'il faut lui donner une interprétation restrictive. Qui plus est, le texte de l'al. 3(2)c) peut être perçu comme sapant l'interprétation que la greffière donne de l'al. 3(2)a), puisque l'al. 3(2)c) nie le droit à la citoyenneté aux enfants nés de personnes bénéficiant de privilèges et immunités diplomatiques équivalents à ceux dont jouissent les personnes visées par l'al. 3(2)a). Ce texte laisse croire que l'al. 3(2)a) ne vise donc que les personnes au service au Canada d'un gouvernement étranger qui jouissent de tels privilèges et immunités, ce qui n'est pas le cas des parents de V. La décision de la greffière était déraisonnable, vu qu'elle fait fi des objectifs de l'art. 3 dans son ensemble.

Cases Cited

By Wagner C.J. and Moldaver, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

Considered: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6; *Nova Tube Inc./Nova Steel Inc. v. Conares Metal Supply Ltd.*, 2019 FCA 52; *Al-Ghamdi v. Canada (Minister of Foreign Affairs and International Trade)*, 2007 FC 559, 64 Imm. L.R. (3d) 67; *Lee v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 614, [2009] 1 F.C.R. 204; *Hitti v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 294, 310 F.T.R. 168; **explained:** *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; **discussed:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **referred to:** *Bell Canada v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 66, [2019] 4 S.C.R. 845; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Canadian Artists' Representation v. National Gallery of Canada*, 2014 SCC 42, [2014] 2 S.C.R. 197; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *Queensland v. Commonwealth* (1977), 139 C.L.R. 585; *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Dr. Q*

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin

Arrêts examinés : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6; *Nova Tube Inc./Nova Steel Inc. c. Conares Metal Supply Ltd.*, 2019 CAF 52; *Al-Ghamdi c. Canada (Ministre des Affaires étrangères et du Commerce international)*, 2007 CF 559; *Lee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 614, [2009] 1 R.C.F. 204; *Hitti c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 294; **arrêts expliqués :** *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; **arrêt analysé :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **arrêts mentionnés :** *Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 66, [2019] 4 R.C.S. 845; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada*, 2014 CSC 42, [2014] 2 R.C.S. 197; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *Queensland c. Commonwealth* (1977), 139 C.L.R. 585; *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S.

2019 SCC 65 (CanLII)

v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, 2001 SCC 36, [2001] 2 S.C.R. 100; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, 2002 SCC 11, [2002] 1 S.C.R. 249; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539; *R. v. Owen*, 2003 SCC 33, [2003] 1 S.C.R. 779; *British Columbia (Workers' Compensation Board) v. Figliola*, 2011 SCC 52, [2011] 3 S.C.R. 422; *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360; *McCormick v. Fasken Martineau DuMoulin LLP*, 2014 SCC 39, [2014] 2 S.C.R. 108; *British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal) v. Fraser Health Authority*, 2016 SCC 25, [2016] 1 S.C.R. 587; *British Columbia Human Rights Tribunal v. Schrenk*, 2017 SCC 62, [2017] 2 S.C.R. 795; *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Québec (Procureure générale) v. Montréal (Ville)*, 2016 QCCA 2108, 17 Admin. L.R. (6th) 328; *Bell Canada v. 7262591 Canada Ltd.*, 2018 FCA 174, 428 D.L.R. (4th) 311; *Garneau Community League v. Edmonton (City)*, 2017 ABCA 374, 60 Alta. L.R. (6th) 1; *Nova Scotia (Attorney General) v. S&D Smith Central Supplies Limited*, 2019 NSCA 22; *Atlantic Mining NS Corp. (D.D.V. Gold Limited) v. Oakley*, 2019 NSCA 14; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247; *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, 2003 SCC 28, [2003] 1 S.C.R. 476; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152; *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary*, 2016 SCC 53, [2016] 2 S.C.R. 555; *Chagnon v. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 SCC 39, [2018] 2 S.C.R. 687; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Commission scolaire de Laval v. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 SCC 8, [2016] 1 S.C.R. 29; *Communications, Energy and* 557; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, 2001 CSC 36, [2001] 2 R.C.S. 100; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539; *R. c. Owen*, 2003 CSC 33, [2003] 1 R.C.S. 779; *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola*, 2011 CSC 52, [2011] 3 R.C.S. 422; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360; *McCormick c. Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L./s.r.l.*, 2014 CSC 39, [2014] 2 R.C.S. 108; *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal) c. Fraser Health Authority*, 2016 CSC 25, [2016] 1 R.C.S. 587; *British Columbia Human Rights Tribunal c. Schrenk*, 2017 CSC 62, [2017] 2 R.C.S. 795; *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Québec (Procureure générale) c. Montréal (Ville)*, 2016 QCCA 2108, 17 Admin. L.R. (6th) 328; *Bell Canada c. 7262591 Canada Ltd.*, 2018 CAF 174; *Garneau Community League c. Edmonton (City)*, 2017 ABCA 374, 60 Alta. L.R. (6th) 1; *Nova Scotia (Attorney General) c. S&D Smith Central Supplies Limited*, 2019 NSCA 22; *Atlantic Mining NS Corp. (D.D.V. Gold Limited) c. Oakley*, 2019 NSCA 14; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247; *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, 2003 CSC 28, [2003] 1 R.C.S. 476; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152; *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555; *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39, [2018] 2 R.C.S. 687; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Commission scolaire de Laval c. Syndicat de*

2019 SCC 65 (CanLII)

Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd., 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458; *Barreau du Québec v. Quebec (Attorney General)*, 2017 SCC 56, [2017] 2 S.C.R. 488; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, 2000 SCC 14, [2000] 1 S.C.R. 360; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, 2004 SCC 39, [2004] 2 S.C.R. 185; *Quebec (Attorney General) v. Guérin*, 2017 SCC 42, [2017] 2 S.C.R. 3; *City of Arlington, Texas v. Federal Communications Commission*, 569 U.S. 290 (2013); *Green v. Law Society of Manitoba*, 2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360; *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 472 N.R. 171; *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364; *Canada (Attorney General) v. Igloo Vikski Inc.*, 2016 SCC 38, [2016] 2 S.C.R. 80; *Law Society of British Columbia v. Trinity Western University*, 2018 SCC 32, [2018] 2 S.C.R. 293; *Komolafe v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 431, 16 Imm. L.R. (4th) 267; *Petro-Canada v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135; *Gonzalez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 750, 27 Imm. L.R. (4th) 151; *Wright v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2017 NSSC 11, 23 Admin. L.R. (6th) 110; *Sangmo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 17; *Blas v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 629, 26 Imm. L.R. (4th) 92; *Reid v. Criminal Injuries Compensation Board*, 2015 ONSC 6578; *Lloyd v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 115, 2016 D.T.C. 5051; *Taman v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 1, [2017] 3 F.C.R. 520; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Montréal (City) v. Montreal Port Authority*, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427; *Canada (Attorney General) v. Almon*

l'enseignement de la région de Laval, 2016 CSC 8, [2016] 1 R.C.S. 29; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458; *Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2017 CSC 56, [2017] 2 R.C.S. 488; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, 2000 CSC 14, [2000] 1 R.C.S. 360; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, 2004 CSC 39, [2004] 2 R.C.S. 185; *Québec (Procureure générale) c. Guérin*, 2017 CSC 42, [2017] 2 R.C.S. 3; *City of Arlington, Texas c. Federal Communications Commission*, 569 U.S. 290 (2013); *Green c. Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360; *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, 2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117; *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364; *Canada (Procureur général) c. Igloo Vikski Inc.*, 2016 CSC 38, [2016] 2 R.C.S. 80; *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, 2018 CSC 32, [2018] 2 R.C.S. 293; *Komolafe c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2013 CF 431; *Petro-Canada c. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135; *Gonzalez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2014 CF 750; *Wright c. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2017 NSSC 11, 23 Admin. L.R. (6th) 110; *Sangmo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2016 CF 17; *Blas c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2014 CF 629; *Reid c. Criminal Injuries Compensation Board*, 2015 ONSC 6578; *Lloyd c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 115; *Taman c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 1, [2017] 3 R.C.F. 520; *Roncarelli c. Duplessis*,

2019 SCC 65 (CanLII)

Equipment Limited, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203; *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810; *Canada (Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc.*, 2012 SCC 65, [2012] 3 S.C.R. 405; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84; *D'Errico v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 95, 459 N.R. 167; *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202; *Renaud v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 S.C.R. 855; *Groia v. Law Society of Upper Canada*, 2018 SCC 27, [2018] 1 S.C.R. 772; *Sharif v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 205, 50 C.R. (7th) 1; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Canadian Food Inspection Agency*, 2017 FCA 45, 411 D.L.R. (4th) 175; *Gehl v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 319, 138 O.R. (3d) 52; *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401; *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704; *India v. Badesha*, 2017 SCC 44, [2017] 2 S.C.R. 127; *Office of the Children's Lawyer v. Balev*, 2018 SCC 16, [2018] 1 S.C.R. 398; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279.

By Abella and Karakatsanis JJ.

Considered: *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Canada (Attorney General) v. Igloo Vikski Inc.*, 2016 SCC 38, [2016] 2 S.C.R. 80; *Kisor v. Wilkie*, 139 S. Ct. 2400 (2019); **discussed:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **referred to:** *Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267; *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425; *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756; *Canada* [1959] R.C.S. 121; *Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427; *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203; *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810; *Canada (Transports, Infrastructure et Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.*, 2012 CSC 65, [2012] 3 R.C.S. 405; *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84; *D'Errico c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 95; *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202; *Renaud c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 R.C.S. 855; *Groia c. Barreau du Haut-Canada*, 2018 CSC 27, [2018] 1 R.C.S. 772; *Sharif c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 205; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Agence canadienne d'inspection des aliments*, 2017 CAF 45; *Gehl c. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 319, 138 O.R. (3d) 52; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc*., 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704; *Inde c. Badesha*, 2017 CSC 44, [2017] 2 R.C.S. 127; *Bureau de l'avocat des enfants c. Balev*, 2018 CSC 16, [2018] 1 R.C.S. 398; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279.

Citée par les juges Abella et Karakatsanis

Arrêts examinés : *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Anisminic Ltd. c. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Canada (Procureur général) c. Igloo Vikski Inc.*, 2016 CSC 38, [2016] 2 R.C.S. 80; *Kisor c. Wilkie*, 139 S. Ct. 2400 (2019); **arrêt analysé :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **arrêts mentionnés :** *Rasanen c. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267; *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425; *Bell*

2019 SCC 65 (CanLII)

(Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada, [1991] 1 S.C.R. 614; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247; *Cartaway Resources Corp. (Re)*, 2004 SCC 26, [2004] 1 S.C.R. 672; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 SCC 45, [2015] 3 S.C.R. 219; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Bell Canada v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 66, [2019] 4 S.C.R. 845; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Kimble v. Marvel Entertainment, LLC*, 135 S. Ct. 2401

c. Ontario Human Rights Commission, [1971] R.C.S. 756; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247; *Cartaway Resources Corp. (Re)*, 2004 CSC 26, [2004] 1 R.C.S. 672; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 CSC 45, [2015] 3 R.C.S. 219; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226; *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 66, [2019] 4 R.C.S. 845;

2019 SCC 65 (CanLII)

(2015); *Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc.*, 573 U.S. 258 (2014); *Fitzleet Estates Ltd. v. Cherry* (1977), 51 T.C. 708; *R. v. Taylor*, [2016] UKSC 5, [2016] 4 All E.R. 617; *Willers v. Joyce (No. 2)*, [2016] UKSC 44, [2017] 2 All E.R. 383; *Knauer v. Ministry of Justice*, [2016] UKSC 9, [2016] 4 All E.R. 897; *Couch v. Attorney-General (No. 2)*, [2010] NZSC 27, [2010] 3 N.Z.L.R. 149; *Lee v. New South Wales Crime Commission*, [2013] HCA 39, 302 A.L.R. 363; *Camps Bay Ratepayers' and Residents' Association v. Harrison*, [2010] ZACC 19, 2011 (4) S.A. 42; *Buffalo City Metropolitan Municipality v. Asla Construction (Pty) Ltd.*, [2019] ZACC 15, 2019 (4) S.A. 331; *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991); *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518; *Michigan v. Bay Mills Indian Community*, 572 U.S. 782 (2014); *Plourde v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465; *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, Governor of Pennsylvania*, 505 U.S. 833 (1992); *Florida Department of Health and Rehabilitative Services v. Florida Nursing Home Association*, 450 U.S. 147 (1981); *Knick v. Township of Scott, Pennsylvania*, 139 S. Ct. 2162 (2019); *Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)*, 2001 SCC 37, [2001] 2 S.C.R. 132; *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec v. Proprio Direct inc.*, 2008 SCC 32, [2008] 2 S.C.R. 195; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *Nishi v. Rascal Trucking Ltd.*, 2013 SCC 33, [2013] 2 S.C.R. 438; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *Binus v. The Queen*, [1967] S.C.R. 594; *Bilski v. Kappos, Under Secretary of Commerce for Intellectual Property and Director, Patent and Trademark Office*, 561 U.S. 593 (2010); *Bowles, Price Administrator v. Seminole Rock & Sand Co.*, 325 U.S. 410 (1945); *Auer v. Robbins*, 519 U.S. 452 (1997); *Baker v. Campbell* (1983), 153 C.L.R. 52; *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, 2001 SCC 36, [2001] 2 S.C.R. 100; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84; *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, 2002 SCC 76, [2002] 4 S.C.R. 45; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, 2000 SCC 34, [2000] 1 S.C.R. 842; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Volvo Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Kimble c. Marvel Entertainment, LLC*, 135 S. Ct. 2401 (2015); *Halliburton Co. c. Erica P. John Fund, Inc.*, 573 U.S. 258 (2014); *Fitzleet Estates Ltd. c. Cherry* (1977), 51 T.C. 708; *R. c. Taylor*, [2016] UKSC 5, [2016] 4 All E.R. 617; *Willers c. Joyce (No. 2)*, [2016] UKSC 44, [2017] 2 All E.R. 383; *Knauer c. Ministry of Justice*, [2016] UKSC 9, [2016] 4 All E.R. 897; *Couch c. Attorney-General (No. 2)*, [2010] NZSC 27, [2010] 3 N.Z.L.R. 149; *Lee c. New South Wales Crime Commission*, [2013] HCA 39, 302 A.L.R. 363; *Camps Bay Ratepayers' and Residents' Association c. Harrison*, [2010] ZACC 19, 2011 (4) S.A. 42; *Buffalo City Metropolitan Municipality c. Asla Construction (Pty) Ltd.*, [2019] ZACC 15, 2019 (4) S.A. 331; *Payne c. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991); *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518; *Michigan c. Bay Mills Indian Community*, 572 U.S. 782 (2014); *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465; *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Casey, Governor of Pennsylvania*, 505 U.S. 833 (1992); *Florida Department of Health and Rehabilitative Services c. Florida Nursing Home Association*, 450 U.S. 147 (1981); *Knick c. Township of Scott, Pennsylvania*, 139 S. Ct. 2162 (2019); *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, 2001 CSC 37, [2001] 2 R.C.S. 132; *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct inc.*, 2008 CSC 32, [2008] 2 R.C.S. 195; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Nishi c. Rascal Trucking Ltd.*, 2013 CSC 33, [2013] 2 R.C.S. 438; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *Binus c. The Queen*, [1967] R.C.S. 594; *Bilski c. Kappos, Under Secretary of Commerce for Intellectual Property and Director, Patent and Trademark Office*, 561 U.S. 593 (2010); *Bowles, Price Administrator c. Seminole Rock & Sand Co.*, 325 U.S. 410 (1945); *Auer c. Robbins*, 519 U.S. 452 (1997); *Baker c. Campbell* (1983), 153 C.L.R. 52; *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, 2001 CSC 36, [2001] 2 R.C.S. 100; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84; *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2002 CSC 76, [2002] 4 R.C.S. 45; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, 2000 CSC 34, [2000] 1 R.C.S. 842; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier*

2019 SCC 65 (CanLII)

Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720, [1980] 1 S.C.R. 178; *Mason v. Minister of Citizenship and Immigration*, 2019 FC 1251; *Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83; *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; *May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809; *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc.*, 2012 SCC 65, [2012] 3 S.C.R. 405; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382; *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6; *Mills v. Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal (Ont.)*, 2008 ONCA 436, 237 O.A.C. 71; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3; *Halifax (Regional Municipality) v. Canada (Public Works and Government Services)*, 2012 SCC 29, [2012] 2 S.C.R. 108; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Law Society of British Columbia v. Trinity Western University*, 2018 SCC 32, [2018] 2 S.C.R. 293; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539; *Greco v. Holy See (State of the Vatican City)*, [1999] O.J. No. 2467 (QL); *R. v. Bonadie* (1996), 109 C.C.C. (3d) 356; *Al-Ghamdi v. Canada (Minister of Foreign Affairs and International Trade)*, 2007 FC 559, 64 Imm. L.R. (3d) 67.

Statutes and Regulations Cited

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, c. 45, ss. 58, 59.

An Act mainly to promote the efficiency of penal justice and to establish the terms governing the intervention of the Court of Québec with respect to applications for appeal, Bill 32, 1st Sess., 42nd Leg., Quebec, 2019.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1.

Canadian Citizenship Act, R.S.C. 1970, c. C-19, s. 5(3).

Citizenship Act, R.S.C. 1985, c. C-29, ss. 3, 10, 22.1 to 22.4.

Citizenship Regulations, SOR/93-246, s. 26.

Irving, Ltée, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178; *Mason c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, 2019 CF 1251; *Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83; *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *May c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.*, 2012 CSC 65, [2012] 3 R.C.S. 405; *Union internationale des employés des services, local n^o^ 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382; *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6; *Mills c. Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal (Ont.)*, 2008 ONCA 436, 237 O.A.C. 71; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3; *Halifax (Regional Municipality) c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2012 CSC 29, [2012] 2 R.C.S. 108; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, 2018 CSC 32, [2018] 2 R.C.S. 293; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539; *Greco c. Holy See (State of the Vatican City)*, [1999] O.J. No. 2467 (QL); *R. c. Bonadie* (1996), 109 C.C.C. (3d) 356; *Al-Ghamdi c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2007 CF 559.

Lois et règlements cités

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, c. 45, art. 58, 59.

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1.

Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, art. 32.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 35(1).

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 35 à 37.

Loi sur la citoyenneté, L.R.C. 1985, c. C-29, art. 3, 10, 22.1 à 22.4.

2019 SCC 65 (CanLII)

Constitution Act, 1867, s. 96.
Constitution Act, 1982, s. 35.
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 18 to 18.2, 18.4, 27, 28.
Foreign Missions and International Organizations Act, S.C. 1991, c. 41, ss. 3, 4, Schs. I, II, arts. 1, 41, 43, 49, 53.
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 32.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 35 to 37.
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 35(1).
Municipal Government Act, R.S.A. 2000, c. M-26, s. 470.
Ontario Human Rights Code, 1961-62, S.O. 1961-62, c. 93, s. 3.

Treaties and Other International Instruments

Optional Protocol to the Vienna Convention on Diplomatic Relations, concerning Acquisition of Nationality, 500 U.N.T.S. 223, art. II.
Vienna Convention on Consular Relations, Can. T.S. 1974 No. 25.
Vienna Convention on Diplomatic Relations, Can. T.S. 1966 No. 29.

Authors Cited

Arthurs, H. W. "Protection against Judicial Review" (1983), 43 *R. du B.* 277.
Barak, Aharon. "Overruling Precedent" (1986), 21 *Is.L.R.* 269.
Biddulph, Michelle. "Rethinking the Ramifications of Reasonableness Review: *Stare Decisis* and Reasonableness Review on Questions of Law" (2018), 56 *Alta. L.R.* 119.
Bingham, Tom. *The Rule of Law*. London: Allen Lane, 2010.
Brouwer, Andrew. *Statelessness in Canadian Context: A Discussion Paper*, July 2003 (online: https://www.unhcr.org/protection/statelessness/40629ffc7/statelessness-canadian-context-discussion-paper.html; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC65_1_eng.pdf).
Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 3. Toronto: Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated December 2018, release 4).
Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 5th ed. Oxford: Clarendon Press, 1998.
Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Broadcasting, Films and Assistance to the Arts, Respecting Bill C-20,*

Loi sur la citoyenneté canadienne, S.R.C. 1970, c. C-19, art. 5(3).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 18 à 18.2, 18.4, 27, 28.
Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales, L.C. 1991, c. 41, art. 3, 4, ann. I, II, art. 1, 41, 43, 49, 53.
Loi visant principalement à favoriser l'efficacité de la justice pénale et à établir les modalités d'intervention de la Cour du Québec dans un pourvoi en appel, projet de loi 32, 1re sess., 42e lég., Québec, 2019.
Municipal Government Act, R.S.A. 2000, c. M-26, art. 470.
Ontario Human Rights Code, 1961-62, S.O. 1961-62, c. 93, art. 3.
Règlement sur la citoyenneté, DORS/93-246, art. 26.

Traités et autres instruments internationaux

Convention de Vienne sur les relations consulaires, R.T. Can. 1974 nº 25.
Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, R.T. Can. 1966 nº 29.
Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, concernant l'acquisition de la nationalité, 500 R.T.N.U. 223, art. II.

Doctrine et autres documents cités

Arthurs, H. W. « Protection against Judicial Review » (1983), 43 *R. du B.* 277.
Barak, Aharon. « Overruling Precedent » (1986), 21 *Is.L.R.* 269.
Biddulph, Michelle. « Rethinking the Ramifications of Reasonableness Review : *Stare Decisis* and Reasonableness Review on Questions of Law » (2018), 56 *Alta. L.R.* 119.
Bingham, Tom. *The Rule of Law*, London, Allen Lane, 2010.
Brouwer, Andrew. *Statelessness in Canadian Context : A Discussion Paper*, juillet 2003 (en ligne : https://www.unhcr.org/protection/statelessness/40629ffc7/statelessness-canadian-context-discussion-paper.html; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC65_1_eng.pdf).
Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 3, Toronto, Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated December 2018, release 4).
Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 5th ed., Oxford, Clarendon Press, 1998.
Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Radiodiffusion, des films et de l'assistance aux arts, concernant Bill C-20,*

2019 SCC 65 (CanLII)

An Act respecting citizenship, No. 34, 1st Sess., 30th Parl., February 24, 1976, 34:23.

Coady, Jonathan M. "The Time Has Come: Standard of Review in Canadian Administrative Law" (2017), 68 *U.N.B.L.J.* 87.

Cohen-Eliya, Moshe, and Iddo Porat. "Proportionality and Justification" (2014), 64 *U.T.L.J.* 458.

Cromwell, Thomas A. "What I Think I've Learned About Administrative Law" (2017), 30 *C.J.A.L.P.* 307.

Daly, Paul. "Deference on Questions of Law" (2011), 74 *Mod. L. Rev.* 694.

Daly, Paul. "Unreasonable Interpretations of Law" (2014), 66 *S.C.L.R.* (2d) 233.

Daly, Paul. "Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness" (2016), 62 *McGill L.J.* 527.

Daly, Paul. "The Signal and the Noise in Administrative Law" (2017), 68 *U.N.B.L.J.* 67.

DeMarco, Jerry V. "Seeking Simplicity in Canada's Complex World of Judicial Review" (2019), 32 *C.J.A.L.P.* 67.

Dicey, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. London: Macmillan, 1959.

Duxbury, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart, 1997, 279.

Dyzenhaus, David. "Dignity in Administrative Law: Judicial Deference in a Culture of Justification" (2012), 17 *Rev. Const. Stud.* 87.

Evans, John M. "Standards of Review in Administrative Law" (2013), 26 *C.J.A.L.P.* 67.

Evans, John M. "Triumph of Reasonableness: But How Much Does It Really Matter?" (2014), 27 *C.J.A.L.P.* 101.

Frankfurter, Felix. "Some Reflections on the Reading of Statutes" (1947), 47 *Colum. L. Rev.* 527.

Garner, Bryan A., et al. *The Law of Judicial Precedent*. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2016.

Gerhardt, Michael J. *The Power of Precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.

Grant, Angus, and Lorne Sossin. "Fairness in Context: Achieving Fairness Through Access to Administrative Justice", in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*, 3rd ed. Toronto: Emond, 2018, 341.

Green, Andrew. "Can There Be Too Much Context in Administrative Law? Setting the Standard of Review in Canadian Administrative Law" (2014), 47 *U.B.C. L. Rev.* 443.

Loi concernant la citoyenneté, nº 34, 1re sess., 30e lég., 24 février 1976, 34:23-34:24.

Coady, Jonathan M. « The Time Has Come : Standard of Review in Canadian Administrative Law » (2017), 68 *R.D. U.N.-B.* 87.

Cohen-Eliya, Moshe, and Iddo Porat. « Proportionality and Justification » (2014), 64 *U.T.L.J.* 458.

Cromwell, Thomas A. « What I Think I've Learned About Administrative Law » (2017), 30 *R.C.D.A.P.* 307.

Daly, Paul. « Deference on Questions of Law » (2011), 74 *Mod. L. Rev.* 694.

Daly, Paul. « Unreasonable Interpretations of Law » (2014), 66 *S.C.L.R.* (2d) 233.

Daly, Paul. « Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness » (2016), 62 *R.D. McGill* 527.

Daly, Paul. « The Signal and the Noise in Administrative Law » (2017), 68 *R.D. U.N.-B.* 67.

DeMarco, Jerry V. « Seeking Simplicity in Canada's Complex World of Judicial Review » (2019), 32 *R.C.D.A.P.* 67.

Dicey, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed., London, Macmillan, 1959.

Duxbury, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997, 279.

Dyzenhaus, David. « Dignity in Administrative Law : Judicial Deference in a Culture of Justification » (2012), 17 *R. études const.* 87.

Evans, John M. « Standards of Review in Administrative Law » (2013), 26 *R.C.D.A.P.* 67.

Evans, John M. « Triumph of Reasonableness : But How Much Does It Really Matter? » (2014), 27 *R.C.D.A.P.* 101.

Frankfurter, Felix. « Some Reflections on the Reading of Statutes » (1947), 47 *Colum. L. Rev.* 527.

Garner, Bryan A., et al. *The Law of Judicial Precedent*, St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2016.

Gerhardt, Michael J. *The Power of Precedent*, New York, Oxford University Press, 2008.

Grant, Angus, and Lorne Sossin. « Fairness in Context : Achieving Fairness Through Access to Administrative Justice », in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*, 3rd ed., Toronto, Emond, 2018, 341.

Green, Andrew. « Can There Be Too Much Context in Administrative Law? Setting the Standard of Review in Canadian Administrative Law » (2014), 47 *U.B.C. L. Rev.* 443.

2019 SCC 65 (CanLII)

Hall, Geoff R. "Two Unsettled Questions in the Law of Contractual Interpretation: A Call to the Supreme Court of Canada" (2011), 50 *Can. Bus. L.J.* 434.

Iacobucci, Frank. "Articulating a Rational Standard of Review Doctrine: A Tribute to John Willis" (2002), 27 *Queen's L.J.* 859.

Laskin, Bora. "Collective Bargaining in Ontario: A New Legislative Approach" (1943), 21 *Can. Bar Rev.* 684.

Lewans, Matthew. *Administrative Law and Judicial Deference*. Portland, Or.: Hart Publishing, 2016.

Lewans, Matthew. "Renovating Judicial Review" (2017), 68 *U.N.B.L.J.* 109.

Macdonald, R. A. "Absence of Jurisdiction: A Perspective" (1983), 43 *R. du B.* 307.

Macdonald, Roderick A., and David Lametti. "Reasons for Decision in Administrative Law" (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 123.

Macklin, Audrey. "Citizenship Revocation, the Privilege to Have Rights and the Production of the Alien" (2014), 40 *Queen's L.J.* 1.

Macklin, Audrey. "Standard of Review: Back to the Future?", in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*, 3rd ed. Toronto: Emond, 2018, 381.

Madden, Mike. "Conquering the Common Law Hydra: A Probably Correct and Reasonable Overview of Current Standards of Appellate and Judicial Review" (2010), 36 *Adv. Q.* 269.

Makela, Finn. "Acquired Expertise of Administrative Tribunals and the Standard of Judicial Review: The Case of Grievance Arbitrators and Human Rights Law" (2013), 17 *C.L.E.L.J.* 345.

McLachlin, Beverley. "The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law" (1998), 12 *C.J.A.L.P.* 171.

McLachlin, Beverley. *Administrative Tribunals and the Courts: An Evolutionary Relationship*, May 27, 2013 (online: https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/bm-2013-05-27-eng.aspx; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC65_2_eng.pdf).

McLachlin, Beverley. "'Administrative Law is Not for Sissies': Finding a Path Through the Thicket" (2016), 29 *C.J.A.L.P.* 127.

McLachlin, Beverley. "The Role of the Supreme Court of Canada in Shaping the Common Law", in Paul Daly, ed., *Apex Courts and the Common Law*. Toronto: University of Toronto Press, 2019, 25.

Morissette, Yves-Marie. "What is a 'reasonable decision'?" (2018), 31 *C.J.A.L.P.* 225.

Mullan, David. "Unresolved Issues on Standard of Review in Canadian Judicial Review of Administrative Action — The Top Fifteen!" (2013), 42 *Adv. Q.* 1.

Hall, Geoff R. « Two Unsettled Questions in the Law of Contractual Interpretation : A Call to the Supreme Court of Canada » (2011), 50 *Rev. can. dr. comm.* 434.

Iacobucci, Frank. « Articulating a Rational Standard of Review Doctrine : A Tribute to John Willis » (2002), 27 *Queen's L.J.* 859.

Laskin, Bora. « Collective Bargaining in Ontario : A New Legislative Approach » (1943), 21 *R. du B. can.* 684.

Lewans, Matthew. *Administrative Law and Judicial Deference*, Portland (Or.), Hart Publishing, 2016.

Lewans, Matthew. « Renovating Judicial Review » (2017), 68 *R.D. U.N.-B.* 109.

Macdonald, R. A. « Absence of Jurisdiction : A Perspective » (1983), 43 *R. du B.* 307.

Macdonald, Roderick A., and David Lametti. « Reasons for Decision in Administrative Law » (1990), 3 *R.C.D.A.P.* 123.

Macklin, Audrey. « Citizenship Revocation, the Privilege to Have Rights and the Production of the Alien » (2014), 40 *Queen's L.J.* 1.

Macklin, Audrey. « Standard of Review : Back to the Future? », in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*, 3rd ed., Toronto, Emond, 2018, 381.

Madden, Mike. « Conquering the Common Law Hydra : A Probably Correct and Reasonable Overview of Current Standards of Appellate and Judicial Review » (2010), 36 *Adv. Q.* 269.

Makela, Finn. « Acquired Expertise of Administrative Tribunals and the Standard of Judicial Review : The Case of Grievance Arbitrators and Human Rights Law » (2013), 17 *C.L.E.L.J.* 345.

McLachlin, Beverley. « The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law » (1998), 12 *R.C.D.A.P.* 171.

McLachlin, Beverley. *Tribunaux administratifs et tribunaux judiciaires : une relation en évolution*, 27 mai 2013 (en ligne : https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/bm-2013-05-27-fra.aspx; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC65_2_fra.pdf).

McLachlin, Beverley. « "Administrative Law is Not for Sissies" : Finding a Path Through the Thicket » (2016), 29 *R.C.D.A.P.* 127.

McLachlin, Beverley. « The Role of the Supreme Court of Canada in Shaping the Common Law », in Paul Daly, ed., *Apex Courts and the Common Law*, Toronto, University of Toronto Press, 2019, 25.

Morissette, Yves-Marie. « What is a "reasonable decision"? » (2018), 31 *R.C.D.A.P.* 225.

Mullan, David. « Unresolved Issues on Standard of Review in Canadian Judicial Review of Administrative Action — The Top Fifteen! » (2013), 42 *Adv. Q.* 1.

2019 SCC 65 (CanLII)

Munro, Katherine. "A 'Unique Experiment': The Ontario Labour Court, 1943-1944" (2014), 74 *Labour* 199.

Pape, Paul J., and John J. Adair. "Unreasonable review: The losing party and the palpable and overriding error standard" (2008), 27 *Adv. J.* 6.

Perell, Paul M. "The Standard of Appellate Review and The Ironies of Housen v. Nikolaisen" (2004), 28 *Adv. Q.* 40.

Powell, Lewis F., Jr. "*Stare Decisis* and Judicial Restraint" (1990), 47 *Wash. & Lee L. Rev.* 281.

Régimbald, Guy. *Canadian Administrative Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2015.

Robertson, Joseph T. "Judicial Deference to Administrative Tribunals: A Guide to 60 Years of Supreme Court Jurisprudence" (2014), 66 *S.C.L.R.* (2d) 1.

Robertson, Joseph T. "Identifying the Review Standard: Administrative Deference in a Nutshell" (2017), 68 *U.N.B.L.J.* 145.

Robertson, Joseph T. *Administrative Deference: The Canadian Doctrine that Continues to Disappoint*, April 18, 2018 (online: https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=025078121121077073088100069023108009116008031085056044126101104009101077075091124065033020049102118033018088023122126069087098105041060022013112086123073102103009066006050071070102011006127090124116080089064120081125100127104100026094125015101089105111&EXT=pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC65_3_eng.pdf).

Sharpe, Robert J. *Good Judgment: Making Judicial Decisions*. Toronto: University of Toronto Press, 2018.

Stacey, Jocelyn, and Alice Woolley. "Can Pragmatism Function in Administrative Law?" (2016), 74 *S.C.L.R.* (2d) 211.

Stack, Kevin M. "Overcoming Dicey in Administrative Law" (2018), 68 *U.T.L.J.* 293.

Stratas, David. "The Canadian Law of Judicial Review: A Plea for Doctrinal Coherence and Consistency" (2016), 42 *Queen's L.J.* 27.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.

Van Harten, Gus, et al. *Administrative Law: Cases, Text, and Materials*, 7th ed. Toronto: Emond, 2015.

Waldron, Jeremy. "*Stare Decisis* and the Rule of Law: A Layered Approach" (2012), 111 *Mich. L. Rev.* 1.

Willes, John A. *The Ontario Labour Court: 1943-1944*. Kingston, Ont.: Industrial Relations Centre, Queen's University, 1979.

Munro, Katherine. « A "Unique Experiment" : The Ontario Labour Court, 1943-1944 » (2014), 74 *Le travail* 199.

Pape, Paul J., and John J. Adair. « Unreasonable review : The losing party and the palpable and overriding error standard » (2008), 27 *Adv. J.* 6.

Perell, Paul M. « The Standard of Appellate Review and The Ironies of Housen v. Nikolaisen » (2004), 28 *Adv. Q.* 40.

Powell, Lewis F., Jr. « *Stare Decisis* and Judicial Restraint » (1990), 47 *Wash. & Lee L. Rev.* 281.

Régimbald, Guy. *Canadian Administrative Law*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2015.

Robertson, Joseph T. « Judicial Deference to Administrative Tribunals : A Guide to 60 Years of Supreme Court Jurisprudence » (2014), 66 *S.C.L.R.* (2d) 1.

Robertson, Joseph T. « Identifying the Review Standard : Administrative Deference in a Nutshell » (2017), 68 *R.D. U.N.-B.* 145.

Robertson, Joseph T. *Administrative Deference : The Canadian Doctrine that Continues to Disappoint*, 18 avril 2018 (en ligne : https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=025078121121077073088100069023108009116008031085056044126101104009101077075091124065033020049102118033018088023122126069087098105041060022013112086123073102103009066006050071070102011006127090124116080089064120081125100127104100026094125015101089105111&EXT=pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC65_3_eng.pdf).

Sharpe, Robert J. *Good Judgment : Making Judicial Decisions*, Toronto, University of Toronto Press, 2018.

Stacey, Jocelyn, and Alice Woolley. « Can Pragmatism Function in Administrative Law? » (2016), 74 *S.C.L.R.* (2d) 211.

Stack, Kevin M. « Overcoming Dicey in Administrative Law » (2018), 68 *U.T.L.J.* 293.

Stratas, David. « The Canadian Law of Judicial Review : A Plea for Doctrinal Coherence and Consistency » (2016), 42 *Queen's L.J.* 27.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.

Van Harten, Gus, et al. *Administrative Law : Cases, Text, and Materials*, 7th ed., Toronto, Emond, 2015.

Waldron, Jeremy. « *Stare Decisis* and the Rule of Law : A Layered Approach » (2012), 111 *Mich. L. Rev.* 1.

Willes, John A. *The Ontario Labour Court : 1943-1944*, Kingston (Ont.), Industrial Relations Centre, Queen's University, 1979.

2019 SCC 65 (CanLII)

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Stratas, Webb and Gleason JJ.A.), 2017 FCA 132, [2018] 3 F.C.R. 75, 52 Imm. L.R. (4th) 1, 30 Admin. L.R. (6th) 1, [2017] F.C.J. No. 638 (QL), 2017 CarswellNat 2791 (WL Can.), setting aside a decision of Bell J., 2015 FC 960, [2016] 2 F.C.R. 39, 38 Imm. L.R. (4th) 110, [2015] F.C.J. No. 981 (QL), 2015 CarswellNat 3740 (WL Can.). Appeal dismissed.

Michael H. Morris, *Marianne Zorić* and *John Provart*, for the appellant.

Hadayt Nazami, *Barbara Jackman* and *Sujith Xavier*, for the respondent.

Sara Blake and *Judie Im*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Stéphane Rochette, for the intervener the Attorney General of Quebec.

J. Gareth Morley and *Katie Hamilton*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Kyle McCreary and *Johnna Van Parys*, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Jamie Liew, for the intervener the Canadian Council for Refugees.

Karen Andrews, for the intervener the Advocacy Centre for Tenants Ontario - Tenant Duty Counsel Program.

Matthew Britton and *Jennifer M. Lynch*, for the interveners the Ontario Securities Commission, the British Columbia Securities Commission and the Alberta Securities Commission.

Laura Bowman and *Bronwyn Roe*, for the intervener Ecojustice Canada Society.

David Corbett and *Michelle Alton*, for the interveners the Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal (Ontario), the Workers' Compensation Appeals Tribunal (Northwest Territories and Nunavut),

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Stratas, Webb et Gleason), 2017 CAF 132, [2018] 3 R.C.F. 75, 52 Imm. L.R. (4th) 1, 30 Admin. L.R. (6th) 1, [2017] A.C.F. nº 638 (QL), 2017 CarswellNat 9490 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Bell, 2015 CF 960, [2016] 2 R.C.F. 39, 38 Imm. L.R. (4th) 110, [2015] A.C.F. nº 981 (QL), 2015 CarswellNat 4747 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Michael H. Morris, *Marianne Zorić* et *John Provart*, pour l'appelant.

Hadayt Nazami, *Barbara Jackman* et *Sujith Xavier*, pour l'intimé.

Sara Blake et *Judie Im*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Stéphane Rochette, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

J. Gareth Morley et *Katie Hamilton*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Kyle McCreary et *Johnna Van Parys*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Jamie Liew, pour l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés.

Karen Andrews, pour l'intervenant le Centre ontarien de défense des droits des locataires - Programme d'avocats de service en droit du logement.

Matthew Britton et *Jennifer M. Lynch*, pour les intervenantes la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, British Columbia Securities Commission et Alberta Securities Commission.

Laura Bowman et *Bronwyn Roe*, pour l'intervenante Ecojustice Canada Society.

David Corbett et *Michelle Alton*, pour les intervenants le Tribunal d'appel de la sécurité professionnelle et de l'assurance contre les accidents du travail (Ontario), Workers' Compensation Appeals

2019 SCC 65 (CanLII)

the Workers' Compensation Appeals Tribunal (Nova Scotia), the Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation and the Workers' Compensation Appeals Tribunal (New Brunswick).

Written submissions only by *Gavin R. Cameron* and *Tom Posyniak*, for the intervener the British Columbia International Commercial Arbitration Centre Foundation.

Terrence J. O'Sullivan and *Paul Michell*, for the intervener the Council of Canadian Administrative Tribunals.

Written submissions only by *Susan L. Stewart*, *Linda R. Rothstein*, *Michael Fenrick*, *Angela E. Rae* and *Anne Marie Heenan*, for the interveners the National Academy of Arbitrators, the Ontario Labour-Management Arbitrators' Association and Conférence des arbitres du Québec.

Steven Barrett, for the intervener the Canadian Labour Congress.

Written submissions only by *William W. Shores*, *Q.C.*, and *Kirk N. Lambrecht*, *Q.C.*, for the intervener the National Association of Pharmacy Regulatory Authorities.

Brendan Van Niejenhuis and *Andrea Gonsalves*, for the intervener Queen's Prison Law Clinic.

Adam Goldenberg, for the intervener Advocates for the Rule of Law.

Toni Schweitzer, for the intervener Parkdale Community Legal Services.

Paul Warchuk and *Francis Lévesque*, for the intervener the Cambridge Comparative Administrative Law Forum.

James Plotkin and *Alyssa Tomkins*, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Tribunal (Territoires du Nord-Ouest et Nunavut), le Tribunal d'appel des décisions de la Commission des accidents du travail de la Nouvelle-Écosse, Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation et le Tribunal d'appel des accidents au travail (Nouveau-Brunswick).

Argumentation écrite seulement par *Gavin R. Cameron* et *Tom Posyniak*, pour l'intervenante British Columbia International Commercial Arbitration Centre Foundation.

Terrence J. O'Sullivan et *Paul Michell*, pour l'intervenant le Conseil des tribunaux administratifs canadiens.

Argumentation écrite seulement par *Susan L. Stewart*, *Linda R. Rothstein*, *Michael Fenrick*, *Angela E. Rae* et *Anne Marie Heenan*, pour les intervenantes National Academy of Arbitrators, Ontario Labour-Management Arbitrators' Association et la Conférence des arbitres du Québec.

Steven Barrett, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

Argumentation écrite seulement par *William W. Shores*, *c.r.*, et *Kirk N. Lambrecht*, *c.r.*, pour l'intervenante l'Association nationale des organismes de réglementation de la pharmacie.

Brendan Van Niejenhuis et *Andrea Gonsalves*, pour l'intervenante Queen's Prison Law Clinic.

Adam Goldenberg, pour l'intervenant Advocates for the Rule of Law.

Toni Schweitzer, pour l'intervenant Parkdale Community Legal Services.

Paul Warchuk et *Francis Lévesque*, pour l'intervenant Cambridge Comparative Administrative Law Forum.

James Plotkin et *Alyssa Tomkins*, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

2019 SCC 65 (CanLII)

Guy Régimbald, for the intervener the Canadian Bar Association.

Audrey Macklin and *Anthony Navaneelan*, for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers.

Written submissions only by *David Cote* and *Subodh Bharati*, for the intervener the Community & Legal Aid Services Programme.

Guillaume Cliche-Rivard and *Peter Shams*, for the intervener Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration.

Nicholas McHaffie, for the intervener the First Nations Child & Family Caring Society of Canada.

Daniel Jutras and *Audrey Boctor*, as *amici curiae*, and *Olga Redko* and *Edward Béchard Torres*.

The following is the judgment delivered by

[1] The Chief Justice and Moldaver, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ. — This appeal and its companion cases (see *Bell Canada v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 66, [2019] 4 S.C.R. 845), provide this Court with an opportunity to re-examine its approach to judicial review of administrative decisions.

[2] In these reasons, we will address two key aspects of the current administrative law jurisprudence which require reconsideration and clarification. First, we will chart a new course forward for determining the standard of review that applies when a court reviews the merits of an administrative decision. Second, we will provide additional guidance for reviewing courts to follow when conducting reasonableness review. The revised framework will continue to be guided by the principles underlying judicial review that this Court articulated in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190: that judicial review functions to maintain the rule of law while giving effect to legislative intent. We will also affirm the need to develop and

Guy Régimbald, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Audrey Macklin et *Anthony Navaneelan*, pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés.

Argumentation écrite seulement par *David Cote* et *Subodh Bharati*, pour l'intervenant Community & Legal Aid Services Programme.

Guillaume Cliche-Rivard et *Peter Shams*, pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration.

Nicholas McHaffie, pour l'intervenante la Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada.

Daniel Jutras et *Audrey Boctor*, en qualité d'*amici curiae*, et *Olga Redko* et *Edward Béchard Torres*.

Version française du jugement rendu par

[1] Le juge en chef et les juges Moldaver, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin — Le présent pourvoi et les pourvois connexes (voir *Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 66, [2019] 4 R.C.S. 845), donnent à la Cour l'occasion de se pencher de nouveau sur sa façon d'aborder le contrôle judiciaire des décisions administratives.

[2] Dans les présents motifs, nous traitons de deux aspects clés de la jurisprudence actuelle en droit administratif qu'il est nécessaire de réexaminer et de clarifier. D'abord, nous traçons la nouvelle voie à suivre pour déterminer la norme de contrôle applicable lorsqu'une cour de justice contrôle une décision administrative au fond. Ensuite, nous donnons des indications additionnelles aux cours de révision qui procèdent au contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Le cadre d'analyse révisé est encore guidé par les principes en matière de contrôle judiciaire qu'a énoncés la Cour dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 : le contrôle judiciaire a pour fonction de préserver la primauté du droit tout en

2019 SCC 65 (CanLII)

strengthen a culture of justification in administrative decision making.

[3] We will then address the merits of the case at bar, which relates to an application for judicial review of a decision by the Canadian Registrar of Citizenship concerning Alexander Vavilov, who was born in Canada and whose parents were later revealed to be Russian spies. The Registrar found on the basis of an interpretation of s. 3(2)(a) of the *Citizenship Act*, R.S.C. 1985, c. C-29, that Mr. Vavilov was not a Canadian citizen and cancelled his certificate of citizenship under s. 26(3) of the *Citizenship Regulations*, SOR/93-246. In our view, the standard of review to be applied to the Registrar's decision is reasonableness, and the Registrar's decision was unreasonable. We would therefore uphold the Federal Court of Appeal's decision to quash it, and would dismiss the Minister of Citizenship and Immigration's appeal.

I. Need for Clarification and Simplification of the Law of Judicial Review

[4] Over the past decades, the law relating to judicial review of administrative decisions in Canada has been characterized by continuously evolving jurisprudence and vigorous academic debate. This area of the law concerns matters which are fundamental to our legal and constitutional order, and seeks to navigate the proper relationship between administrative decision makers, the courts and individuals in our society. In parallel with the law, the role of administrative decision making in Canada has also evolved. Today, the administration of countless public bodies and regulatory regimes has been entrusted to statutory delegates with decision-making power. The number, diversity and importance of the matters that come before such delegates has made administrative decision making one of the principal manifestations of state power in the lives of Canadians.

[5] Given the ubiquity and practical importance of administrative decision making, it is essential

donnant effet à la volonté du législateur. Nous insistons également sur la nécessité de développer et de renforcer une culture de la justification au sein du processus décisionnel administratif.

[3] Nous examinons ensuite le fond de l'affaire en l'espèce, qui porte sur une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la greffière de la citoyenneté canadienne concernant M. Alexander Vavilov, né au Canada de parents qui se sont plus tard révélés être des espions russes. Se fondant sur une interprétation de l'al. 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. 1985, c. C-29, la greffière a conclu que M. Vavilov n'était pas un citoyen canadien et a annulé son certificat de citoyenneté en application du par. 26(3) du *Règlement sur la citoyenneté*, DORS/93-246. Selon nous, la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable et la décision de la greffière était déraisonnable. Nous sommes donc d'avis de confirmer l'arrêt par lequel la Cour d'appel fédérale la casse et de rejeter le pourvoi du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration.

I. La nécessité de clarifier et de simplifier le droit relatif au contrôle judiciaire

[4] Au cours des dernières décennies, le droit canadien relatif au contrôle judiciaire des décisions administratives a connu une évolution jurisprudentielle continue et donné lieu à un vigoureux débat doctrinal. Ce domaine du droit touche des questions fondamentales pour notre ordre juridique et constitutionnel et tente d'assurer la bonne marche des rapports entre les décideurs administratifs, les cours de justice et les membres de notre société. Parallèlement au droit, le rôle du processus décisionnel administratif au Canada a connu sa propre évolution. Aujourd'hui, l'administration d'innombrables organismes publics et régimes de réglementation est confiée par la loi à des délégataires ayant un pouvoir décisionnel. Le nombre, la diversité et l'importance des affaires dont sont saisis ces délégataires font du processus décisionnel administratif l'une des principales manifestations du pouvoir de l'État dans la vie de la population canadienne.

[5] Vu l'omniprésence du processus décisionnel administratif et son importance pratique, il est essentiel

2019 SCC 65 (CanLII)

that administrative decision makers, those subject to their decisions and courts tasked with reviewing those decisions have clear guidance on how judicial review is to be performed.

[6] In granting leave to appeal in the case at bar and in its companion cases, this Court's leave to appeal judgment made clear that it viewed these appeals as an opportunity to consider the law applicable to the judicial review of administrative decisions as addressed in *Dunsmuir* and subsequent cases. In light of the importance of this issue, the Court appointed two *amici curiae*, invited the parties to devote a substantial portion of their submissions to the standard of review issue, and granted leave to 27 interveners, comprising 4 attorneys general and numerous organizations representing the breadth of the Canadian administrative law landscape. We have, as a result, received a wealth of helpful submissions on this issue. Despite this Court's review of the subject in *Dunsmuir*, some aspects of the law remain challenging. In particular, the submissions presented to the Court have highlighted two aspects of the current framework which need clarification.

[7] The first aspect is the analysis for determining the standard of review. It has become clear that *Dunsmuir*'s promise of simplicity and predictability in this respect has not been fully realized. In *Dunsmuir*, a majority of the Court merged the standards of "patent unreasonableness" and "reasonableness *simpliciter*" into a single "reasonableness" standard, thus reducing the number of standards of review from three to two: paras. 34-50. It also sought to simplify the analysis for determining the applicable standard of review: paras. 51-64. Since *Dunsmuir*, the jurisprudence has evolved to recognize that reasonableness will be the applicable standard for most categories of questions on judicial review, including, presumptively, when a decision maker interprets its enabling statute: see, e.g., *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 46; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135, at para. 55; *Canadian*

que les décideurs administratifs, les personnes visées par leurs décisions et les tribunaux chargés de contrôler ces décisions disposent d'indications claires sur la façon dont le contrôle judiciaire doit être exercé.

[6] Dans son jugement qui accorde l'autorisation de pourvoi dans la présente affaire et les affaires connexes, la Cour a clairement indiqué qu'elle considère les présents pourvois comme une occasion de se pencher sur le droit applicable au contrôle judiciaire des décisions administratives tel que traité dans l'arrêt *Dunsmuir* et les arrêts subséquents. Vu l'importance de cet enjeu, la Cour a nommé deux *amici curiae*, invité les parties à consacrer une bonne partie de leurs arguments à la question de la norme de contrôle et accordé l'autorisation d'intervenir à 27 intervenants, dont 4 procureurs généraux et de nombreuses organisations représentatives de tout l'éventail du droit administratif canadien. Nous avons en conséquence reçu une grande quantité d'observations utiles sur ce sujet. Bien que la Cour ait examiné la question dans l'arrêt *Dunsmuir*, certains aspects du droit demeurent épineux. Les observations présentées à la Cour ont mis en relief deux aspects du cadre d'analyse actuel qu'il est nécessaire de clarifier.

[7] Le premier aspect concerne l'analyse visant à déterminer la norme de contrôle applicable. Il est devenu évident que la promesse de simplicité et de prévisibilité formulée à cet égard dans l'arrêt *Dunsmuir* ne s'est pas pleinement réalisée. Dans l'arrêt *Dunsmuir*, les juges majoritaires de la Cour ont fusionné la norme de la décision « manifestement déraisonnable » et la norme de la décision « raisonnable *simpliciter* » en une seule norme de la décision « raisonnable », en ramenant ainsi les normes de contrôle de trois à deux : par. 34-50. En outre, la Cour a voulu simplifier l'analyse relative à la norme de contrôle : par. 51-64. Depuis cet arrêt, la jurisprudence a évolué et reconnaît dorénavant que la norme de la décision raisonnable est la norme qui s'applique à la plupart des catégories de questions qui se posent dans le cadre d'un contrôle judiciaire; notamment, son application se présume lorsque le décideur interprète sa loi habilitante : voir, p. ex., *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*,

2019 SCC 65 (CanLII)

Artists' Representation v. National Gallery of Canada, 2014 SCC 42, [2014] 2 S.C.R. 197, at para. 13; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at paras. 26 and 28; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 25; *Dunsmuir*, at para. 54. The Court has indicated that this presumption may be rebutted by showing the issue on review falls within a category of questions attracting correctness review: see *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at para. 22. It may also be rebutted by showing that the context indicates that the legislature intended the standard of review to be correctness: *McLean*, at para. 22; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293, at para. 32; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230 ("*CHRC*"), at paras. 45-46. However, uncertainty about when the contextual analysis remains appropriate and debate surrounding the scope of the correctness categories have sometimes caused confusion and made the analysis unwieldy: see, e.g., P. Daly, "Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness" (2016), 62 *McGill L.J.* 527.

[8] In addition, this analysis has in some respects departed from the theoretical foundations underpinning judicial review. While the application of the reasonableness standard is grounded, in part, in the necessity of avoiding "undue interference" in the face of the legislature's intention to leave certain questions with administrative bodies rather than with the courts (see *Dunsmuir*, at para. 27), that standard has come to be routinely applied even where the legislature has provided for a different institutional structure through a statutory appeal mechanism.

2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 46; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135, par. 55; *Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada*, 2014 CSC 42, [2014] 2 R.C.S. 197, par. 13; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 26 et 28; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 25; *Dunsmuir*, par. 54. La Cour a par ailleurs précisé que cette présomption peut être réfutée en établissant que la question sous examen appartient à une catégorie de questions qui sont assujetties à la norme de la décision correcte : voir *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 22. Elle peut aussi être réfutée en établissant que, d'après le contexte, le législateur a voulu que la norme de contrôle applicable soit celle de la décision correcte : *McLean*, par. 22; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293, par. 32; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230 (« *CCDP* »), par. 45-46. Cependant, l'incertitude quant à savoir dans quel cas l'analyse contextuelle demeure indiquée, ainsi que le débat sur la portée des catégories de questions auxquelles s'applique la norme de la décision correcte ont parfois semé la confusion et compliqué l'analyse : voir, p. ex., P. Daly, « Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness » (2016), 62 *R.D. McGill* 527.

[8] En outre, cette analyse s'est à certains égards écartée des fondements théoriques du contrôle judiciaire. Si l'application de la norme de la décision raisonnable est fondée en partie sur la nécessité pour les cours de justice d'éviter « toute immixtion injustifiée » compte tenu de la volonté du législateur de laisser aux organismes administratifs, plutôt qu'à elles, le soin de trancher certaines questions (voir *Dunsmuir*, par. 27), son application générale s'est imposée même lorsque le législateur a instauré un régime institutionnel différent en créant un mécanisme d'appel par voie législative.

2019 SCC 65 (CanLII)

[9] The uncertainty that has followed *Dunsmuir* has been highlighted by judicial and academic criticism, litigants who have come before this Court, and organizations that represent Canadians who interact with administrative decision makers. These are not light critiques or theoretical challenges. They go to the core of the coherence of our administrative law jurisprudence and to the practical implications of this lack of coherence. This Court, too, has taken note. In *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770, at para. 19, Abella J. expressed the need to "simplify the standard of review labyrinth we currently find ourselves in" and offered suggestions with a view to beginning a necessary conversation on the way forward. It is in this context that the Court decided to grant leave to hear this case and the companion cases jointly.

[9] L'incertitude qui a suivi l'arrêt *Dunsmuir* a été mise en évidence par des critiques judiciaires et doctrinales, des plaideurs qui ont comparu devant notre Cour et des organisations représentant des Canadiens et des Canadiennes qui interagissent avec des décideurs administratifs. Il ne s'agit pas de critiques sans importance ou de difficultés théoriques. Ces critiques touchent au cœur de la cohérence de notre jurisprudence en droit administratif et aux ramifications pratiques de ce manque de cohérence. Notre Cour en a pris note elle aussi. Dans l'arrêt *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770, par. 19, la juge Abella a exprimé le besoin de « simplifier le labyrinthe actuel de la norme de contrôle applicable » et a donné des suggestions dans le but d'amorcer un dialogue nécessaire sur la voie à suivre. C'est dans ce contexte que la Cour a décidé d'accorder l'autorisation d'appel pour instruire ensemble la présente affaire et les affaires connexes.

[10] This process has led us to conclude that a reconsideration of this Court's approach is necessary in order to bring greater coherence and predictability to this area of law. We have therefore adopted a revised framework for determining the standard of review where a court reviews the merits of an administrative decision. The analysis begins with a presumption that reasonableness is the applicable standard in all cases. Reviewing courts should derogate from this presumption only where required by a clear indication of legislative intent or by the rule of law.

[10] Ce cheminement nous amène à conclure qu'il est nécessaire de revoir l'approche de la Cour afin d'apporter une cohérence et une prévisibilité accrues à ce domaine du droit. Nous adoptons donc un cadre d'analyse révisé permettant de déterminer la norme de contrôle applicable lorsqu'une cour de justice se penche sur le fond d'une décision administrative. Ce cadre d'analyse repose sur la présomption voulant que la norme de la décision raisonnable soit la norme applicable dans tous les cas. Les cours de révision ne devraient déroger à cette présomption que lorsqu'une indication claire de l'intention du législateur ou la primauté du droit l'exige.

[11] The second aspect is the need for better guidance from this Court on the proper application of the reasonableness standard. The Court has heard concerns that reasonableness review is sometimes perceived as advancing a two-tiered justice system in which those subject to administrative decisions are entitled only to an outcome somewhere between "good enough" and "not quite wrong". These concerns have been echoed by some members of the legal profession, civil society organizations and legal clinics. The Court has an obligation to take these perspectives seriously and to ensure that the framework it adopts accommodates all types of administrative

[11] Le deuxième aspect concerne la nécessité d'indications plus précises de la Cour sur l'application appropriée de la norme de contrôle de la décision raisonnable. La Cour a entendu les préoccupations exprimées au sujet de la norme de la décision raisonnable qui est parfois perçue comme favorisant un système de justice à deux vitesses où les personnes visées par des décisions administratives n'ont droit qu'à un résultat se situant entre une solution « assez bonne » et une solution « pas trop mauvaise ». Ces préoccupations ont été reprises par des membres de la profession juridique, des organisations de la société civile et des cliniques juridiques. La Cour se

2019 SCC 65 (CanLII)

decision making, in areas that range from immigration, prison administration and social security entitlements to labour relations, securities regulation and energy policy.

[12] These concerns regarding the application of the reasonableness standard speak to the need for this Court to more clearly articulate what that standard entails and how it should be applied in practice. Reasonableness review is methodologically distinct from correctness review. It is informed by the need to respect the legislature's choice to delegate decision-making authority to the administrative decision maker rather than to the reviewing court. In order to fulfill *Dunsmuir*'s promise to protect "the legality, the reasonableness and the fairness of the administrative process and its outcomes", reasonableness review must entail a sensitive and respectful, but robust, evaluation of administrative decisions: para. 28.

[13] Reasonableness review is an approach meant to ensure that courts intervene in administrative matters only where it is truly necessary to do so in order to safeguard the legality, rationality and fairness of the administrative process. It finds its starting point in the principle of judicial restraint and demonstrates a respect for the distinct role of administrative decision makers. However, it is not a "rubber-stamping" process or a means of sheltering administrative decision makers from accountability. It remains a robust form of review.

[14] On the one hand, courts must recognize the legitimacy and authority of administrative decision makers within their proper spheres and adopt an appropriate posture of respect. On the other hand, administrative decision makers must adopt a culture of justification and demonstrate that their exercise of delegated public power can be "justified to citizens in terms of rationality and fairness": the Rt.

doit de prendre ces points de vue au sérieux et de voir à ce que le cadre d'analyse qu'elle retient s'adapte à tous les types de décisions administratives, qui vont de l'immigration, de l'administration carcérale et des programmes de sécurité sociale aux relations de travail, à la réglementation des valeurs mobilières et à la politique énergétique.

[12] Ces préoccupations sur l'application de la norme de la décision raisonnable témoignent de la nécessité d'expliquer plus clairement ce que signifie cette norme et comment elle devrait être appliquée en pratique. Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable est méthodologiquement distinct du contrôle selon la norme de la décision correcte. Il tient compte de la nécessité de respecter le choix du législateur de déléguer le pouvoir décisionnel à un décideur administratif plutôt qu'à une cour de révision. Afin de remplir la promesse formulée dans l'arrêt *Dunsmuir* d'assurer « la légalité, la rationalité et l'équité du processus administratif et de la décision rendue », le contrôle selon la norme de la décision raisonnable doit comporter une évaluation sensible et respectueuse, mais aussi rigoureuse, des décisions administratives : par. 28.

[13] Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable est une approche visant à faire en sorte que les cours de justice interviennent dans les affaires administratives uniquement lorsque cela est vraiment nécessaire pour préserver la légitimité, la rationalité et l'équité du processus administratif. Il tire son origine du principe de la retenue judiciaire et témoigne d'un respect envers le rôle distinct des décideurs administratifs. Toutefois, il ne s'agit pas d'une « simple formalité » ni d'un moyen visant à soustraire les décideurs administratifs à leur obligation de rendre des comptes. Ce type de contrôle demeure rigoureux.

[14] D'une part, les cours de justice doivent reconnaître la légitimité et la compétence des décideurs administratifs dans leur propre domaine et adopter une attitude de respect. D'autre part, les décideurs administratifs doivent adhérer à une culture de la justification et démontrer que l'exercice du pouvoir public qui leur est délégué peut être [TRADUCTION] « justifié aux yeux des citoyens et citoyennes sur

2019 SCC 65 (CanLII)

Hon. B. McLachlin, "The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law" (1998), 12 *C.J.A.L.P.* 171, at p. 174 (emphasis deleted); see also M. Cohen-Eliya and I. Porat, "Proportionality and Justification" (2014), 64 *U.T.L.J.* 458, at pp. 467-70.

[15] In conducting a reasonableness review, a court must consider the outcome of the administrative decision in light of its underlying rationale in order to ensure that the decision as a whole is transparent, intelligible and justified. What distinguishes reasonableness review from correctness review is that the court conducting a reasonableness review must focus on the decision the administrative decision maker actually made, including the justification offered for it, and not on the conclusion the court itself would have reached in the administrative decision maker's place.

II. Determining the Applicable Standard of Review

[16] In the following sections, we set out a revised framework for determining the standard of review a court should apply when the merits of an administrative decision are challenged. It starts with a presumption that reasonableness is the applicable standard whenever a court reviews administrative decisions.

[17] The presumption of reasonableness review can be rebutted in two types of situations. The first is where the legislature has indicated that it intends a different standard or set of standards to apply. This will be the case where the legislature explicitly prescribes the applicable standard of review. It will also be the case where the legislature has provided a statutory appeal mechanism from an administrative decision to a court, thereby signalling the legislature's intent that appellate standards apply when a court reviews the decision. The second situation in which the presumption of reasonableness review will be rebutted is where the rule of law requires that

les plans de la rationalité et de l'équité » : la très honorable B. McLachlin, « The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law » (1998), 12 *R.C.D.A.P.* 171, p. 174 (italique omis); voir également M. Cohen-Eliya et I. Porat, « Proportionality and Justification » (2014), 64 *U.T.L.J.* 458, p. 467-470.

[15] Lorsqu'elle effectue un contrôle selon la norme de la décision raisonnable, la cour de révision doit tenir compte du résultat de la décision administrative eu égard au raisonnement sous-jacent à celle-ci afin de s'assurer que la décision dans son ensemble est transparente, intelligible et justifiée. Ce qui distingue le contrôle selon la norme de la décision raisonnable du contrôle selon la norme de la décision correcte tient au fait que la cour de justice effectuant le premier type de contrôle doit centrer son attention sur la décision même qu'a rendue le décideur administratif, notamment sur sa justification, et non sur la conclusion à laquelle elle serait parvenue à la place du décideur administratif.

II. La détermination de la norme de contrôle applicable

[16] Dans les sections qui suivent, nous exposons un cadre d'analyse révisé permettant à une cour de justice de déterminer la norme de contrôle applicable en cas de contestation qui porte sur le fond d'une décision administrative. Ce cadre d'analyse repose sur la présomption voulant que la norme de la décision raisonnable soit la norme applicable chaque fois qu'une cour contrôle une décision administrative.

[17] La présomption d'application de la norme de la décision raisonnable peut être réfutée dans deux types de situations. La première est celle où le législateur a indiqué qu'il souhaite l'application d'une norme différente ou d'un ensemble de normes différentes. C'est le cas lorsque le législateur a prescrit expressément la norme de contrôle applicable. C'est aussi le cas lorsque le législateur a prévu un mécanisme d'appel d'une décision administrative devant une cour, indiquant ainsi son intention que les cours de justice recourent, en matière de contrôle, aux normes applicables en appel. La deuxième situation où la présomption d'application de la norme

2019 SCC 65 (CanLII)

the standard of correctness be applied. This will be the case for certain categories of questions, namely constitutional questions, general questions of law of central importance to the legal system as a whole and questions related to the jurisdictional boundaries between two or more administrative bodies. The general rule of reasonableness review, when coupled with these limited exceptions, offers a comprehensive approach to determining the applicable standard of review. As a result, it is no longer necessary for courts to engage in a "contextual inquiry" (*CHRC*, at paras. 45-47; see also *Dunsmuir*, at paras. 62-64; *McLean*, at para. 22) in order to identify the appropriate standard.

[18] Before setting out the framework for determining the standard of review in greater detail, we wish to acknowledge that these reasons depart from the Court's existing jurisprudence on standard of review in certain respects. Any reconsideration such as this can be justified only by compelling circumstances, and we do not take this decision lightly. A decision to adjust course will always require the Court to carefully weigh the impact on legal certainty and predictability against the costs of continuing to follow a flawed approach: see *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 47; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at paras. 24-27; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, at paras. 56-57, 129-31 and 139; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at paras. 43-44; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at pp. 849-50.

[19] On this point, we recall the observation of Gibbs J. in *Queensland v. Commonwealth* (1977), 139 C.L.R. 585 (H.C.A.), which this Court endorsed in *Craig*, at para. 26:

No Justice is entitled to ignore the decisions and reasoning of his predecessors, and to arrive at his own judgment as though the pages of the law reports were blank, or as though the authority of a decision did not survive beyond

de la décision raisonnable est réfutée est celle où la primauté du droit commande l'application de la norme de la décision correcte. C'est le cas pour certaines catégories de questions, soit les questions constitutionnelles, les questions de droit générales d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et les questions liées aux délimitations des compétences respectives d'organismes administratifs. Conjuguée à ces exceptions limitées, la règle générale qui prévoit l'application de la norme de la décision raisonnable met en place une méthode complète pour déterminer la norme de contrôle applicable. En conséquence, les cours de justice ne sont plus tenues de recourir à une « analyse contextuelle » (*CCDP*, par. 45-47; voir aussi *Dunsmuir*, par. 62-64; *McLean*, par. 22) pour établir la bonne norme de contrôle.

[18] Avant d'exposer plus en détail le cadre d'analyse permettant de déterminer la norme de contrôle applicable, nous tenons à reconnaître que les présents motifs s'écartent à certains égards de la jurisprudence actuelle de la Cour en la matière. Seules des circonstances convaincantes peuvent justifier un réexamen comme celui effectué en l'espèce. Nous ne prenons pas cette décision à la légère. La décision d'opérer un changement de cap oblige toujours la Cour à soupeser soigneusement l'incidence de cette décision sur la certitude et la prévisibilité juridiques par rapport aux coûts liés au fait de continuer à souscrire à une approche erronée : voir *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 47; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, par. 24-27; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 56-57, 129-131 et 139; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 43-44; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, p. 849-850.

[19] À cet égard, nous rappelons les propos du juge Gibbs dans *Queensland c. Commonwealth* (1977), 139 C.L.R. 585 (H.C.A.), auxquels notre Cour a souscrit dans l'arrêt *Craig*, par. 26 :

[TRADUCTION] Nul juge ne peut ignorer les décisions et le raisonnement de ses prédécesseurs et arriver à ses propres conclusions comme si la jurisprudence n'existait pas, ou qu'une décision cessait d'être opposable dès l'ajournement

2019 SCC 65 (CanLII)

the rising of the Court. A Justice, unlike a legislator, cannot introduce a programme of reform which sets at nought decisions formerly made and principles formerly established. It is only after the most careful and respectful consideration of the earlier decision, and after giving due weight to all the circumstances, that a Justice may give effect to his own opinions in preference to an earlier decision of the Court.

[20] Nonetheless, this Court has in the past revisited precedents that were determined to be unsound in principle, that had proven to be unworkable and unnecessarily complex to apply, or that had attracted significant and valid judicial, academic and other criticism: *Craig*, at paras. 28-30; *Henry*, at paras. 45-47; *Fraser*, at para. 135 (per Rothstein J., concurring in the result); *Bernard*, at pp. 858-59. Although adhering to the established jurisprudence will generally promote certainty and predictability, in some instances doing so will create or perpetuate uncertainty in the law: *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518, at p. 528; *Bernard*, at p. 858; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at p. 778. In such circumstances, "following the prior decision because of *stare decisis* would be contrary to the underlying value behind that doctrine, namely, clarity and certainty in the law": *Bernard*, at p. 858. These considerations apply here.

[21] Certain aspects of the current framework are unclear and unduly complex. The practical effect of this lack of clarity is that courts sometimes struggle in conducting the standard of review analysis, and costly debates surrounding the appropriate standard and its application continue to overshadow the review on the merits in many cases, thereby undermining access to justice. The words of Binnie J. in his concurring reasons in *Dunsmuir*, at para. 133, are still apt:

> . . . judicial review is burdened with undue cost and delay. Litigants understandably hesitate to go to court to seek redress for a perceived administrative injustice if their lawyers cannot predict with confidence even what standard of review will be applied. . . . If litigants do take the plunge, they may find the court's attention focussed not on their complaints, or the government's response, but on lengthy and arcane discussions of something they are told

d'une session. Contrairement au législateur, le juge ne peut entreprendre une réforme qui réduit à néant les décisions antérieures et les principes établis précédemment. Ce n'est qu'après avoir examiné la décision antérieure de la cour le plus attentivement et le plus respectueusement possible, et après avoir dûment considéré toutes les circonstances, que le juge peut faire primer sa propre opinion sur elle.

[20] Néanmoins, la Cour a revu des précédents qui avaient été jugés non fondés en principe, dont il a été démontré qu'ils étaient inapplicables et indûment complexes, ou qui s'étaient attirés d'importantes critiques valables, notamment judiciaires et doctrinales : *Craig*, par. 28-30; *Henry*, par. 45-47; *Fraser*, par. 135 (le juge Rothstein, motifs concordants quant au résultat); *Bernard*, p. 858-859. Si le respect de la jurisprudence établie favorise généralement la certitude et la prévisibilité, dans certains cas, ce respect crée ou perpétue l'incertitude du droit : *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518, p. 528; *Bernard*, p. 858; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, p. 778. Dans ces circonstances, « en [. . .] suivant simplement [l'arrêt antérieur] par respect pour le principe du *stare decisis*, on se [trouve à] aller à l'encontre de la valeur fondamentale sous-tendant ce principe, c'est-à-dire celle de la clarté et de la certitude du droit » : *Bernard*, p. 858. Ces considérations s'appliquent en l'espèce.

[21] Certains aspects du cadre d'analyse actuel ne sont pas clairs et sont indûment complexes. Ce manque de clarté a pour effet pratique que les cours de justice ont parfois de la difficulté à effectuer l'analyse relative à la norme de contrôle. De coûteux débats entourant la norme appropriée et son application continuent d'éclipser le contrôle sur le fond dans bien des cas, ce qui mine l'accès à la justice. Les propos du juge Binnie dans ses motifs concordants dans l'arrêt *Dunsmuir*, par. 133, sont toujours pertinents :

> . . . le contrôle judiciaire est à la fois trop coûteux et trop long. On comprend le justiciable d'hésiter à s'adresser aux tribunaux pour obtenir réparation à l'égard de ce qu'il considère comme une injustice administrative lorsque son avocat ne peut même pas prévoir avec certitude quelle norme de contrôle s'appliquera. [. . .] Le justiciable qui va de l'avant constate que la cour ne met pas l'accent sur sa prétention ou sur la mesure prise par l'État, mais qu'elle

2019 SCC 65 (CanLII)

is [the choice of standard analysis]. . . . A victory before the reviewing court may be overturned on appeal because the wrong "standard of review" was selected. A small business denied a licence or a professional person who wants to challenge disciplinary action should be able to seek judicial review without betting the store or the house on the outcome.

Regrettably, we find ourselves in a similar position following *Dunsmuir*. As Karakatsanis J. observed in *Edmonton East*, at para. 35, "[t]he contextual approach can generate uncertainty and endless litigation concerning the standard of review". While counsel and courts attempt to work through the complexities of determining the standard of review and its proper application, litigants "still find the merits waiting in the wings for their chance to be seen and reviewed": *Wilson*, at para. 25, per Abella J.

[22] As noted in *CHRC*, this Court "has for years attempted to simplify the standard of review analysis in order to 'get the parties away from arguing about the tests and back to arguing about the substantive merits of their case'": para. 27, quoting *Alberta Teachers*, at para. 36, citing *Dunsmuir*, at para. 145, per Binnie J. The principled changes set out below seek to promote the values underlying *stare decisis* and to make the law on the standard of review more certain, coherent and workable going forward.

A. *Presumption That Reasonableness Is the Applicable Standard*

[23] Where a court reviews the merits of an administrative decision (i.e., judicial review of an administrative decision other than a review related to a breach of natural justice and/or the duty of procedural fairness), the standard of review it applies must reflect the legislature's intent with respect to the role of the reviewing court, except where giving effect to that intent is precluded by the rule of law.

arbitre plutôt un long et mystérieux débat sur [l'analyse du choix de la norme]. [. . .] La décision favorable rendue par la cour de révision peut être infirmée en appel au motif que la bonne « norme de contrôle » n'a pas été appliquée. La petite entreprise à qui on refuse un permis ou le professionnel qui fait l'objet d'une mesure disciplinaire devrait pouvoir demander le contrôle judiciaire de la décision sans miser son commerce ou sa maison sur l'issue de l'instance.

Malheureusement, nous nous retrouvons dans une situation semblable depuis l'arrêt *Dunsmuir*. Comme l'a fait remarquer la juge Karakatsanis dans l'arrêt *Edmonton East*, au par. 35, « [l]e recours à une analyse contextuelle peut être source d'incertitude et d'interminables litiges au sujet de la norme de contrôle applicable ». Bien que les avocats et les cours de justice tentent de surmonter la difficulté de déterminer la norme de contrôle et la bonne façon de l'appliquer, les plaideurs prennent note que, « [p]endant ce temps, l'analyse au fond attend en coulisses » : *Wilson*, par. 25, la juge Abella.

[22] Comme il a été souligné dans l'arrêt *CCDP*, « [d]epuis plusieurs années, notre Cour tente de simplifier l'analyse relative à la norme de contrôle applicable, afin de "faire en sorte que les parties cessent de débattre des critères applicables et fassent plutôt valoir leurs prétentions sur le fond" » : par. 27, citant *Alberta Teachers*, par. 36, citant *Dunsmuir*, par. 145, le juge Binnie. Les changements de principe exposés ci-dessous visent à promouvoir les valeurs qui sous-tendent la règle du *stare decisis* et à rendre le droit applicable en matière de norme de contrôle plus certain, cohérent et facile à appliquer à l'avenir.

A. *La présomption selon laquelle la norme applicable est celle de la décision raisonnable*

[23] Lorsqu'une cour examine une décision administrative sur le fond (c.-à-d. le contrôle judiciaire d'une mesure administrative qui ne comporte pas d'examen d'un manquement à la justice naturelle ou à l'obligation d'équité procédurale), la norme de contrôle qu'elle applique doit refléter l'intention du législateur sur le rôle de la cour de révision, sauf dans les cas où la primauté du droit empêche de donner

2019 SCC 65 (CanLII)

The starting point for the analysis is a presumption that the legislature intended the standard of review to be reasonableness.

[24] Parliament and the provincial legislatures are constitutionally empowered to create administrative bodies and to endow them with broad statutory powers: *Dunsmuir*, at para. 27. Where a legislature has created an administrative decision maker for the specific purpose of administering a statutory scheme, it must be presumed that the legislature also intended that decision maker to be able to fulfill its mandate and interpret the law as applicable to all issues that come before it. Where a legislature has not explicitly prescribed that a court is to have a role in reviewing the decisions of that decision maker, it can safely be assumed that the legislature intended the administrative decision maker to function with a minimum of judicial interference. However, because judicial review is protected by s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, legislatures cannot shield administrative decision making from curial scrutiny entirely: *Dunsmuir*, at para. 31; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220, at pp. 236-37; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1090. Nevertheless, respect for these institutional design choices made by the legislature requires a reviewing court to adopt a posture of restraint on review.

[25] For years, this Court's jurisprudence has moved toward a recognition that the reasonableness standard should be the starting point for a court's review of an administrative decision. Indeed, a presumption of reasonableness review is already a well-established feature of the standard of review analysis in cases in which administrative decision makers interpret their home statutes: see *Alberta Teachers*, at para. 30; *Saguenay*, at para. 46; *Edmonton East*, at para. 22. In our view, it is now appropriate to hold that whenever a court reviews an administrative decision, it should start with the presumption that the applicable standard of review for all aspects of that decision will be reasonableness. While this presumption applies to the administrative decision maker's interpretation of its enabling statute, the

effet à cette intention. L'analyse a donc comme point de départ une présomption selon laquelle le législateur a voulu que la norme de contrôle applicable soit celle de la décision raisonnable.

[24] Le Parlement et les législatures provinciales sont habilités par la Constitution à créer des organismes administratifs et à les investir de larges pouvoirs légaux : *Dunsmuir*, par. 27. Si le législateur a constitué un décideur administratif dans le but précis d'administrer un régime législatif, il faut présumer que le législateur a également voulu que ce décideur soit en mesure d'accomplir son mandat et d'interpréter la loi qui s'applique à toutes les questions qui lui sont soumises. Si le législateur n'a pas prescrit expressément que les cours de justice ont un rôle à jouer dans le contrôle des décisions de ce décideur, on peut aisément présumer que le législateur a voulu que celui-ci puisse fonctionner en faisant le moins possible l'objet d'une intervention judiciaire. Toutefois, étant donné que le contrôle judiciaire bénéficie de la protection de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le législateur ne peut soustraire le processus décisionnel administratif à tout examen judiciaire : *Dunsmuir*, par. 31; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, p. 236-237; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, p. 1090. Il n'en demeure pas moins que le respect de ces choix d'organisation institutionnelle de la part du législateur oblige la cour de révision à adopter une attitude de retenue lors du contrôle judiciaire.

[25] Depuis plusieurs années, la jurisprudence de notre Cour évolue vers une reconnaissance du fait que la norme de la décision raisonnable devrait être le point de départ du contrôle judiciaire d'une décision administrative. En effet, la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable est déjà une caractéristique bien établie de l'analyse relative à la norme de contrôle applicable dans les cas où le décideur administratif interprète sa loi constitutive : voir *Alberta Teachers*, par. 30; *Saguenay*, par. 46; *Edmonton East*, par. 22. À notre avis, il y a maintenant lieu d'affirmer que chaque fois qu'une cour examine une décision administrative, elle doit partir de la présomption que la norme de contrôle applicable à l'égard de tous les aspects de cette décision est celle de la décision raisonnable. Si cette

2019 SCC 65 (CanLII)

presumption also applies more broadly to other aspects of its decision.

[26] Before turning to an explanation of how the presumption of reasonableness review may be rebutted, we believe it is desirable to clarify one aspect of the conceptual basis for this presumption. Since *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 ("*C.U.P.E.*"), the central rationale for applying a deferential standard of review in administrative law has been a respect for the legislature's institutional design choice to delegate certain matters to non-judicial decision makers through statute: *C.U.P.E.*, at pp. 235-36. However, this Court has subsequently identified a number of other justifications for applying the reasonableness standard, some of which have taken on influential roles in the standard of review analysis at various times.

[27] In particular, the Court has described one rationale for applying the reasonableness standard as being the relative expertise of administrative decision makers with respect to the questions before them: see, e.g., *C.U.P.E.*, at p. 236; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paras. 32-35; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at pp. 591-92; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paras. 50-53; *Dunsmuir*, at para. 49, quoting D. J. Mullan, "Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?" (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, at p. 93; see also *Dunsmuir*, at para. 68. However, this Court's jurisprudence has sometimes been deeply divided on the question of what expertise entails in the administrative context, how it should be assessed and how it should inform the standard of review analysis: see, e.g., *Khosa*, at paras. 23-25, per Binnie J. for the majority, compared to paras. 93-96, per Rothstein J., concurring in the result; *Edmonton East*, at para. 33, per Karakatsanis J. for the majority, compared to paras. 81-86, per Côté and Brown JJ., dissenting. In the era of what was known as the "pragmatic and functional" approach,

présomption vise l'interprétation de sa loi habilitante par le décideur administratif, elle s'applique aussi de façon plus générale aux autres aspects de sa décision.

[26] Avant d'expliquer comment la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable peut être réfutée, nous estimons qu'il est souhaitable de clarifier un aspect du fondement conceptuel de cette présomption. Depuis l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 (« *S.C.F.P.* »), la principale raison d'être de la norme de contrôle fondée sur la déférence en droit administratif est le respect du choix d'organisation institutionnelle du législateur consistant à déléguer certaines questions à des décideurs non judiciaires par voie législative : *S.C.F.P.*, p. 235-236. Toutefois, la Cour a par la suite établi un certain nombre d'autres raisons justifiant l'application de la norme de la décision raisonnable, dont certaines ont influencé l'analyse relative à la norme de contrôle à divers moments.

[27] Plus précisément, la Cour a retenu que l'expertise relative du décideur administratif à l'égard des questions qui lui sont soumises est un motif justifiant l'application de la norme de la décision raisonnable : voir, p. ex., *S.C.F.P.*, p. 236; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 32-35; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, p. 591-592; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 50-53; *Dunsmuir*, par. 49, citant D. J. Mullan, « Establishing the Standard of Review : The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *R.C.D.A.P.* 59, p. 93; voir également *Dunsmuir*, par. 68. Mais la jurisprudence de la Cour a parfois souffert de profondes divisions sur l'impact de la notion d'expertise dans le contexte administratif, sur la façon dont elle devrait être appréciée et sur la manière dont elle devrait guider l'analyse relative à la norme de contrôle : voir, p. ex., *Khosa*, par. 23-25, le juge Binnie au nom de la majorité, comparativement aux par. 93-96, le juge Rothstein, motifs concordants quant au résultat; *Edmonton East*, par. 33, la juge Karakatsanis au nom de la majorité, comparativement aux par. 81-86, les juges Côté et Brown, dissidents.

2019 SCC 65 (CanLII)

2019 SCC 65 (CanLII)

which was first set out in *Bibeault*, a decision maker's expertise relative to that of the reviewing court was one of the key contextual factors said to indicate legislative intent with respect to the standard of review, but the decision maker was not presumed to have relative expertise. Instead, whether a decision maker had greater expertise than the reviewing court was assessed in relation to the specific question at issue and on the basis of a contextual analysis that could incorporate factors such as the qualification of an administrative body's members, their experience in a particular area and their involvement in policy making: see, e.g., *Pezim*, at pp. 591-92; *Southam*, at paras. 50-53; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at paras. 28-29; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, 2001 SCC 36, [2001] 2 S.C.R. 100, at paras. 28-32; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, 2002 SCC 11, [2002] 1 S.C.R. 249, at para. 50.

[28] Unfortunately, this contextual analysis proved to be unwieldy and offered limited practical guidance for courts attempting to assess an administrative decision maker's relative expertise. More recently, the dominant approach in this Court has been to accept that expertise simply inheres in an administrative body by virtue of the specialized function designated for it by the legislature: *Edmonton East*, at para. 33. However, if administrative decision makers are understood to possess specialized expertise on all questions that come before them, the concept of expertise ceases to assist a reviewing court in attempting to distinguish questions for which applying the reasonableness standard is appropriate from those for which it is not.

[29] Of course, the fact that the specialized role of administrative decision makers lends itself to the development of expertise and institutional experience is not the only reason that a legislature may choose to delegate decision-making authority. Over the years, the Court has pointed to a number of other compelling rationales for the legislature to delegate

À l'ère de ce que l'on appelait l'approche « pragmatique et fonctionnelle », énoncée pour la première fois dans l'arrêt *Bibeault*, l'expertise du décideur par rapport à celle de la cour de révision constituait l'un des principaux facteurs contextuels censés indiquer l'intention du législateur concernant la norme de contrôle, mais l'expertise relative du décideur n'était pas présumée. La question de savoir si le décideur avait une plus grande expertise que la cour de révision était plutôt appréciée en fonction de la question précise en litige et d'une analyse contextuelle pouvant incorporer des facteurs comme les compétences des membres de l'organisme administratif, leur expérience dans un domaine particulier et leur participation à l'élaboration des politiques : voir, p. ex., *Pezim*, p. 591-592; *Southam*, par. 50-53; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, par. 28-29; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, 2001 CSC 36, [2001] 2 R.C.S. 100, par. 28-32; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249, par. 50.

[28] Malheureusement, l'analyse contextuelle s'est révélée complexe et d'utilité limitée pour donner une orientation pratique aux cours de justice qui tentent d'évaluer l'expertise relative du décideur administratif. Plus récemment, la méthode prédominante adoptée par notre Cour a consisté à reconnaître que l'expertise est simplement inhérente à un organisme administratif en raison des fonctions spécialisées que lui a confiées le législateur : *Edmonton East*, par. 33. Or, s'il est dorénavant tenu pour acquis que le décideur administratif possède une expertise spécialisée en ce qui concerne l'ensemble des questions dont il est saisi, la notion d'expertise n'aide plus la cour de révision à distinguer les questions qui commandent l'application de la norme de la décision raisonnable de celles qui ne la commandent pas.

[29] Bien sûr, le rôle spécialisé du décideur administratif qui permet à celui-ci d'approfondir son expertise et son expérience institutionnelle n'est pas la seule raison pour laquelle le législateur peut choisir de lui déléguer un pouvoir décisionnel. Au fil des ans, la Cour a ainsi souligné plusieurs autres raisons convaincantes justifiant la délégation de l'administration d'un régime

the administration of a statutory scheme to a particular administrative decision maker. These rationales have included the decision maker's proximity and responsiveness to stakeholders, ability to render decisions promptly, flexibly and efficiently, and ability to provide simplified and streamlined proceedings intended to promote access to justice.

[30] While specialized expertise and these other rationales may all be reasons for a legislature to delegate decision-making authority, a reviewing court need not evaluate which of these rationales apply in the case of a particular decision maker in order to determine the standard of review. Instead, in our view, it is the *very fact* that the legislature has chosen to delegate authority which justifies a default position of reasonableness review. The Court has in fact recognized this basis for applying the reasonableness standard to administrative decisions in the past. In *Khosa*, for example, the majority understood *Dunsmuir* to stand for the proposition that "with or without a privative clause, a measure of deference has come to be accepted as appropriate where a particular decision had been allocated to an administrative decision-maker rather than to the courts": para. 25. More recently, in *Edmonton East*, Karakatsanis J. explained that a presumption of reasonableness review "respects the principle of legislative supremacy and the choice made to delegate decision making to a tribunal, rather than the courts": para. 22. And in *CHRC*, Gascon J. explained that "the fact that the legislature has allocated authority to a decision maker other than the courts is itself an indication that the legislature intended deferential review": para. 50. In other words, respect for this institutional design choice and the democratic principle, as well as the need for courts to avoid "undue interference" with the administrative decision maker's discharge of its functions, is what justifies the presumptive application of the reasonableness standard: *Dunsmuir*, at para. 27.

législatif à un décideur en particulier. Mentionnons la proximité des décideurs et des parties intéressées ainsi que la réceptivité envers ces dernières; la capacité des décideurs de trancher de manière rapide, souple et efficace; et leur faculté d'alléger et de simplifier la procédure pour favoriser ainsi l'accès à la justice.

[30] Si l'expertise spécialisée et ces autres considérations peuvent toutes justifier la délégation du pouvoir décisionnel, une cour de révision n'est pas tenue d'établir laquelle de ces considérations s'applique dans le cas d'un décideur donné afin de déterminer la norme de contrôle applicable. Nous sommes plutôt d'avis que c'est *le fait même* que le législateur choisit de déléguer le pouvoir décisionnel qui justifie l'application par défaut de la norme de la décision raisonnable. La Cour a de fait déjà reconnu ce fondement de l'application de la norme de la décision raisonnable aux décisions administratives. Dans l'arrêt *Khosa*, par exemple, les juges majoritaires ont interprété l'arrêt *Dunsmuir* comme appuyant la proposition selon laquelle, « sans égard à l'existence d'une clause privative, il est maintenant admis qu'une certaine déférence s'impose lorsqu'une décision particulière a été confiée à un décideur administratif plutôt qu'aux tribunaux judiciaires » : par. 25. Plus récemment, dans l'arrêt *Edmonton East*, la juge Karakatsanis a expliqué que la présomption de contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable « respecte le principe de la suprématie législative et la décision de déléguer le pouvoir décisionnel à un tribunal administratif plutôt qu'aux cours de justice » : par. 22. Qui plus est, dans l'arrêt *CCDP*, le juge Gascon a précisé que « le fait que le législateur a confié certains pouvoirs à un décideur administratif plutôt qu'aux tribunaux judiciaires porte à croire qu'il avait l'intention que la déférence s'impose » : par. 50. Autrement dit, la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable se justifie à la fois par le respect de ce choix en matière d'organisation institutionnelle et du principe démocratique, ainsi que par la nécessité que les cours de justice évitent « toute immixtion injustifiée » dans l'exercice par le décideur administratif de ses fonctions : *Dunsmuir*, par. 27.

2019 SCC 65 (CanLII)

[31] We wish to emphasize that because these reasons adopt a presumption of reasonableness as the starting point, expertise is no longer relevant to a determination of the standard of review as it was in the contextual analysis. However, we are not doing away with the role of expertise in administrative decision making. This consideration is simply folded into the new starting point and, as explained below, expertise remains a relevant consideration in conducting reasonableness review.

[32] That being said, our starting position that the applicable standard of review is reasonableness is not incompatible with the rule of law. However, because this approach is grounded in respect for legislative choice, it also requires courts to give effect to clear legislative direction that a different standard was intended. Similarly, a reviewing court must be prepared to derogate from the presumption of reasonableness review where respect for the rule of law requires a singular, determinate and final answer to the question before it. Each of these situations will be discussed in turn below.

B. *Derogation From the Presumption of Reasonableness Review on the Basis of Legislative Intent*

[33] This Court has described respect for legislative intent as the "polar star" of judicial review: *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539, at para. 149. This description remains apt. The presumption of reasonableness review discussed above is intended to give effect to the legislature's choice to leave certain matters with administrative decision makers rather than the courts. It follows that this presumption will be rebutted where a legislature has indicated that a different standard should apply. The legislature can do so in two ways. First, it may explicitly prescribe through statute what standard courts should apply when reviewing decisions of a particular administrative decision maker. Second, it may direct that

[31] Puisque nous retenons dans les présents motifs la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable en tant que point de départ, nous tenons à préciser que l'expertise n'est plus pertinente pour déterminer la norme de contrôle applicable, comme c'était le cas dans l'analyse contextuelle. Nous n'enlevons toutefois pas à l'expertise la place qu'elle occupe dans le processus décisionnel administratif. Cette considération est tout simplement incorporée au nouveau point de départ et, comme nous l'expliquons plus loin, l'expertise demeure pertinente lors de l'exercice du contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable.

[32] Cela dit, notre position de départ voulant que la norme de contrôle applicable soit celle de la décision raisonnable n'est pas inconciliable avec la primauté du droit. Puisque cette approche repose sur le respect du choix fait par le législateur, les cours de justice doivent aussi donner effet aux indications expresses de ce dernier sur l'application d'une norme de contrôle différente. De la même manière, la cour de révision doit être prête à déroger à la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable dans les cas où le respect de la primauté du droit exige une réponse unique, décisive et définitive à la question dont elle est saisie. Nous examinons chacune de ces situations à tour de rôle.

B. *La dérogation à la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable compte tenu de l'intention du législateur*

[33] La Cour a écrit que le respect de l'intention du législateur « doit nous guider » en matière de contrôle judiciaire : *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539, par. 149. Cette position demeure pertinente. La présomption relative à l'application de la norme de la décision raisonnable décrite ci-dessus a pour objet de donner effet à la volonté du législateur de s'en remettre, pour certaines choses, à un décideur administratif plutôt qu'aux cours de justice. Cette présomption peut donc être réfutée si le législateur prévoit l'application d'une norme de contrôle différente, ce qu'il peut faire de deux façons. Premièrement, le législateur peut prescrire expressément, dans une loi, la norme de contrôle applicable aux décisions d'un décideur administratif

2019 SCC 65 (CanLII)

derogation from the presumption of reasonableness review is appropriate by providing for a statutory appeal mechanism from an administrative decision maker to a court, thereby signalling the application of appellate standards.

(1) Legislated Standards of Review

[34] Any framework rooted in legislative intent must, to the extent possible, respect clear statutory language that prescribes the applicable standard of review. This Court has consistently affirmed that legislated standards of review should be given effect: see, e.g., *R. v. Owen*, 2003 SCC 33, [2003] 1 S.C.R. 779, at paras. 31-32; *Khosa*, at paras. 18-19; *British Columbia (Workers' Compensation Board) v. Figliola*, 2011 SCC 52, [2011] 3 S.C.R. 422, at para. 20; *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360, at para. 55; *McCormick v. Fasken Martineau DuMoulin LLP*, 2014 SCC 39, [2014] 2 S.C.R. 108, at para. 16; *British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal) v. Fraser Health Authority*, 2016 SCC 25, [2016] 1 S.C.R. 587, at paras. 8 and 29; *British Columbia Human Rights Tribunal v. Schrenk*, 2017 SCC 62, [2017] 2 S.C.R. 795, at para. 28.

[35] It follows that where a legislature has indicated that courts are to apply the standard of correctness in reviewing certain questions, that standard must be applied. In British Columbia, the legislature has established the applicable standard of review for many tribunals by reference to the *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45: see ss. 58 and 59. For example, it has provided that the standard of review applicable to decisions on questions of statutory interpretation by the B.C. Human Rights Tribunal is to be correctness: *ibid.*, s. 59(1); *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 32. We continue to be of the view that where the legislature has indicated the applicable standard of review, courts are bound to respect that designation, within the limits imposed by the rule of law.

en particulier. Deuxièmement, le législateur peut indiquer qu'une dérogation à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable est de mise en prévoyant un mécanisme d'appel à l'encontre d'un décideur administratif devant une cour de justice, ce qui dénote que les normes générales en matière d'appel trouvent application.

(1) Les normes de contrôle établies par voie législative

[34] Tout cadre d'analyse fondé sur l'intention du législateur doit respecter, dans la mesure du possible, les dispositions législatives claires qui prescrivent la norme de contrôle applicable. Notre Cour a régulièrement affirmé qu'il faut donner effet aux normes de contrôle prescrites par la loi : voir, p. ex., *R. c. Owen*, 2003 CSC 33, [2003] 1 R.C.S. 779, par. 31-32; *Khosa*, par. 18-19; *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola*, 2011 CSC 52, [2011] 3 R.C.S. 422, par. 20; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360, par. 55; *McCormick c. Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L./s.r.l.*, 2014 CSC 39, [2014] 2 R.C.S. 108, par. 16; *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal) c. Fraser Health Authority*, 2016 CSC 25, [2016] 1 R.C.S. 587, par. 8 et 29; *British Columbia Human Rights Tribunal c. Schrenk*, 2017 CSC 62, [2017] 2 R.C.S. 795, par. 28.

[35] Ainsi, lorsque le législateur indique que les cours de justice ont l'obligation d'appliquer la norme de la décision correcte lors du contrôle de certaines questions, c'est la norme qu'il convient alors d'appliquer. En Colombie-Britannique, la législature a fixé la norme de contrôle applicable pour de nombreux tribunaux administratifs en se fondant sur l'*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45 : voir art. 58 et 59. Par exemple, elle a prévu que les questions d'interprétation des lois dont est saisi le tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique doivent être contrôlées selon la norme de la décision correcte : *ibid.*, par. 59(1); *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, art. 32. Nous sommes toujours d'avis que, dans les cas où le législateur énonce la norme de contrôle applicable, les cours de justice sont tenues au respect de celle-ci, dans les limites qu'impose la primauté du droit.

2019 SCC 65 (CanLII)

(2) Statutory Appeal Mechanisms

[36] We have reaffirmed that, to the extent possible, the standard of review analysis requires courts to give effect to the legislature's institutional design choices to delegate authority through statute. In our view, this principled position also requires courts to give effect to the legislature's intent, signalled by the presence of a statutory appeal mechanism from an administrative decision to a court, that the court is to perform an appellate function with respect to that decision. Just as a legislature may, within constitutional limits, insulate administrative decisions from judicial interference, it may also choose to establish a regime "which does not exclude the courts but rather makes them part of the enforcement machinery": *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181, at p. 195. Where a legislature has provided that parties may appeal from an administrative decision to a court, either as of right or with leave, it has subjected the administrative regime to appellate oversight and indicated that it expects the court to scrutinize such administrative decisions on an appellate basis. This expressed intention necessarily rebuts the blanket presumption of reasonableness review, which is premised on giving effect to a legislature's decision to leave certain issues with a body other than a court. This intention should be given effect. As noted by the intervener Attorney General of Quebec in her factum, [TRANSLATION] "[t]he requirement of deference must not sterilize such an appeal mechanism to the point that it changes the nature of the decision-making process the legislature intended to put in place": para. 2.

[37] It should therefore be recognized that, where the legislature has provided for an appeal from an administrative decision to a court, a court hearing such an appeal is to apply appellate standards of review to the decision. This means that the applicable standard is to be determined with reference to the nature of the question and to this Court's jurisprudence on appellate standards of review. Where, for example, a court is hearing an appeal from an administrative

(2) Les mécanismes d'appel prévus par la loi

[36] Nous avons réaffirmé que, dans l'analyse relative à la norme de contrôle, les cours de justice devaient autant que possible respecter les choix d'organisation institutionnelle du législateur consistant à déléguer certaines questions par voie législative. À notre avis, compte tenu de cette position de principe, les cours de justice doivent aussi donner effet à l'intention du législateur qui se manifeste par la présence d'un mécanisme d'appel à l'encontre d'une décision administrative et qui prévoit l'exercice d'une fonction d'appel au regard d'une telle décision. De la même manière que le législateur peut, dans le respect des limites fixées par la Constitution, mettre des décisions administratives à l'abri d'une intervention judiciaire, il peut également choisir d'établir un régime qui, « loin d'exclure les cours, les intègre dans le mécanisme d'application prévu » : *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181, p. 195. Lorsqu'il accorde aux parties la possibilité de porter en appel, de plein droit ou sur autorisation, une décision administrative devant une cour de justice, le législateur assujettit le régime administratif à une compétence d'appel et indique qu'il s'attend à ce que la cour vérifie attentivement cette décision lors d'un processus d'appel. Cette volonté expresse réfute forcément la présomption générale d'application de la norme de la décision raisonnable fondée sur l'intention de respecter le choix du législateur de renvoyer certaines questions à un organisme autre qu'une cour de justice. Il y a lieu de donner effet à cette volonté. Comme le fait observer l'intervenante la procureure générale du Québec dans son mémoire, « [l]'obligation de déférence ne doit pas stériliser un tel mécanisme d'appel, jusqu'à dénaturer le processus décisionnel que le législateur voulait mettre en place » : par. 2.

[37] Il convient donc de reconnaître que, lorsque le législateur prévoit un appel à l'encontre d'une décision administrative devant une cour de justice, la cour saisie de l'appel doit recourir aux normes applicables en appel pour réviser la décision. Ainsi, la norme de contrôle applicable doit être déterminée eu égard à la nature de la question et à la jurisprudence de notre Cour en la matière. Par exemple, lorsqu'une cour de justice entend l'appel d'une décision

2019 SCC 65 (CanLII)

decision, it would, in considering questions of law, including questions of statutory interpretation and those concerning the scope of a decision maker's authority, apply the standard of correctness in accordance with *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 8. Where the scope of the statutory appeal includes questions of fact, the appellate standard of review for those questions is palpable and overriding error (as it is for questions of mixed fact and law where the legal principle is not readily extricable): see *Housen*, at paras. 10, 19 and 26-37. Of course, should a legislature intend that a different standard of review apply in a statutory appeal, it is always free to make that intention known by prescribing the applicable standard through statute.

[38] We acknowledge that giving effect to statutory appeal mechanisms in this way departs from the Court's recent jurisprudence. However, after careful consideration, we are of the view that this shift is necessary in order to bring coherence and conceptual balance to the standard of review analysis and is justified by a weighing of the values of certainty and correctness: *Craig*, at para. 27. Our conclusion is based on the following considerations.

[39] First, there has been significant judicial and academic criticism of this Court's recent approach to statutory appeal rights: see, e.g., Y.-M. Morissette, "What is a 'reasonable decision'?" (2018), 31 *C.J.A.L.P.* 225, at p. 244; the Hon. J. T. Robertson, *Administrative Deference: The Canadian Doctrine that Continues to Disappoint* (April 18, 2018) (online), at p. 8; the Hon. D. Stratas, "The Canadian Law of Judicial Review: A Plea for Doctrinal Coherence and Consistency" (2016), 42 *Queen's L.J.* 27, at p. 33; Daly, at pp. 541-42; *Québec (Procureure générale) v. Montréal (Ville)*, 2016 QCCA 2108, 17 Admin. L.R. (6th) 328, at paras. 36-46; *Bell Canada v. 7262591 Canada Ltd.*, 2018 FCA 174, 428 D.L.R. (4th) 311, at paras. 190-92, per Nadon J.A., concurring, and at paras. 66 and 69-72, per Rennie J.A., dissenting; *Garneau Community League v. Edmonton (City)*, 2017 ABCA 374, 60 Alta. L.R. (6th) 1, at paras. 91 and 93-95, per Slatter J.A., concurring; *Nova Scotia (Attorney General) v. S&D Smith Central*

administrative, elle se prononcera sur des questions de droit, touchant notamment à l'interprétation législative et à la portée de la compétence du décideur, selon la norme de la décision correcte conformément à l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 8. Si l'appel prévu par la loi porte notamment sur des questions de fait, la norme de contrôle sera celle de l'erreur manifeste et déterminante (applicable également à l'égard des questions mixtes de fait et de droit en l'absence d'un principe juridique facilement isolable) : voir *Housen*, par. 10, 19 et 26-37. Évidemment, si le législateur entend prévoir l'application en appel d'une autre norme de contrôle, il lui est toujours loisible d'exprimer son intention en énonçant dans la loi la norme de contrôle applicable.

[38] Il est vrai que donner un tel sens aux mécanismes d'appel prévus par la loi s'écarte de la jurisprudence récente de notre Cour. Cependant, après un examen attentif, nous estimons que ce virage s'impose afin d'apporter uniformité et équilibre conceptuel à l'analyse relative à la norme de contrôle. En outre, cette approche est justifiée par la mise en balance des valeurs de la certitude et de la justesse : *Craig*, par. 27. Notre conclusion repose sur les considérations suivantes.

[39] D'abord, d'importantes critiques judiciaires et doctrinales ont été formulées au sujet de cette conception somme toute récente que notre Cour s'est faite des droits d'appel accordés par la loi : voir, p. ex., Y.-M. Morissette, « What is a "reasonable decision"? » (2018), 31 *R.C.D.A.P.* 225, p. 244; l'honorable J. T. Robertson, *Administrative Deference : The Canadian Doctrine that Continues to Disappoint* (18 avril 2018) (en ligne), p. 8; l'honorable D. Stratas, « The Canadian Law of Judicial Review : A Plea for Doctrinal Coherence and Consistency » (2016), 42 *Queen's L.J.* 27, p. 33; Daly, p. 541-542; *Québec (Procureure générale) c. Montréal (Ville)*, 2016 QCCA 2108, 17 Admin. L.R. (6th) 328, par. 36-46; *Bell Canada c. 7262591 Canada Ltd.*, 2018 CAF 174, par. 190-192 (CanLII), motifs concordants du juge Nadon, et par. 66 et 69-72, motifs dissidents du juge Rennie; *Garneau Community League c. Edmonton (City)*, 2017 ABCA 374, 60 Alta. L.R. (6th) 1, par. 91 et 93-95, motifs

2019 SCC 65 (CanLII)

Supplies Limited, 2019 NSCA 22, at paras. 250, 255-64 and 274-302 (CanLII), per Beveridge J.A., dissenting; *Atlantic Mining NS Corp. (D.D.V. Gold Limited) v. Oakley*, 2019 NSCA 14, at paras. 9-14 (CanLII). These critiques seize on the inconsistency inherent in a standard of review framework based on legislative intent that otherwise declines to give meaning to an express statutory right of appeal. This criticism observes that legislative choice is not one-dimensional; rather, it pulls in two directions. While a legislative choice to delegate to an administrative decision maker grounds a presumption of reasonableness on the one hand, a legislative choice to enact a statutory right of appeal signals an intention to ascribe an appellate role to reviewing courts on the other hand.

concordants du juge Slatter; *Nova Scotia (Attorney General) c. S&D Smith Central Supplies Limited*, 2019 NSCA 22, par. 250, 255-264 et 274-302 (CanLII), motifs dissidents du juge Beveridge; *Atlantic Mining NS Corp. (D.D.V. Gold Limited) c. Oakley*, 2019 NSCA 14, par. 9-14 (CanLII). Ces critiques insistent sur l'incohérence inhérente à un cadre d'analyse de la norme de contrôle fondé sur l'intention du législateur qui refuse par ailleurs de donner un sens à un droit d'appel conféré expressément par la loi. D'après ces critiques, le choix du législateur n'est pas unidimensionnel; il pointe plutôt vers deux directions opposées. Si, d'un côté, le choix du législateur de déléguer des pouvoirs à un décideur administratif fonde une présomption d'application de la norme de la décision raisonnable, de l'autre côté, son choix de créer dans la loi un droit d'appel manifeste une intention d'attribuer un rôle de tribunal d'appel aux cours de révision.

[40] This Court has in the past held that the existence of significant and valid judicial, academic and other criticism of its jurisprudence may justify reconsideration of a precedent: *Craig*, at para. 29; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683, at paras. 35-41. This consideration applies in the instant case. In particular, the suggestion that the recent treatment of statutory rights of appeal represents a departure from the conceptual basis underpinning the standard of review framework is itself a compelling reason to re-examine the current approach: *Khosa*, at para. 87, per Rothstein J., concurring in the result.

[40] Notre Cour a déjà jugé que l'existence d'importantes critiques valables, notamment judiciaires et doctrinales, peut justifier le réexamen d'un précédent : *Craig*, par. 29; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683, par. 35-41. Cette considération s'applique en l'espèce. Plus précisément, l'affirmation selon laquelle l'examen des droits d'appel conférés par la loi représente une rupture avec le fondement conceptuel qui sous-tend le cadre d'analyse de la norme de contrôle est en soi une raison convaincante de revoir l'approche actuelle : *Khosa*, par. 87, le juge Rothstein, motifs concordants quant au résultat.

[41] Second, there is no satisfactory justification for the recent trend in this Court's jurisprudence to give no effect to statutory rights of appeal in the standard of review analysis absent exceptional wording: see *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, at paras. 35-39. Indeed, this approach is itself a departure from earlier jurisprudence: the Hon. J. T. Robertson, "Judicial Deference to Administrative Tribunals: A Guide to 60 Years of Supreme Court Jurisprudence" (2014), 66 *S.C.L.R.* (2d) 1, at pp. 91-93. Under the former "pragmatic and functional" approach to determining the applicable standard of review, the existence of a privative clause or a statutory right of appeal was one of four contextual factors that a court would

[41] Ensuite, rien ne justifie de façon satisfaisante la tendance récente de notre Cour de ne pas tenir compte des droits d'appel conférés par la loi sauf en présence d'un libellé exceptionnel : voir *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, par. 35-39. En effet, la Cour rompt ainsi avec la jurisprudence antérieure : l'honorable J. T. Robertson, « Judicial Deference to Administrative Tribunals : A Guide to 60 Years of Supreme Court Jurisprudence » (2014), 66 *S.C.L.R.* (2d) 1, p. 91-93. Selon l'ancienne approche « pragmatique et fonctionnelle » adoptée pour déterminer la norme de contrôle applicable, l'existence d'une clause privative ou d'un droit d'appel prévu par la loi faisait partie des quatre facteurs contextuels

2019 SCC 65 (CanLII)

consider in order to determine the standard that the legislature intended to apply to a particular decision. Although a statutory appeal clause was not determinative, it was understood to be a key factor indicating that the legislature intended that a less deferential standard of review be applied: see, e.g., *Pezim*, at pp. 589-92; *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739, at paras. 28-31; *Southam*, at paras. 30-32, 46 and 54-55; *Pushpanathan*, at paras. 30-31; *Dr. Q*, at para. 27; *Mattel*, at paras. 26-27; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247, at paras. 21 and 27-29; *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, 2003 SCC 28, [2003] 1 S.C.R. 476, at para. 11; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152, at para. 7.

[42] The Court did indeed sometimes find that, even in a statutory appeal, a deferential standard of review was warranted for the legal findings of a decision maker that lay at the heart of the decision maker's expertise: see, e.g., *Pezim*. In other instances, however, the Court concluded that the existence of a statutory appeal mechanism and the fact that the decision maker did not have greater expertise than a court on the issue being considered indicated that correctness was the appropriate standard, including on matters involving the interpretation of the administrative decision maker's home statute: see, e.g., *Mattel*, at paras. 26-33; *Barrie Public Utilities*, at paras. 9-19; *Monsanto*, at paras. 6-16.

[43] Yet as, in *Dunsmuir*, *Alberta Teachers*, *Edmonton East* and subsequent cases, the standard of review analysis was simplified and shifted from a contextual analysis to an approach more focused on categories, statutory appeal mechanisms ceased to play a role in the analysis. Although this simplification of the standard of review analysis may have been a laudable change, it did not justify ceasing to give *any* effect to statutory appeal mechanisms. *Dunsmuir* itself provides little guidance on the rationale for this change. The majority in *Dunsmuir* was silent on the role of a statutory right of appeal in determining the standard of review, and did not refer to the prior treatment of statutory rights

dont la cour de justice tenait compte pour cerner la norme que le législateur entendait appliquer à une décision particulière. Quoiqu'elle ne constituait pas un facteur déterminant, la disposition législative créant le droit d'appel était considérée comme un facteur clé témoignant de l'intention du législateur que les cours de justice appliquent une norme de contrôle moins déférente : voir, p. ex., *Pezim*, p. 589-592; *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739, par. 28-31; *Southam*, par. 30-32, 46 et 54-55; *Pushpanathan*, par. 30-31; *Dr Q*, par. 27; *Mattel*, par. 26-27; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247, par. 21 et 27-29; *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, 2003 CSC 28, [2003] 1 R.C.S. 476, par. 11; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152, par. 7.

[42] La Cour a certes statué parfois que, même dans le cas d'un appel prévu par la loi, les conclusions juridiques qui touchent directement à l'expertise du décideur commandaient une norme de contrôle empreinte de déférence : voir, p. ex., *Pezim*. Cependant, dans d'autres cas, la Cour a conclu que l'existence d'un mécanisme d'appel prévu par la loi et le fait que le décideur n'avait pas une plus grande expertise que les cours à l'égard de la question étudiée indiquaient que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte, notamment en matière d'interprétation de la loi constitutive du décideur administratif : voir, p. ex., *Mattel*, par. 26-33; *Barrie Public Utilities*, par. 9-19; *Monsanto*, par. 6-16.

[43] Or, dans les arrêts *Dunsmuir*, *Alberta Teachers*, *Edmonton East* et la jurisprudence subséquente, où la Cour a simplifié l'analyse relative à la norme de contrôle pour passer d'une approche contextuelle à une approche davantage orientée vers des catégories, les mécanismes d'appel prévus par la loi ont cessé de jouer un rôle dans l'analyse. Bien qu'elle ait pu s'avérer louable, cette simplification de l'analyse relative à la norme de contrôle ne justifie pas que l'on cesse de donner *quelque* effet que ce soit aux mécanismes d'appel prévus par la loi. L'arrêt *Dunsmuir* lui-même donne peu d'indications sur la raison d'être de ce changement. Les juges majoritaires dans cet arrêt n'ont rien dit sur le rôle

2019 SCC 65 (CanLII)

of appeal under the pragmatic and functional approach.

[44] More generally, there is no convincing reason to presume that legislatures mean something entirely different when they use the word "appeal" in an administrative law statute than they do in, for example, a criminal or commercial law context. Accepting that the word "appeal" refers to the same type of procedure in all these contexts also accords with the presumption of consistent expression, according to which the legislature is presumed to use language such that the same words have the same meaning both within a statute and across statutes: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 217. Accepting that the legislature intends an appellate standard of review to be applied when it uses the word "appeal" also helps to explain why many statutes provide for *both* appeal and judicial review mechanisms in different contexts, thereby indicating two roles for reviewing courts: see, e.g., *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 27 and 28. This offers further support for giving effect to statutory rights of appeal. Our colleagues' suggestion that our position in this regard "hinges" on what they call a "textualist argument" (at para. 246) is inaccurate.

[45] That there is no principled rationale for ignoring statutory appeal mechanisms becomes obvious when the broader context of those mechanisms is considered. The existence of a limited right of appeal, such as a right of appeal on questions of law or a right of appeal with leave of a court, does not preclude a court from considering other aspects of a decision in a judicial review proceeding. However, if the same standards of review applied regardless of whether a question was covered by the appeal provision, and regardless of whether an individual subject to an administrative decision was granted leave to appeal or applied for judicial review, the appeal provision would be completely redundant — contrary to the well-established principle that the legislature

que joue le droit d'appel accordé par la loi dans la détermination de la norme de contrôle applicable et n'ont pas parlé du traitement réservé autrefois aux droits d'appel de cette nature par l'approche pragmatique et fonctionnelle.

[44] De façon plus générale, il n'y a aucune raison convaincante de présumer que le législateur voulait que le mot « appel » revête un sens tout à fait différent dans une loi à caractère administratif que, par exemple, dans un contexte du droit criminel ou commercial. Accepter que le mot « appel » porte sur le même type de procédure dans tous ces contextes s'accorde également avec la présomption d'uniformité d'expression, selon laquelle le législateur est présumé employer des mots de telle sorte que les mêmes termes ont le même sens, dans une même loi ainsi que d'une loi à l'autre : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6e éd. 2014), p. 217. Le fait de tenir pour acquis que le législateur entend par « appel » le recours à une norme de contrôle applicable en appel permet également d'expliquer pourquoi bon nombre de textes législatifs prévoient *à la fois* des mécanismes d'appel et de contrôle judiciaire dans différents contextes, conférant ainsi deux rôles possibles aux cours de révision : voir, p. ex., la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 27 et 28. Cela vient renforcer l'idée qu'il est nécessaire de donner effet aux droits d'appel conférés par la loi. La suggestion de nos collègues que notre position à cet égard « repose » sur ce qu'elles appellent un « argument textuel » (par. 246) est inexacte.

[45] L'examen du contexte général des mécanismes d'appel prévus par la loi fait ressortir l'absence de justification rationnelle au fait de ne pas tenir compte de ceux-ci. Ainsi, l'existence d'un droit d'appel circonscrit, par exemple sur des questions de droit ou sur autorisation judiciaire, ne fait pas obstacle à l'examen d'autres éléments de la décision par voie de contrôle judiciaire. Par contre, si les mêmes normes de contrôle s'appliquaient, que la question en cause soit visée ou non par le droit d'appel ou que la personne faisant l'objet de la décision administrative ait obtenu ou non l'autorisation d'interjeter appel ou ait présenté ou non une demande de contrôle judiciaire, la disposition créant le droit d'appel serait alors tout à fait redondante. Or, cela serait contraire

2019 SCC 65 (CanLII)

does not speak in vain: *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831, at p. 838.

[46] Finally, and most crucially, the appeals now before the Court have allowed for a comprehensive and considered examination of the standard of review analysis with the goal of remedying the conceptual and practical difficulties that have made this area of the law challenging for litigants and courts alike. To achieve this goal, the revised framework must, for at least two reasons, give effect to statutory appeal mechanisms. The first reason is conceptual. In the past, this Court has looked past an appeal clause primarily when the decision maker possessed greater relative expertise — what it called the "specialization of duties" principle in *Pezim*, at p. 591. But, as discussed above, the presumption of reasonableness review is no longer premised upon notions of relative expertise. Instead, it is now based on respect for the legislature's institutional design choice, according to which the authority to make a decision is vested in an administrative decision maker rather than in a court. It would be inconsistent with this conceptual basis for the presumption of reasonableness review to disregard clear indications that the legislature has intentionally chosen a more involved role for the courts. Just as recognizing a presumption of reasonableness review on all questions respects a legislature's choice to leave some matters first and foremost to an administrative decision maker, departing from that blanket presumption in the context of a statutory appeal respects the legislature's choice of a more involved role for the courts in supervising administrative decision making.

[47] The second reason is that, building on developments in the case law over the past several years, this decision conclusively closes the door on the application of a contextual analysis to determine

au principe bien établi voulant que le législateur ne parle pas pour ne rien dire : *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831, p. 838.

[46] Enfin, et ceci est déterminant, les pourvois dont la Cour est saisie ont permis de procéder à un examen exhaustif et fouillé de l'analyse relative à la norme de contrôle afin de remédier aux difficultés conceptuelles et pratiques qui contribuent à rendre ce domaine du droit éprouvant tant pour les justiciables que pour les cours de justice. Pour atteindre cet objectif, le cadre d'analyse révisé doit permettre l'application des mécanismes d'appel prévus par la loi, et ce, pour au moins deux raisons. La première est d'ordre conceptuel. Dans le passé, notre Cour a fait abstraction d'une disposition créant un droit d'appel notamment dans le cas où le décideur possède une expertise relative supérieure — ce que la Cour a appelé le principe de la « spécialisation des fonctions » dans *Pezim*, p. 591. Or, comme nous l'avons mentionné, la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable en cas de contrôle judiciaire n'est plus fondée sur la notion d'expertise relative. Elle repose plutôt maintenant sur le respect du choix d'organisation institutionnelle de la part du législateur qui a préféré confier le pouvoir décisionnel à un décideur administratif plutôt qu'à une cour de justice. Il serait incompatible avec ce fondement conceptuel de la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable de faire fi d'indications claires que le législateur a délibérément voulu conférer un rôle plus actif aux cours de justice. Tout comme le fait de reconnaître la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable à toutes les questions respecte la volonté du législateur de s'en remettre d'abord et avant tout à un décideur administratif pour certaines choses, la dérogation à cette présomption générale dans le cas d'un appel prévu par la loi respecte la volonté du législateur de conférer un rôle plus actif aux cours de justice dans la supervision du processus décisionnel administratif.

[47] La deuxième raison tient à ceci. Tenant compte de l'évolution de la jurisprudence au cours des dernières années, les présents motifs ferment de manière définitive la porte au recours à l'analyse contextuelle

2019 SCC 65 (CanLII)

the applicable standard, and in doing so streamlines and simplifies the standard of review framework. With the elimination of the contextual approach to selecting the standard of review, the need for statutory rights of appeal to play a role becomes clearer. Eliminating the contextual approach means that statutory rights of appeal must now either play no role in administrative law or be accepted as directing a departure from the default position of reasonableness review. The latter must prevail.

[48] Our colleagues agree that the time has come to put the contextual approach espoused in *Dunsmuir* to rest and adopt a presumption of reasonableness review. We part company on the extent to which the departure from the contextual approach requires corresponding modifications to other aspects of the standard of review jurisprudence. We consider that the elimination of the contextual approach represents an incremental yet important adjustment to Canada's judicial review roots. While it is true that this Court has, in the past several years of jurisprudential development, warned that the contextual approach should be applied "sparingly" (*CHRC*, at para. 46), it is incorrect to suggest that our jurisprudence was such that the elimination of the contextual analysis was "all but complete": reasons of Abella and Karakatsanis JJ., at para. 277; see, in this regard, *CHRC*, at paras. 44-54; *Saguenay*, at para. 46; *Tervita*, at para. 35; *McLean*, at para. 22; *Edmonton East*, at para. 32; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at para. 15. The contextual analysis was one part of the broader standard of review framework set out in *Dunsmuir*. A departure from this aspect of the *Dunsmuir* framework requires a principled rebalancing of the framework as a whole in order to maintain the equilibrium between the roles of administrative decision makers and reviewing courts that is fundamental to administrative law.

pour déterminer la norme de contrôle applicable, et ce, afin d'alléger et de simplifier le cadre d'analyse applicable à la norme de contrôle. Devant cette mise à l'écart de l'approche contextuelle dans le choix de la norme de contrôle applicable, il devient nécessaire que les droits d'appel prévus par la loi jouent le rôle qui est le leur. L'élimination de l'approche contextuelle fait en sorte que les droits d'appel accordés par la loi doivent maintenant soit ne jouer aucun rôle en droit administratif, soit être reconnus comme indiquant une dérogation à l'application par défaut de la norme de la décision raisonnable. La seconde thèse doit prévaloir.

[48] Nos collègues reconnaissent que le temps est venu d'en finir avec l'approche contextuelle énoncée dans l'arrêt *Dunsmuir* et d'adopter une présomption d'application de la norme de la décision raisonnable. Nous divergeons d'opinion sur la mesure dans laquelle cette rupture avec l'approche contextuelle requiert des modifications correspondantes à d'autres aspects de la jurisprudence en matière de norme de contrôle. Nous considérons que l'élimination de l'approche contextuelle constitue un ajustement progressif mais important aux fondements du contrôle judiciaire canadien. S'il est vrai que la jurisprudence de notre Cour a, au cours des dernières années, précisé que l'approche contextuelle devrait être appliquée « avec parcimonie » (*CCDP*, par. 46), il est inexact de soutenir que l'état de notre jurisprudence est tel que l'élimination de l'analyse contextuelle était « pratiquement achevée » : motifs des juges Abella et Karakatsanis, par. 277; voir, à ce sujet, *CCDP*, par. 44-54; *Saguenay*, par. 46; *Tervita*, par. 35; *McLean*, par. 22; *Edmonton East*, par. 32; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 15. L'analyse contextuelle forme un volet du cadre d'analyse général de la norme de contrôle établi dans l'arrêt *Dunsmuir*. Une rupture avec cet aspect du cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt *Dunsmuir* exige un rééquilibrage réfléchi du cadre d'analyse dans son ensemble afin de maintenir l'équilibre, fondamental en droit administratif, entre les rôles des décideurs administratifs et ceux des cours de révision.

2019 SCC 65 (CanLII)

[49] In our view, with the starting position of this presumption of reasonableness review, and in the absence of a searching contextual analysis, legislative intent can only be given effect in this framework if statutory appeal mechanisms, as clear signals of legislative intent with respect to the applicable standard of review, are given effect through the application of appellate standards by reviewing courts. Conversely, in such a framework that is based on a presumption of reasonableness review, contextual factors that courts once looked to as signalling deferential review, such as privative clauses, serve no independent or additional function in identifying the standard of review.

[49] À notre avis, vu le point de départ qui repose sur cette présomption d'application de la norme de la décision raisonnable, et en l'absence d'une analyse contextuelle, le présent cadre d'analyse se doit de donner effet à l'intention du législateur en matière de mécanismes d'appel prévus par la loi. Il s'agit là d'indications claires de la volonté du législateur sur la norme de contrôle applicable, lesquelles imposent aux cours de révision d'appliquer les normes d'intervention qui prévalent en appel. À l'inverse, dans un tel cadre d'analyse qui repose sur la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable, les facteurs contextuels que les cours de justice voyaient autrefois comme des signes militant en faveur d'un contrôle empreint de déférence, telles les clauses privatives, ne remplissent dorénavant aucune fonction indépendante ou supplémentaire dans la détermination de la norme de contrôle applicable.

[50] We wish, at this juncture, to make three points regarding how the presence of a statutory appeal mechanism should inform the choice of standard analysis. First, we note that statutory regimes that provide for parties to appeal to a court from an administrative decision may allow them to do so in all cases (that is, as of right) or only with leave of the court. While the existence of a leave requirement will affect whether a court will hear an appeal from a particular decision, it does not affect the standard to be applied if leave is given and the appeal is heard.

[50] Nous apportons ici trois précisions sur le rôle que joue le mécanisme d'appel prévu par la loi dans le choix de la norme de contrôle applicable. Premièrement, nous soulignons que les régimes législatifs peuvent accorder aux parties le droit de porter en appel une décision administrative devant une cour de justice en tout temps (c'est-à-dire, de plein droit) ou sur autorisation. Si l'obligation d'obtenir une autorisation détermine si un appel à l'encontre d'une décision sera instruit, elle n'a aucun impact sur la norme qui prévaut en appel une fois l'autorisation accordée.

[51] Second, we note that not all legislative provisions that contemplate a court reviewing an administrative decision actually provide a right of appeal. Some provisions simply recognize that all administrative decisions are subject to judicial review and address procedural or other similar aspects of judicial review in a particular context. Since these provisions do not give courts an appellate function, they do not authorize the application of appellate standards. Some examples of such provisions are ss. 18 to 18.2, 18.4 and 28 of the *Federal Courts Act*, which confer jurisdiction on the Federal Court and the Federal Court of Appeal to hear and determine applications for judicial review of decisions of federal bodies and grant remedies, and also address procedural aspects of such applications: see *Khosa*, at para. 34. Another example is the current version of s. 470 of

[51] Deuxièmement, nous rappelons que ce ne sont pas toutes les dispositions législatives envisageant la possibilité qu'une cour de justice puisse contrôler une décision administrative qui confèrent dans les faits un droit d'appel. Certaines dispositions reconnaissent simplement que toute décision administrative est susceptible de contrôle judiciaire et traitent de questions de procédure ou d'autres éléments semblables du contrôle judiciaire applicable dans un contexte particulier. Comme elles n'attribuent pas de fonction d'appel aux cours de justice, ces dispositions ne permettent pas de recourir aux normes d'intervention applicables en appel. Parmi ces dispositions figurent les art. 18 à 18.2, 18.4 et 28 de la *Loi sur les Cours fédérales* qui donnent à la Cour fédérale et à la Cour d'appel fédérale compétence pour connaître des demandes de contrôle

2019 SCC 65 (CanLII)

Alberta's *Municipal Government Act*, R.S.A. 2000, c. M-26, which does not provide for an appeal to a court, but addresses procedural considerations and consequences that apply "[w]here a decision of an assessment review board is the subject of an application for judicial review": s. 470(1).

[52] Third, we would note that statutory appeal rights are often circumscribed, as their scope might be limited with reference to the types of questions on which a party may appeal (where, for example, appeals are limited to questions of law) or the types of decisions that may be appealed (where, for example, not every decision of an administrative decision maker may be appealed to a court), or to the party or parties that may bring an appeal. However, the existence of a circumscribed right of appeal in a statutory scheme does not on its own preclude applications for judicial review of decisions, or of aspects of decisions, to which the appeal mechanism does not apply, or by individuals who have no right of appeal. But any such application for judicial review is distinct from an appeal, and the presumption of reasonableness review that applies on judicial review cannot then be rebutted by reference to the statutory appeal mechanism.

C. *The Applicable Standard Is Correctness Where Required by the Rule of Law*

[53] In our view, respect for the rule of law requires courts to apply the standard of correctness for certain types of legal questions: constitutional questions, general questions of law of central importance to the legal system as a whole and questions regarding the jurisdictional boundaries between two or more administrative bodies. The application of the correctness standard for such questions respects the unique role of the judiciary in interpreting the Constitution

judiciaire visant des offices fédéraux, accorder réparation le cas échéant et se prononcer sur les aspects procéduraux de ces demandes : voir *Khosa*, par. 34. Un autre exemple est celui de l'art. 470, dans sa version actuelle, de la *Municipal Government Act*, R.S.A. 2000, c. M-26, de l'Alberta, qui ne prévoit pas de droit d'appel devant une cour de justice, mais porte plutôt sur des considérations et des conséquences procédurales [TRADUCTION] « [d]ans le cas où la décision d'un comité de révision des évaluations fait l'objet d'une demande de contrôle judiciaire » : par. 470(1).

[52] Troisièmement, nous soulignons que les droits d'appel conférés par la loi sont souvent circonscrits : leur portée peut être restreinte en fonction des types de questions sur lesquelles une partie peut interjeter appel (par exemple, lorsque le droit d'appel ne vise que des questions de droit), ou en fonction du type de décision susceptible d'être portée en appel (lorsque, par exemple, certaines décisions d'un décideur administratif sont sans appel devant une cour de justice), ou bien en fonction de la partie ou des parties qui peuvent porter la cause en appel. La présence d'un droit d'appel circonscrit dans le cadre d'un régime législatif ne fait pas obstacle en soi aux demandes de contrôle judiciaire visant des décisions ou des questions qui ne sont pas visées par le mécanisme d'appel, ni aux recours intentés par des personnes qui n'ont aucun droit d'appel. Dans de tels cas, ce contrôle judiciaire diffère toutefois d'un appel, et la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable lors du contrôle judiciaire ne sera pas réfutée en invoquant le mécanisme d'appel autrement prévu par la loi.

C. *La norme de la décision correcte s'impose lorsque la primauté du droit l'exige*

[53] À notre avis, le respect de la primauté du droit exige que les cours de justice appliquent la norme de la décision correcte à l'égard de certains types de questions de droit : les questions constitutionnelles, les questions de droit générales d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, et les questions liées aux délimitations des compétences respectives d'organismes administratifs. L'application de la norme de la décision

2019 SCC 65 (CanLII)

and ensures that courts are able to provide the last word on questions for which the rule of law requires consistency and for which a final and determinate answer is necessary: *Dunsmuir*, at para. 58.

[54] When applying the correctness standard, the reviewing court may choose either to uphold the administrative decision maker's determination or to substitute its own view: *Dunsmuir*, at para. 50. While it should take the administrative decision maker's reasoning into account — and indeed, it may find that reasoning persuasive and adopt it — the reviewing court is ultimately empowered to come to its own conclusions on the question.

(1) Constitutional Questions

[55] Questions regarding the division of powers between Parliament and the provinces, the relationship between the legislature and the other branches of the state, the scope of Aboriginal and treaty rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, and other constitutional matters require a final and determinate answer from the courts. Therefore, the standard of correctness must continue to be applied in reviewing such questions: *Dunsmuir*, at para. 58; *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322.

[56] The Constitution — both written and unwritten — dictates the limits of all state action. Legislatures and administrative decision makers are bound by the Constitution and must comply with it. A legislature cannot alter the scope of its own constitutional powers through statute. Nor can it alter the constitutional limits of executive power by delegating authority to an administrative body. In other words, although a legislature may choose what powers it delegates to an administrative body, it cannot delegate powers that it does not constitutionally have. The constitutional authority to act must have determinate, defined and consistent limits, which necessitates the application of the correctness standard.

correcte à l'égard de ces questions s'accorde avec le rôle unique du pouvoir judiciaire dans l'interprétation de la Constitution, et fait en sorte que les cours de justice ont le dernier mot sur des questions à l'égard desquelles la primauté du droit exige une cohérence et une réponse décisive et définitive s'impose : *Dunsmuir*, par. 58.

[54] La cour de révision qui applique la norme de la décision correcte peut choisir de confirmer la conclusion du décideur administratif ou de lui substituer sa propre conclusion : *Dunsmuir*, par. 50. S'il est opportun que la cour de révision tienne compte du raisonnement du décideur administratif — et puisse en fait le trouver convaincant et le faire sien — elle est en fin de compte habilitée à tirer ses propres conclusions sur la question en litige.

(1) Les questions constitutionnelles

[55] L'examen des questions touchant au partage des compétences entre le Parlement et les provinces, au rapport entre le législateur et les autres organes de l'État, à la portée des droits ancestraux et droits issus de traités reconnus à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et à d'autres questions de droit constitutionnel nécessite une réponse décisive et définitive des cours de justice. Il faut donc continuer d'appliquer la norme de la décision correcte au moment d'examiner les questions de cette nature : *Dunsmuir*, par. 58; *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322.

[56] La Constitution tant écrite que non écrite circonscrit l'ensemble des mesures prises par l'État. Les législateurs et les décideurs administratifs sont tenus de respecter la Constitution. Un législateur ne saurait modifier la portée de ses propres pouvoirs constitutionnels par voie législative. Il ne saurait non plus modifier les limites constitutionnelles de ses pouvoirs exécutifs en déléguant ceux-ci à un organe administratif. En d'autres termes, si un législateur peut choisir les pouvoirs à déléguer à un organisme administratif, il ne peut déléguer des pouvoirs dont la Constitution ne l'investit pas. Le pouvoir constitutionnel d'agir doit comporter des limites définies et uniformes, ce qui commande l'application de la norme de la décision correcte.

2019 SCC 65 (CanLII)

[57] Although the *amici* questioned the approach to the standard of review set out in *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, a reconsideration of that approach is not germane to the issues in this appeal. However, it is important to draw a distinction between cases in which it is alleged that the effect of the administrative decision being reviewed is to unjustifiably limit rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (as was the case in *Doré*) and those in which the issue on review is whether a provision of the decision maker's enabling statute violates the *Charter* (see, e.g., *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at para. 65). Our jurisprudence holds that an administrative decision maker's interpretation of the latter issue should be reviewed for correctness, and that jurisprudence is not displaced by these reasons.

(2) General Questions of Law of Central Importance to the Legal System as a Whole

[58] In *Dunsmuir*, a majority of the Court held that, in addition to constitutional questions, general questions of law which are "both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise" will require the application of the correctness standard: para. 60, citing *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, at para. 62, per LeBel J., concurring. We remain of the view that the rule of law requires courts to have the final word with regard to general questions of law that are "of central importance to the legal system as a whole". However, a return to first principles reveals that it is not necessary to evaluate the decision maker's specialized expertise in order to determine whether the correctness standard must be applied in cases involving such questions. As indicated above (at para. 31) of the reasons, the consideration of expertise is folded into the new starting point adopted in these reasons, namely the presumption of reasonableness review.

[57] Bien que des *amici curiae* aient remis en question la méthode de détermination de la norme de contrôle établie dans l'arrêt *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, le présent pourvoi ne nécessite pas que nous nous y attardions. Il importe par contre d'établir une distinction entre les cas où il est allégué que la décision administrative sous examen a pour effet de restreindre de façon injustifiable les droits consacrés par la *Charte canadienne des droits et libertés* (comme dans l'arrêt *Doré*) et les cas où le contrôle judiciaire porte sur la question de savoir si l'une des dispositions de la loi habilitante de l'organisme décisionnel viole la *Charte* (voir, p. ex., *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 65). Suivant la jurisprudence de notre Cour, l'interprétation d'un décideur administratif sur ce dernier point doit être contrôlée selon la norme de la décision correcte. Les présents motifs n'ont pas pour effet d'écarter cette jurisprudence.

(2) Les questions de droit générales d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble

[58] Outre les questions constitutionnelles, la Cour a reconnu à la majorité dans l'arrêt *Dunsmuir* qu'une question de droit générale « à la fois, d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre » commande l'application de la norme de la décision correcte : par. 60, citant *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, par. 62, motifs concordants du juge LeBel. Nous demeurons d'avis que la primauté du droit exige que les cours de justice tranchent de manière définitive les questions de droit générales qui sont « d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble ». Toutefois, au regard des principes qui sous-tendent de telles questions, il n'est pas nécessaire d'examiner l'expertise spécialisée du décideur pour déterminer s'il faut appliquer la norme de la décision correcte en pareils cas. Comme l'indique le par. 31 des présents motifs, la prise en compte de l'expertise est incorporée au nouveau point de départ adopté dans les présents motifs, à savoir la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable.

2019 SCC 65 (CanLII)

[59] As the majority of the Court recognized in *Dunsmuir*, the key underlying rationale for this category of questions is the reality that certain general questions of law "require uniform and consistent answers" as a result of "their impact on the administration of justice as a whole": *Dunsmuir*, at para. 60. In these cases, correctness review is necessary to resolve general questions of law that are of "fundamental importance and broad applicability", with significant legal consequences for the justice system as a whole or for other institutions of government: see *Toronto (City)*, at para. 70; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary*, 2016 SCC 53, [2016] 2 S.C.R. 555, at para. 20; *Canadian National Railway*, at para. 60; *Chagnon v. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 SCC 39, [2018] 2 S.C.R. 687, at para. 17; *Saguenay*, at para. 51; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 ("*Mowat*"), at para. 22; *Commission scolaire de Laval v. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 SCC 8, [2016] 1 S.C.R. 29, at para. 38. For example, the question in *University of Calgary* could not be resolved by applying the reasonableness standard, because the decision would have had legal implications for a wide variety of other statutes and because the uniform protection of solicitor-client privilege — at issue in that case — is necessary for the proper functioning of the justice system: *University of Calgary*, at paras. 19-26. As this shows, the resolution of general questions of law "of central importance to the legal system as a whole" has implications beyond the decision at hand, hence the need for "uniform and consistent answers".

[59] Comme les juges majoritaires de la Cour l'ont reconnu dans l'arrêt *Dunsmuir*, la principale raison d'être de cette catégorie de questions est la nécessité de trancher certaines questions de droit générales « de manière uniforme et cohérente étant donné [leurs] répercussions sur l'administration de la justice dans son ensemble » : *Dunsmuir*, par. 60. Dans ces cas, la norme de contrôle de la décision correcte s'impose à l'égard des questions de droit générales qui sont « d'une importance fondamentale, de grande portée » et susceptibles d'avoir des répercussions juridiques significatives sur le système de justice dans son ensemble ou sur d'autres institutions gouvernementales : voir *Toronto (Ville)*, par. 70; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555, par. 20; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, par. 60; *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39, [2018] 2 R.C.S. 687, par. 17; *Saguenay*, par. 51; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (« *Mowat* »), par. 22; *Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 CSC 8, [2016] 1 R.C.S. 29, par. 38. Par exemple, la question soulevée dans *University of Calgary* ne pouvait pas être tranchée par application de la norme de la décision raisonnable en raison des conséquences juridiques de la décision sur une vaste gamme d'autres régimes législatifs et en raison de la nécessité d'une protection uniforme du secret professionnel de l'avocat — en cause dans cette affaire — pour le bon fonctionnement du système de justice : *University of Calgary*, par. 19-26. Ainsi que le montre cette jurisprudence, résoudre des questions de droit générales « d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble » a des répercussions qui transcendent la décision en cause, d'où le besoin de « réponses uniformes et cohérentes ».

[60] This Court's jurisprudence continues to provide important guidance regarding what constitutes a general question of law of central importance to the legal system as a whole. For example, the following general questions of law have been held to be of central importance to the legal system as a whole: when an administrative proceeding will be barred by the doctrines of *res judicata* and abuse of

[60] La jurisprudence de notre Cour continue de fournir des indications importantes sur ce qui constitue une question de droit générale d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble. Par exemple, on a jugé que les questions de droit générales suivantes sont d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble : lorsqu'une procédure administrative est prescrite par

2019 SCC 65 (CanLII)

process (*Toronto (City)*, at para. 15); the scope of the state's duty of religious neutrality (*Saguenay*, at para. 49); the appropriateness of limits on solicitor-client privilege (*University of Calgary*, at para. 20); and the scope of parliamentary privilege (*Chagnon*, at para. 17). We caution, however, that this jurisprudence must be read carefully, given that expertise is no longer a consideration in identifying such questions: see, e.g., *CHRC*, at para. 43.

[61] We would stress that the mere fact that a dispute is "of wider public concern" is not sufficient for a question to fall into this category — nor is the fact that the question, when framed in a general or abstract sense, touches on an important issue: see, e.g., *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458, at para. 66; *McLean*, at para. 28; *Barreau du Québec v. Quebec (Attorney General)*, 2017 SCC 56, [2017] 2 S.C.R. 488, at para. 18. The case law reveals many examples of questions this Court has concluded are *not* general questions of law of central importance to the legal system as a whole. These include whether a certain tribunal can grant a particular type of compensation (*Mowat*, at para. 25); when estoppel may be applied as an arbitral remedy (*Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, at paras. 37-38); the interpretation of a statutory provision prescribing timelines for an investigation (*Alberta Teachers*, at para. 32); the scope of a management rights clause in a collective agreement (*Irving Pulp & Paper*, at paras. 7, 15-16 and 66, per Rothstein and Moldaver JJ., dissenting but not on this point); whether a limitation period had been triggered under securities legislation (*McLean*, at paras. 28-31); whether a party to a confidential contract could bring a complaint under a particular regulatory regime (*Canadian National Railway*, at para. 60); and the scope of an exception allowing non-advocates to represent a minister in certain proceedings (*Barreau du Québec*, at paras. 17-18). As these comments and examples indicate, this does not mean that simply because expertise no longer

l'application des doctrines de l'autorité de la chose jugée et de l'abus de procédure (*Toronto (Ville)*, par. 15); la portée de l'obligation de neutralité religieuse de l'État (*Saguenay*, par. 49); le bien-fondé des limites du secret professionnel de l'avocat (*University of Calgary*, par. 20); et la portée du privilège parlementaire (*Chagnon*, par. 17). Il importe par contre de préciser qu'il y a lieu d'interpréter avec prudence ces décisions, puisque l'expertise perd dorénavant sa pertinence lorsqu'il s'agit d'identifier les questions appartenant à cette catégorie : voir, p. ex., *CCDP*, par. 43.

[61] Nous tenons à préciser que le simple fait qu'un conflit puisse être « d'intérêt public général » ne suffit pas pour qu'une question entre dans cette catégorie — pas plus que ne l'est le fait qu'une question formulée dans un sens général ou abstrait porte sur un enjeu important : voir, p. ex., *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458, par. 66; *McLean*, par. 28; *Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2017 CSC 56, [2017] 2 R.C.S. 488, par. 18. La jurisprudence renferme de nombreux exemples de questions que notre Cour *n'*a *pas* considérées comme étant des questions de droit générales d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble. Mentionnons, entre autres, la question de savoir si un certain tribunal administratif peut accorder ou non un type particulier d'indemnité (*Mowat*, par. 25); les cas dans lesquels un arbitre peut appliquer une préclusion à titre de réparation (*Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, par. 37-38); l'interprétation d'une disposition législative prescrivant le délai pour mener à terme une enquête (*Alberta Teachers*, par. 32); la portée des droits de la direction prévus dans une convention collective (*Pâtes & Papier Irving*, par. 7, 15-16 et 66, les juges Rothstein et Moldaver, dissidents mais non sur ce point); l'application d'un délai de prescription en vertu d'une loi portant sur les valeurs mobilières (*McLean*, par. 28-31); la possibilité pour une partie à un contrat confidentiel de porter plainte sous un régime particulier de réglementation (*Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, par. 60); et la portée d'une exception permettant aux non-avocats

2019 SCC 65 (CanLII)

plays a role in the selection of the standard of review, questions of central importance are now transformed into a broad catch-all category for correctness review.

[62] In short, general questions of law of central importance to the legal system as a whole require a single determinate answer. In cases involving such questions, the rule of law requires courts to provide a greater degree of legal certainty than reasonableness review allows.

(3) Questions Regarding the Jurisdictional Boundaries Between Two or More Administrative Bodies

[63] Finally, the rule of law requires that the correctness standard be applied in order to resolve questions regarding the jurisdictional boundaries between two or more administrative bodies: *Dunsmuir*, at para. 61. One such question arose in *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, 2000 SCC 14, [2000] 1 S.C.R. 360, in which the issue was the jurisdiction of a labour arbitrator to consider matters of police discipline and dismissal that were otherwise subject to a comprehensive legislative regime. Similarly, in *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, 2004 SCC 39, [2004] 2 S.C.R. 185, the Court considered a jurisdictional dispute between a labour arbitrator and the Quebec Human Rights Tribunal.

[64] Administrative decisions are rarely contested on this basis. Where they are, however, the rule of law requires courts to intervene where one administrative body has interpreted the scope of its authority in a manner that is incompatible with the jurisdiction of another. The rationale for this category of questions is simple: the rule of law cannot tolerate conflicting orders and proceedings where they result in a

de représenter un ministre dans certaines instances (*Barreau du Québec*, par. 17-18). Comme ces commentaires l'indiquent et ces exemples le montrent, le simple fait que l'expertise n'occupe plus de place dans la sélection de la norme de contrôle ne veut pas dire que les questions d'importance capitale forment désormais une vaste catégorie fourre-tout à laquelle s'applique la norme de la décision correcte.

[62] En somme, les questions de droit générales d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble exigent une réponse unique et définitive. Lorsque ces questions se posent, la primauté du droit requiert que les cours de justice apportent un niveau de certitude juridique qui soit supérieur à celui que permet le contrôle en fonction de la norme de la décision raisonnable.

(3) Les questions liées aux délimitations des compétences respectives d'organismes administratifs

[63] Enfin, la primauté du droit veut que la norme de la décision correcte s'applique à la délimitation des compétences respectives d'organismes administratifs : *Dunsmuir*, par. 61. Une telle question s'est posée dans l'arrêt *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, 2000 CSC 14, [2000] 1 R.C.S. 360, où le débat portait sur la compétence d'un arbitre en matière de relations de travail pour statuer sur des questions de discipline et de renvoi de policiers qui étaient par ailleurs régies par un régime législatif complet. De même, dans l'arrêt *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, 2004 CSC 39, [2004] 2 R.C.S. 185, la Cour était saisie d'un conflit de compétence entre un arbitre en droit du travail et le Tribunal des droits de la personne du Québec.

[64] Il est rare que les décisions administratives soient contestées pour ce motif. Le cas échéant, toutefois, la primauté du droit commande l'intervention des cours de justice lorsqu'un organisme administratif interprète l'étendue de ses pouvoirs d'une manière qui est incompatible avec la compétence d'un autre organisme administratif. La raison d'être de cette catégorie de questions est simple : la primauté

2019 SCC 65 (CanLII)

true operational conflict between two administrative bodies, pulling a party in two different and incompatible directions: see *British Columbia Telephone Co.*, at para. 80, per McLachlin J. (as she then was), concurring. Members of the public must know where to turn in order to resolve a dispute. As with general questions of law of central importance to the legal system as a whole, the application of the correctness standard in these cases safeguards predictability, finality and certainty in the law of administrative decision making.

D. *A Note Regarding Jurisdictional Questions*

[65] We would cease to recognize jurisdictional questions as a distinct category attracting correctness review. The majority in *Dunsmuir* held that it was "without question" (para. 50) that the correctness standard must be applied in reviewing jurisdictional questions (also referred to as true questions of jurisdiction or *vires*). True questions of jurisdiction were said to arise "where the tribunal must explicitly determine whether its statutory grant of power gives it the authority to decide a particular matter": see *Dunsmuir*, at para. 59; *Quebec (Attorney General) v. Guérin*, 2017 SCC 42, [2017] 2 S.C.R. 3, at para. 32. Since *Dunsmuir*, however, majorities of this Court have questioned the necessity of this category, struggled to articulate its scope and "expressed serious reservations about whether such questions can be distinguished as a separate category of questions of law": *McLean*, at para. 25, referring to *Alberta Teachers*, at para. 34; *Edmonton East*, at para. 26; *Guérin*, at paras. 32-36; *CHRC*, at paras. 31-41.

[66] As Gascon J. noted in *CHRC*, the concept of "jurisdiction" in the administrative law context is inherently "slippery": para. 38. This is because, in theory, any challenge to an administrative decision can be characterized as "jurisdictional" in the sense that it calls into question whether the decision maker had the authority to act as it did: see *CHRC*,

du droit ne saurait tolérer des ordonnances et des procédures qui entraînent un véritable conflit opérationnel entre deux organismes administratifs, de sorte qu'une partie se retrouve aux prises avec deux décisions contradictoires : voir *British Columbia Telephone Co.*, par. 80, motifs concordants de la juge McLachlin (plus tard juge en chef). Les membres du public doivent savoir à qui s'adresser en vue de régler un litige. À l'instar des questions de droit générales d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, l'application de la norme de la décision correcte s'impose dans ces cas par souci de prévisibilité, de certitude et de caractère définitif du processus décisionnel en droit administratif.

D. *Un mot sur les questions de compétence*

[65] Nous sommes d'avis de mettre fin à la reconnaissance des questions de compétence comme une catégorie distincte devant faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte. Selon la majorité dans l'arrêt *Dunsmuir*, il ne faisait « aucun doute » (par. 50) que les questions liées à la compétence (ou les questions touchant véritablement à la compétence) devaient être examinées selon la norme de la décision correcte. Une véritable question de compétence se posait « lorsque le tribunal administratif [devait] déterminer expressément si les pouvoirs dont le législateur l'a investi l'autoris[ai]ent à trancher une question » : voir *Dunsmuir*, par. 59; *Québec (Procureure générale) c. Guérin*, 2017 CSC 42, [2017] 2 R.C.S. 3, par. 32. Or, depuis l'arrêt *Dunsmuir*, des opinions des juges majoritaires de la Cour ont mis en doute la pertinence de cette catégorie, ont peiné à en définir la portée et ont affirmé « douter sérieusement que la question appartienne à une catégorie distincte de questions de droit » : *McLean*, par. 25, renvoyant à *Alberta Teachers*, par. 34; *Edmonton East*, par. 26; *Guérin*, par. 32-36; *CCDP*, par. 31-41.

[66] Comme l'a fait remarquer le juge Gascon dans l'arrêt *CCDP*, la « compétence » en droit administratif est, de par sa nature même, un concept « aux contours flous » : par. 38. Il en est ainsi, parce que, en théorie, toute contestation d'une décision administrative peut être qualifiée de question qui « touche à la compétence », en ce sens qu'elle sème un doute à

2019 SCC 65 (CanLII)

at para. 38; *Alberta Teachers*, at para. 34; see similarly *City of Arlington, Texas v. Federal Communications Commission*, 569 U.S. 290 (2013), at p. 299. Although this Court's jurisprudence contemplates that only a much narrower class of "truly" jurisdictional questions requires correctness review, it has observed that there are no "clear markers" to distinguish such questions from other questions related to the interpretation of an administrative decision maker's enabling statute: see *CHRC*, at para. 38. Despite differing views on whether it is possible to demarcate a class of "truly" jurisdictional questions, there is general agreement that "it is often difficult to distinguish between exercises of delegated power that raise truly jurisdictional questions from those entailing an unremarkable application of an enabling statute": *CHRC*, at para. 111, per Brown J., concurring. This tension is perhaps clearest in cases where the legislature has delegated broad authority to an administrative decision maker that allows the latter to make regulations in pursuit of the objects of its enabling statute: see, e.g., *Green v. Law Society of Manitoba*, 2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360; *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635.

[67] In *CHRC*, the majority, while noting this inherent difficulty — and the negative impact on litigants of the resulting uncertainty in the law — nonetheless left the question of whether the category of true questions of jurisdiction remains necessary to be determined in a later case. After hearing submissions on this issue and having an adequate opportunity for reflection on this point, we are now in a position to conclude that it is not necessary to maintain this category of correctness review. The arguments that support maintaining this category — in particular the concern that a delegated decision maker should not be free to determine the scope of its own authority — can be addressed adequately by applying the framework for conducting reasonableness review that we describe below. Reasonableness review is both robust and responsive to context. A proper application of the reasonableness standard will enable courts to fulfill

savoir si le décideur était habilité à agir comme il l'a fait : voir *CCDP*, par. 38; *Alberta Teachers*, par. 34; voir également *City of Arlington, Texas c. Federal Communications Commission*, 569 U.S. 290 (2013), p. 299. Si notre Cour indique dans sa jurisprudence que seule une catégorie beaucoup plus circonscrite de questions touchant « véritablement » à la compétence appelle la norme de la décision correcte, elle fait aussi remarquer qu'il n'existe aucune « balise claire » qui permet de distinguer ces questions de celles touchant à l'interprétation de sa loi habilitante par un décideur administratif : voir *CCDP*, par. 38. Malgré les opinions divergentes sur la possibilité de délimiter la catégorie des questions touchant « véritablement » à la compétence, on s'entend généralement pour dire qu'il est « souvent difficile de distinguer l'exercice d'un pouvoir délégué qui soulève des questions touchant véritablement à la compétence de l'exercice du pouvoir qui fait intervenir l'application ordinaire d'une loi habilitante » : *CCDP*, par. 111, motifs concordants du juge Brown. Cette tension ressort peut-être le plus dans les cas où le législateur a délégué un large pouvoir à un organe administratif qui permet à celui-ci de concevoir des règlements dans la poursuite des objectifs de sa loi habilitante : voir, p. ex., *Green c. Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360; *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635.

[67] Tout en soulignant cette difficulté inhérente — ainsi que l'effet néfaste de l'incertitude juridique qui en découle sur les justiciables — les juges majoritaires dans l'arrêt *CCDP* ont néanmoins laissé en suspens la question de savoir si la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence était toujours nécessaire. Après avoir entendu les observations présentées à cet égard et saisi l'occasion de nous pencher sur ce point, nous sommes aujourd'hui en mesure de conclure qu'il n'est pas nécessaire de maintenir cette catégorie au sein des questions appelant la norme de la décision correcte. Les arguments à l'appui du maintien de cette catégorie — notamment la préoccupation relative au pouvoir du décideur, titulaire de pouvoirs délégués, de déterminer l'étendue de sa propre compétence — peuvent faire l'objet d'un examen adéquat au moyen du cadre d'analyse, exposé plus loin, qui doit servir

2019 SCC 65 (CanLII)

2019 SCC 65 (CanLII)

their constitutional duty to ensure that administrative bodies have acted within the scope of their lawful authority without having to conduct a preliminary assessment regarding whether a particular interpretation raises a "truly" or "narrowly" jurisdictional issue and without having to apply the correctness standard.

[68] Reasonableness review does not give administrative decision makers free rein in interpreting their enabling statutes, and therefore does not give them licence to enlarge their powers beyond what the legislature intended. Instead, it confirms that the governing statutory scheme will always operate as a constraint on administrative decision makers and as a limit on their authority. Even where the reasonableness standard is applied in reviewing a decision maker's interpretation of its authority, precise or narrow statutory language will necessarily limit the number of *reasonable* interpretations open to the decision maker — perhaps limiting it to one. Conversely, where the legislature has afforded a decision maker broad powers in general terms — and has provided no right of appeal to a court — the legislature's intention that the decision maker have greater leeway in interpreting its enabling statute should be given effect. Without seeking to import the U.S. jurisprudence on this issue wholesale, we find that the following comments of the Supreme Court of the United States in *Arlington*, at p. 307, are apt:

> The fox-in-the-henhouse syndrome is to be avoided not by establishing an arbitrary and undefinable category of agency decision-making that is accorded no deference, but by taking seriously, and applying rigorously, in all cases, statutory limits on agencies' authority. Where [the legislature] has established a clear line, the agency cannot go beyond it; and where [the legislature] has established an ambiguous line, the agency can go no further than the ambiguity will fairly allow. But in rigorously applying the latter rule, a court need not pause to

à effectuer un contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Le contrôle judiciaire selon cette norme est à la fois rigoureux et adapté au contexte. En l'appliquant adéquatement, les cours de justice sont en mesure d'accomplir leur devoir constitutionnel de veiller à ce que les organismes administratifs agissent dans les limites des pouvoirs qui leur sont conférés sans qu'il soit nécessaire de procéder à un examen préliminaire pour établir si une interprétation particulière soulève une question touchant « véritablement » et « étroitement » à la compétence et sans avoir à recourir à la norme de la décision correcte.

[68] La norme de la décision raisonnable ne permet pas aux décideurs administratifs d'interpréter leur loi habilitante à leur gré et ne les autorise donc pas à élargir la portée de leurs pouvoirs au-delà de ce que souhaitait le législateur. Elle vient plutôt confirmer que le régime législatif applicable servira toujours à circonscrire les actes ainsi que les pouvoirs des décideurs administratifs. Même dans les cas où l'interprétation que le décideur donne de ses pouvoirs fait l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision raisonnable, un texte législatif formulé en termes précis ou étroits aura forcément pour effet de restreindre les interprétations *raisonnables* que le décideur peut retenir — en les limitant peut-être à une seule. À l'inverse, lorsque le législateur confère au décideur de vastes pouvoirs au moyen d'un texte législatif rédigé en termes généraux, et ne prévoit aucun droit d'appel devant une cour de justice, il y a lieu de donner effet à son intention d'accorder une plus grande latitude au décideur sur l'interprétation de sa loi habilitante. Sans pour autant chercher à importer en bloc la jurisprudence américaine sur ce point, nous estimons pertinents les propos suivants formulés par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Arlington*, p. 307 :

> [TRADUCTION] Il faut éviter le syndrome du « loup dans la bergerie » non pas en créant une catégorie arbitraire et indéfinissable de décisions d'organismes à l'égard desquelles il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence, mais en prenant au sérieux et en appliquant rigoureusement, dans tous les cas, les restrictions prévues par la loi relativement aux pouvoirs conférés à un organisme. Si [le législateur] trace une ligne de démarcation claire, l'organisme ne peut aller au-delà de celle-ci; si [le législateur] trace une ligne de démarcation ambiguë, l'organisme ne

puzzle over whether the interpretive question presented is "jurisdictional."

E. *Other Circumstances Requiring a Derogation From the Presumption of Reasonableness Review*

[69] In these reasons, we have identified five situations in which a derogation from the presumption of reasonableness review is warranted either on the basis of legislative intent (i.e., legislated standards of review and statutory appeal mechanisms) or because correctness review is required by the rule of law (i.e., constitutional questions, general questions of law of central importance to the legal system as a whole, and questions regarding jurisdictional boundaries between administrative bodies). This framework is the product of careful consideration undertaken following extensive submissions and based on a thorough review of the relevant jurisprudence. We are of the view, at this time, that these reasons address all of the situations in which a reviewing court should derogate from the presumption of reasonableness review. As previously indicated, courts should no longer engage in a contextual inquiry to determine the standard of review or to rebut the presumption of reasonableness review. Letting go of this contextual approach will, we hope, "get the parties away from arguing about the tests and back to arguing about the substantive merits of their case": *Alberta Teachers*, at para. 36, quoting *Dunsmuir*, at para. 145, per Binnie J., concurring.

[70] However, we would not definitively foreclose the possibility that another category could be recognized as requiring a derogation from the presumption of reasonableness review in a future case. But our reluctance to pronounce that the list of exceptions to the application of a reasonableness standard

peut dépasser les limites de l'ambiguïté même. Or, pour l'application rigoureuse de cette dernière règle, la cour de justice n'est pas nécessairement tenue de s'arrêter et d'essayer de comprendre si la question d'interprétation soulevée touche à la « compétence ».

E. *Les autres circonstances qui nécessitent de déroger à l'application de la norme de la décision raisonnable*

[69] Dans les présents motifs, nous avons relevé cinq situations où se justifie une dérogation à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable, soit sur le fondement de l'intention du législateur (en l'occurrence, les normes de contrôle établies par voie législative et les mécanismes d'appel prévus par la loi), soit parce que la primauté du droit exige un contrôle selon la norme de la décision correcte (en l'occurrence, les questions constitutionnelles, les questions de droit générales d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, ainsi que les questions liées aux délimitations des compétences respectives d'organismes administratifs). Ce cadre d'analyse découle d'un examen minutieux, entrepris après avoir reçu des observations approfondies et procédé à une étude fouillée de la jurisprudence applicable. Pour le moment, nous estimons que les présents motifs couvrent l'ensemble des situations dans lesquelles il convient que la cour de révision déroge à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Comme nous l'avons déjà indiqué, les cours de justice ne devraient plus recourir à l'analyse contextuelle pour déterminer la norme de contrôle applicable ou pour réfuter la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable. En finir avec cette approche contextuelle fera en sorte, nous l'espérons, que « les parties cessent de débattre des critères applicables et fassent plutôt valoir leurs prétentions sur le fond » : *Alberta Teachers*, par. 36, citant *Dunsmuir*, par. 145, motifs concordants du juge Binnie.

[70] Toutefois, nous ne fermons pas définitivement la porte à la possibilité qu'une autre catégorie puisse ultérieurement être reconnue comme appelant une dérogation à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Notre réticence à qualifier d'exhaustive la liste d'exceptions

2019 SCC 65 (CanLII)

is closed should not be understood as inviting the routine establishment of new categories requiring correctness review. Rather, it is a recognition that it would be unrealistic to declare that we have contemplated every possible set of circumstances in which legislative intent or the rule of law will require a derogation from the presumption of reasonableness review. That being said, the recognition of any new basis for correctness review would be exceptional and would need to be consistent with the framework and the overarching principles set out in these reasons. In other words, any new category warranting a derogation from the presumption of reasonableness review on the basis of legislative intent would require a signal of legislative intent as strong and compelling as those identified in these reasons (i.e., a legislated standard of review or a statutory appeal mechanism). Similarly, the recognition of a new category of questions requiring correctness review that is based on the rule of law would be justified only where failure to apply correctness review would undermine the rule of law and jeopardize the proper functioning of the justice system in a manner analogous to the three situations described in these reasons.

[71] The *amici curiae* suggest that, in addition to the three categories of legal questions identified above, the Court should recognize an additional category of legal questions that would require correctness review on the basis of the rule of law: legal questions regarding which there is persistent discord or internal disagreement within an administrative body leading to legal incoherence. They argue that correctness review is necessary in such situations because the rule of law breaks down where legal inconsistency becomes the norm and the law's meaning comes to depend on the identity of the decision maker. The *amici curiae* submit that, where competing reasonable legal interpretations linger over time at the administrative

à l'application de la norme de la décision raisonnable ne doit cependant pas être interprétée comme visant à favoriser l'établissement routinier de nouvelles catégories de situations commandant l'application de la norme de la décision correcte. Cette réticence relève plutôt de la constatation qu'il serait illusoire de déclarer que nous avons envisagé toutes les combinaisons possibles de circonstances dans lesquelles l'intention du législateur ou la primauté du droit pourront commander une dérogation à la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable. Cela dit, la reconnaissance de tout nouveau fondement pour l'application de la norme de la décision correcte devrait revêtir un caractère exceptionnel et devrait respecter le cadre d'analyse et les principes prépondérants énoncés dans les présents motifs. Autrement dit, toute nouvelle catégorie de questions qui justifie une dérogation à la norme de la décision raisonnable sur le fondement de l'intention du législateur devrait comporter une indication de cette volonté tout aussi solide et convaincante que les indications mentionnées dans les présents motifs (c.-à-d. une norme de contrôle établie par voie législative ou un mécanisme d'appel prévu par la loi). De la même manière, la reconnaissance d'une nouvelle catégorie de questions qui commande l'application de la norme de la décision correcte sur le fondement de la primauté du droit ne serait justifiée que dans le cas où le défaut d'appliquer la norme de la décision correcte risquerait d'ébranler la primauté du droit et mettrait en péril le bon fonctionnement du système de justice d'une façon analogue aux trois situations décrites dans les présents motifs.

[71] Selon les *amici curiae*, outre les trois catégories de questions de droit que nous avons déjà mentionnées, la Cour devrait reconnaître l'existence d'une autre catégorie de questions de droit qui commande l'application de la norme de la décision correcte sur le fondement de la primauté du droit : les questions de droit qui sèment constamment la discorde ou la dissension interne au sein d'un organisme administratif et qui mènent à l'incohérence du droit. Les *amici curiae* font valoir que l'application de la norme de la décision correcte s'impose en pareil cas parce que la primauté du droit est mise à mal lorsque l'incohérence du droit devient la norme et que les règles de droit dépendent de l'identité du décideur.

2019 SCC 65 (CanLII)

level — such that a statute comes to mean, simultaneously, both "yes" and "no" — the courts must step in to provide a determinative answer to the question without according deference to the administrative decision maker: factum of the *amici curiae*, at para. 91.

[72] We are not persuaded that the Court should recognize a distinct correctness category for legal questions on which there is persistent discord within an administrative body. In *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, this Court held that "a lack of unanimity [within a tribunal] is the price to pay for the decision-making freedom and independence given to the members of these tribunals": p. 800; see also *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221, at para. 28. That said, we agree that the hypothetical scenario suggested by the *amici curiae* — in which the law's meaning depends on the identity of the individual decision maker, thereby leading to legal incoherence — is antithetical to the rule of law. In our view, however, the more robust form of reasonableness review set out below, which accounts for the value of consistency and the threat of arbitrariness, is capable, in tandem with internal administrative processes to promote consistency and with legislative oversight (see *Domtar*, at p. 801), of guarding against threats to the rule of law. Moreover, the precise point at which internal discord on a point of law would be so serious, persistent and unresolvable that the resulting situation would amount to "legal incoherence" and require a court to step in is not obvious. Given these practical difficulties, this Court's binding jurisprudence and the hypothetical nature of the problem, we decline to recognize such a category in this appeal.

Ils ajoutent que, dans les cas où des interprétations juridiques concurrentes et raisonnables persistent au niveau administratif — de sorte que la loi peut signifier à la fois « oui » et « non » — il appartient aux cours de justice d'intervenir et de trancher de manière décisive, et ce, sans faire preuve de déférence envers le décideur administratif : mémoire des *amici curiae*, par. 91.

[72] Nous ne sommes pas convaincus que la Cour devrait reconnaître l'existence d'une catégorie distincte de questions de droit qui appellent la norme de la décision correcte dans le cas où ces questions sèment constamment la discorde au sein d'un organisme administratif. Dans l'arrêt *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, notre Cour a conclu que « l'absence d'unanimité [parmi les membres d'un tribunal administratif] est [. . .] le prix à payer pour la liberté et l'indépendance décisionnelle accordées aux membres de ces mêmes tribunaux » : p. 800; voir aussi *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, 2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221, par. 28. Cela dit, nous convenons que le scénario hypothétique que proposent les *amici curiae* — où les règles de droit dépendent de l'identité du décideur et mènent à une incohérence du droit — va à l'encontre de la primauté du droit. Nous tenons cependant à préciser que le cadre d'application plus rigoureux de la norme de la décision raisonnable énoncé ci-dessous, qui tient compte de la valeur que représente la cohérence et du risque d'arbitraire, permet, de concert avec les processus administratifs internes qui favorisent l'uniformité et avec le contrôle que peut exercer le législateur (voir *Domtar*, p. 801), de se prémunir face aux menaces à la primauté du droit. En outre, il est difficile de cerner à quel moment une divergence interne sur une question de droit deviendrait grave, persistante et impossible à régler au point de créer une « incohérence du droit » et de commander l'intervention d'une cour de justice. Compte tenu de ces difficultés sur le plan pratique, des précédents de notre Cour et de la nature hypothétique du problème, nous nous abstenons de reconnaître l'existence d'une telle catégorie dans le présent pourvoi.

2019 SCC 65 (CanLII)

III. Performing Reasonableness Review

[73] This Court's administrative law jurisprudence has historically focused on the analytical framework used to determine the applicable standard of review, while providing relatively little guidance on how to conduct reasonableness review in practice.

[74] In this section of our reasons, we endeavour to provide that guidance. The approach we set out is one that focuses on justification, offers methodological consistency and reinforces the principle "that reasoned decision-making is the lynchpin of institutional legitimacy": factum of the *amici curiae*, at para. 12.

[75] We pause to note that our colleagues' approach to reasonableness review is not fundamentally dissimilar to ours. Our colleagues emphasize that reviewing courts should respect administrative decision makers and their specialized expertise, should not ask how they themselves would have resolved an issue and should focus on whether the applicant has demonstrated that the decision is unreasonable: paras. 288, 289 and 291. We agree. As we have stated above, at para. 13, reasonableness review finds its starting point in judicial restraint and respects the distinct role of administrative decision makers. Moreover, as explained below, reasonableness review considers all relevant circumstances in order to determine whether the applicant has met their onus.

A. *Procedural Fairness and Substantive Review*

[76] Before turning to a discussion of the proposed approach to reasonableness review, we pause to acknowledge that the requirements of the duty of procedural fairness in a given case — and in particular whether that duty requires a decision maker to give

III. L'exercice du contrôle selon la norme de la décision raisonnable

[73] La jurisprudence de notre Cour en droit administratif a historiquement été axée sur le cadre d'analyse utilisé pour déterminer la norme de contrôle applicable, tout en donnant peu d'indications sur la façon de procéder en pratique à un contrôle fondé sur la norme de la décision raisonnable.

[74] Dans cette partie de nos motifs, nous fournissons de telles indications. L'approche retenue est axée sur la justification, s'appuie sur une cohérence sur le plan méthodologique, et renforce le principe voulant que « la prise de décisions motivées constitue la pierre angulaire de la légitimité des institutions » : mémoire des *amici curiae*, par. 12.

[75] Nous signalons que la manière dont nos collègues abordent le contrôle selon la norme de la décision raisonnable ne diffère pas fondamentalement de la nôtre. Nos collègues affirment que les cours de révision devraient respecter les décideurs administratifs et leur expertise spécialisée; ne devraient pas se demander comment elles auraient elles-mêmes tranché une question; et devraient se concentrer sur la question de savoir si la partie demanderesse a démontré le caractère déraisonnable de la décision : par. 288, 289 et 291. Nous sommes du même avis. Comme nous le mentionnons déjà au par. 13, le contrôle selon la norme de la décision raisonnable a pour point de départ la retenue judiciaire et le respect du rôle distinct des décideurs administratifs. De plus, comme nous l'expliquons ci-dessous, le contrôle selon la norme de la décision raisonnable tient compte de toutes les circonstances pertinentes pour déterminer si la partie demanderesse s'est acquittée de son fardeau.

A. *L'équité procédurale et le contrôle judiciaire sur le fond*

[76] Avant de procéder à l'analyse de la méthode proposée de contrôle selon la norme de la décision raisonnable, nous convenons que les exigences de l'obligation d'équité procédurale dans une affaire donnée — et notamment la question de savoir si

2019 SCC 65 (CanLII)

reasons for its decision — will impact how a court conducts reasonableness review.

[77] It is well established that, as a matter of procedural fairness, reasons are not required for all administrative decisions. The duty of procedural fairness in administrative law is "eminently variable", inherently flexible and context-specific: *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paras. 22-23; *Moreau-Bérubé*, at paras. 74-75; *Dunsmuir*, at para. 79. Where a particular administrative decision-making context gives rise to a duty of procedural fairness, the specific procedural requirements that the duty imposes are determined with reference to all of the circumstances: *Baker*, at para. 21. In *Baker*, this Court set out a non-exhaustive list of factors that inform the content of the duty of procedural fairness in a particular case, one aspect of which is whether written reasons are required. Those factors include: (1) the nature of the decision being made and the process followed in making it; (2) the nature of the statutory scheme; (3) the importance of the decision to the individual or individuals affected; (4) the legitimate expectations of the person challenging the decision; and (5) the choices of procedure made by the administrative decision maker itself: *Baker*, at paras. 23-27; see also *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650, at para. 5. Cases in which written reasons tend to be required include those in which the decision-making process gives the parties participatory rights, an adverse decision would have a significant impact on an individual or there is a right of appeal: *Baker*, at para. 43; D. J. M. Brown and the Hon. J. M. Evans, with the assistance of D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), vol. 3, at p. 12-54.

[78] In the case at bar and in its companion cases, reasons for the administrative decisions at issue were both required and provided. Our discussion of the proper approach to reasonableness review will therefore focus on the circumstances in which reasons for

cette obligation exige qu'un décideur motive sa décision — auront une incidence sur l'exercice par une cour de justice du contrôle en fonction de la norme de la décision raisonnable.

[77] Il est de jurisprudence constante que l'équité procédurale n'exige pas que toutes les décisions administratives soient motivées. L'obligation d'équité procédurale en droit administratif est « éminemment variable », intrinsèquement souple et tributaire du contexte : *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, p. 682; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 22-23; *Moreau-Bérubé*, par. 74-75; *Dunsmuir*, par. 79. Dans le cas d'un contexte décisionnel administratif qui donne lieu à une obligation d'équité procédurale, les exigences procédurales applicables sont déterminées eu égard à l'ensemble des circonstances : *Baker*, par. 21. Dans l'arrêt *Baker*, la Cour a dressé une liste non exhaustive de facteurs qui servent à définir le contenu de l'obligation d'équité procédurale dans un cas donné, notamment la nécessité de fournir des motifs écrits. Parmi ces facteurs, mentionnons (1) la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir; (2) la nature du régime législatif; (3) l'importance de la décision pour l'individu ou les individus visés; (4) les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision; et (5) les choix de procédure faits par le décideur administratif lui-même : *Baker*, par. 23-27; voir également *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650, par. 5. Parmi les cas où des motifs écrits sont généralement nécessaires, on compte les situations où le processus décisionnel accorde aux parties le droit de participer, où une décision défavorable aurait une incidence considérable sur l'intéressé, ou encore celles où il existe un droit d'appel : *Baker*, par. 43; D. J. M. Brown et l'honorable J. M. Evans, avec l'aide de D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), vol. 3, p. 12-54.

[78] Dans le présent pourvoi et dans les pourvois connexes, il s'agit de situations où il était nécessaire de motiver les décisions administratives contestées et où des motifs ont d'ailleurs été fournis. Notre analyse de la méthode qu'il convient d'utiliser pour effectuer

2019 SCC 65 (CanLII)

an administrative decision are required and available to the reviewing court.

[79] Notwithstanding the important differences between the administrative context and the judicial context, reasons generally serve many of the same purposes in the former as in the latter: *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, at paras. 15 and 22-23. Reasons explain how and why a decision was made. They help to show affected parties that their arguments have been considered and demonstrate that the decision was made in a fair and lawful manner. Reasons shield against arbitrariness as well as the perception of arbitrariness in the exercise of public power: *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine*, at paras. 12-13. As L'Heureux-Dubé J. noted in *Baker*, "[t]hose affected may be more likely to feel they were treated fairly and appropriately if reasons are given": para. 39, citing S. A. de Smith, J. Jowell and Lord Woolf, *Judicial Review of Administrative Action* (5th ed. 1995), at pp. 459-60. And as Jocelyn Stacey and the Hon. Alice Woolley persuasively write, "public decisions gain their democratic and legal authority through a process of public justification" which includes reasons "that justify [the] decisions [of public decision makers] in light of the constitutional, statutory and common law context in which they operate": "Can Pragmatism Function in Administrative Law?" (2016), 74 *S.C.L.R.* (2d) 211, at p. 220.

[80] The process of drafting reasons also necessarily encourages administrative decision makers to more carefully examine their own thinking and to better articulate their analysis in the process: *Baker*, at para. 39. This is what Justice Sharpe describes — albeit in the judicial context — as the "discipline of reasons": *Good Judgment: Making Judicial Decisions* (2018), at p. 134; see also *Sheppard*, at para. 23.

un contrôle selon la norme de la décision raisonnable est donc axée sur la révision dans des circonstances où la décision administrative doit être motivée et où la cour de révision dispose des motifs à l'appui de ces décisions.

[79] Nonobstant les différences importantes qui existent entre le contexte administratif et le contexte judiciaire, les motifs répondent à bon nombre des mêmes besoins dans les deux contextes : *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, par. 15 et 22-23. Les motifs donnés par les décideurs administratifs servent à expliquer le processus décisionnel et la raison d'être de la décision en cause. Ils permettent de montrer aux parties concernées que leurs arguments ont été pris en compte et démontrent que la décision a été rendue de manière équitable et licite. Les motifs servent de bouclier contre l'arbitraire et la perception d'arbitraire dans l'exercice d'un pouvoir public : *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine*, par. 12-13. Comme l'a fait remarquer la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Baker*, « [i]l est plus probable que les personnes touchées ont l'impression d'être traitées avec équité et de façon appropriée si des motifs sont fournis » : par. 39, citant S. A. de Smith, J. Jowell et lord Woolf, *Judicial Review of Administrative Action* (5e éd. 1995), p. 459-460. Et comme l'écrivent de manière convaincante Jocelyn Stacey et l'honorable Alice Woolley, [TRADUCTION] « les décisions rendues par les pouvoirs publics acquièrent leur autorité sur le plan juridique et démocratique par le biais d'un processus de justification publique » au moyen duquel les décideurs « motivent leurs décisions en tenant compte du contexte constitutionnel, législatif et de common law dans lequel ils œuvrent » : « Can Pragmatism Function in Administrative Law? » (2016), 74 *S.C.L.R.* (2d) 211, p. 220.

[80] Qui plus est, le processus de rédaction des motifs incite nécessairement le décideur administratif à étudier soigneusement son propre raisonnement et à mieux formuler son analyse : *Baker*, par. 39. C'est ce que le juge Sharpe désignait — quoique dans le contexte judiciaire — comme [TRADUCTION] « la discipline de motiver une décision » : *Good Judgment : Making Judicial Decisions* (2018), p. 134; voir aussi *Sheppard*, par. 23.

2019 SCC 65 (CanLII)

[81] Reasons facilitate meaningful judicial review by shedding light on the rationale for a decision: *Baker*, at para. 39. In *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, the Court reaffirmed that "the purpose of reasons, when they are required, is to demonstrate 'justification, transparency and intelligibility'": para. 1, quoting *Dunsmuir*, at para. 47; see also *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at para. 126. The starting point for our analysis is therefore that where reasons are required, they are the primary mechanism by which administrative decision makers show that their decisions are reasonable — both to the affected parties and to the reviewing courts. It follows that the provision of reasons for an administrative decision may have implications for its legitimacy, including in terms both of whether it is procedurally fair and of whether it is substantively reasonable.

B. *Reasonableness Review Is Concerned With the Decision-making Process and Its Outcomes*

[82] Reasonableness review aims to give effect to the legislature's intent to leave certain decisions with an administrative body while fulfilling the constitutional role of judicial review to ensure that exercises of state power are subject to the rule of law: see *Dunsmuir*, at paras. 27-28 and 48; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at para. 10; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 10.

[83] It follows that the focus of reasonableness review must be on the decision actually made by the decision maker, including both the decision maker's reasoning process and the outcome. The role of courts in these circumstances is to *review*, and they are, at least as a general rule, to refrain from deciding the issue themselves. Accordingly, a court applying the reasonableness standard does not ask what

[81] Les motifs favorisent un contrôle judiciaire valable en mettant en lumière la justification de la décision : *Baker*, par. 39. Dans l'arrêt *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, la Cour a réaffirmé que « l'objet des motifs, dans les cas où il faut en exposer, est d'établir "la justification de la décision [ainsi que] la transparence et [. . .] l'intelligibilité du processus décisionnel » : par. 1, citant *Dunsmuir*, par. 47; voir aussi *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 126. Notre analyse prend donc comme point de départ que, lorsque des motifs sont requis, ceux-ci constituent le mécanisme principal par lequel les décideurs administratifs démontrent le caractère raisonnable de leurs décisions, tant aux parties touchées qu'aux cours de révision. En conséquence, la communication des motifs à l'appui d'une décision administrative est susceptible d'avoir des répercussions sur sa légitimité, à la fois au regard de l'équité procédurale et du caractère raisonnable de ceux-ci sur le fond.

B. *Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable porte sur le processus décisionnel et ses résultats*

[82] Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable vise à donner effet à l'intention du législateur de confier certaines décisions à un organisme administratif, tout en exerçant la fonction constitutionnelle du contrôle judiciaire qui vise à s'assurer que l'exercice du pouvoir étatique est assujetti à la primauté du droit : voir *Dunsmuir*, par. 27-28 et 48; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 10; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 10.

[83] Il s'ensuit que le contrôle en fonction de la norme de la décision raisonnable doit s'intéresser à la décision effectivement rendue par le décideur, notamment au raisonnement suivi et au résultat de la décision. Le rôle des cours de justice consiste, en pareil cas, à *réviser* la décision et, en général à tout le moins, à s'abstenir de trancher elles-mêmes la question en litige. Une cour de justice qui applique la norme de

2019 SCC 65 (CanLII)

decision it would have made in place of that of the administrative decision maker, attempt to ascertain the "range" of possible conclusions that would have been open to the decision maker, conduct a *de novo* analysis or seek to determine the "correct" solution to the problem. The Federal Court of Appeal noted in *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 472 N.R. 171, that, "as reviewing judges, we do not make our own yardstick and then use that yardstick to measure what the administrator did": para. 28; see also *Ryan*, at paras. 50-51. Instead, the reviewing court must consider only whether the decision made by the administrative decision maker — including both the rationale for the decision and the outcome to which it led — was unreasonable.

[84] As explained above, where the administrative decision maker has provided written reasons, those reasons are the means by which the decision maker communicates the rationale for its decision. A principled approach to reasonableness review is one which puts those reasons first. A reviewing court must begin its inquiry into the reasonableness of a decision by examining the reasons provided with "respectful attention" and seeking to understand the reasoning process followed by the decision maker to arrive at its conclusion: see *Dunsmuir*, at para. 48, quoting D. Dyzenhaus, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286.

[85] Developing an understanding of the reasoning that led to the administrative decision enables a reviewing court to assess whether the decision as a whole is reasonable. As we will explain in greater detail below, a reasonable decision is one that is based on an internally coherent and rational chain of analysis and that is justified in relation to the facts and law that constrain the decision maker. The reasonableness standard requires that a reviewing court defer to such a decision.

[86] Attention to the decision maker's reasons is part of how courts demonstrate respect for the decision-making process: see *Dunsmuir*, at paras. 47-49. In *Dunsmuir*, this Court explicitly stated that the court

contrôle de la décision raisonnable ne se demande donc pas quelle décision elle aurait rendue à la place du décideur administratif, ne tente pas de prendre en compte l'« éventail » des conclusions qu'aurait pu tirer le décideur, ne se livre pas à une analyse *de novo*, et ne cherche pas à déterminer la solution « correcte » au problème. Dans l'arrêt *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117, la Cour d'appel fédérale a signalé que « le juge réformateur n'établit pas son propre critère pour ensuite jauger ce qu'a fait l'administrateur » : par. 28 (CanLII); voir aussi *Ryan*, par. 50-51. La cour de révision n'est plutôt appelée qu'à décider du caractère raisonnable de la décision rendue par le décideur administratif — ce qui inclut à la fois le raisonnement suivi et le résultat obtenu.

[84] Comme nous l'avons expliqué précédemment, les motifs écrits fournis par le décideur administratif servent à communiquer la justification de sa décision. Toute méthode raisonnée de contrôle selon la norme de la décision raisonnable s'intéresse avant tout aux motifs de la décision. Dans le cadre de son analyse du caractère raisonnable d'une décision, une cour de révision doit d'abord examiner les motifs donnés avec « une attention respectueuse », et chercher à comprendre le fil du raisonnement suivi par le décideur pour en arriver à sa conclusion : voir *Dunsmuir*, par. 48, citant D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286.

[85] Comprendre le raisonnement qui a mené à la décision administrative permet à la cour de révision de déterminer si la décision dans son ensemble est raisonnable. Comme nous l'expliquerons davantage, une décision raisonnable doit être fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle et est justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles le décideur est assujetti. La norme de la décision raisonnable exige de la cour de justice qu'elle fasse preuve de déférence envers une telle décision.

[86] L'attention accordée aux motifs formulés par le décideur est une manifestation de l'attitude de respect dont font preuve les cours de justice envers le processus décisionnel : voir *Dunsmuir*, par. 47-49.

2019 SCC 65 (CanLII)

2019 SCC 65 (CanLII)

conducting a reasonableness review is concerned with "the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes": para. 47. Reasonableness, according to *Dunsmuir*, "is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process", as well as "with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law": *ibid*. In short, it is not enough for the outcome of a decision to be *justifiable*. Where reasons for a decision are required, the decision must also be *justified*, by way of those reasons, by the decision maker to those to whom the decision applies. While some outcomes may be so at odds with the legal and factual context that they could never be supported by intelligible and rational reasoning, an otherwise reasonable outcome also cannot stand if it was reached on an improper basis.

[87] This Court's jurisprudence since *Dunsmuir* should not be understood as having shifted the focus of reasonableness review away from a concern with the reasoning process and toward a nearly exclusive focus on the *outcome* of the administrative decision under review. Indeed, that a court conducting a reasonableness review properly considers both the outcome of the decision and the reasoning process that led to that outcome was recently reaffirmed in *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6, at para. 12. In that case, although the outcome of the decision at issue may not have been unreasonable in the circumstances, the decision was set aside because the outcome had been arrived at on the basis of an unreasonable chain of analysis. This approach is consistent with the direction in *Dunsmuir* that judicial review is concerned with *both* outcome *and* process. To accept otherwise would undermine, rather than demonstrate respect toward, the institutional role of the administrative decision maker.

C. *Reasonableness Is a Single Standard That Accounts for Context*

[88] In any attempt to develop a coherent and unified approach to judicial review, the sheer variety of

Il ressort explicitement de l'arrêt *Dunsmuir* que la cour de justice qui procède à un contrôle selon la norme de la décision raisonnable « se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonnabilité » : par. 47. Selon l'arrêt *Dunsmuir*, 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 » : *ibid*. En somme, il ne suffit pas que la décision soit *justifiable*. Dans les cas où des motifs s'imposent, le décideur doit également, au moyen de ceux-ci, *justifier* sa décision auprès des personnes auxquelles elle s'applique. Si certains résultats peuvent se détacher du contexte juridique et factuel au point de ne jamais s'appuyer sur un raisonnement intelligible et rationnel, un résultat par ailleurs raisonnable ne saurait être non plus tenu pour valide s'il repose sur un fondement erroné.

[87] La jurisprudence de notre Cour depuis l'arrêt *Dunsmuir* ne doit pas être interprétée comme ayant délaissé le point de mire du contrôle selon la norme de la décision raisonnable axé sur le raisonnement pour dorénavant s'attarder presque exclusivement au *résultat* de la décision administrative sous examen. D'ailleurs, le contrôle en fonction de la norme de la décision raisonnable tient dûment compte à la fois du résultat de la décision et du raisonnement à l'origine de ce résultat, comme la Cour l'a récemment rappelé dans l'arrêt *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6, par. 12. Dans cette affaire, même si le résultat de la décision n'était peut-être pas déraisonnable eu égard aux circonstances, la décision a été infirmée parce que l'analyse ayant débouché sur ce résultat était déraisonnable. Cette façon de voir s'inscrit dans la foulée de la directive de l'arrêt *Dunsmuir* voulant que le contrôle judiciaire porte *à la fois* sur le résultat *et* sur le processus. Une approche différente compromettrait le rôle institutionnel du décideur administratif plutôt que de le respecter.

C. *La norme de la décision raisonnable est une norme unique qui tient compte du contexte*

[88] Lorsqu'on tente d'élaborer une méthode cohérente et unifiée de contrôle judiciaire, la diversité

decisions and decision makers that such an approach must account for poses an inescapable challenge. The administrative decision makers whose decisions may be subject to judicial review include specialized tribunals exercising adjudicative functions, independent regulatory bodies, ministers, front-line decision makers, and more. Their decisions vary in complexity and importance, ranging from the routine to the life-altering. These include matters of "high policy" on the one hand and "pure law" on the other. Such decisions will sometimes involve complex technical considerations. At other times, common sense and ordinary logic will suffice.

[89] Despite this diversity, reasonableness remains a single standard, and elements of a decision's context do not modulate the standard or the degree of scrutiny by the reviewing court. Instead, the particular context of a decision constrains what will be reasonable for an administrative decision maker to decide in a given case. This is what it means to say that "[r]easonableness is a single standard that takes its colour from the context": *Khosa*, at para. 59; *Catalyst*, at para. 18; *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364, at para. 44; *Wilson*, at para. 22, per Abella J.; *Canada (Attorney General) v. Igloo Vikski Inc.*, 2016 SCC 38, [2016] 2 S.C.R. 80, at para. 57, per Côté J., dissenting but not on this point; *Law Society of British Columbia v. Trinity Western University*, 2018 SCC 32, [2018] 2 S.C.R. 293, at para. 53.

[90] The approach to reasonableness review that we articulate in these reasons accounts for the diversity of administrative decision making by recognizing that what is reasonable in a given situation will always depend on the constraints imposed by the legal and factual context of the particular decision under review. These contextual constraints dictate the limits and contours of the space in which the decision maker may act and the types of solutions it may adopt. The fact that the contextual constraints operating on an administrative decision maker may vary from one decision to another does not pose a

des décisions et des décideurs que doit prendre en compte cette méthode pose en soi un défi inéluctable. Les décideurs dont les décisions peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire vont des tribunaux spécialisés exerçant des attributions judiciaires aux organismes de réglementation indépendants, aux ministres, aux décideurs de première ligne et plus encore. Leurs décisions varient en complexité et en importance, allant des décisions banales à celles qui changent le cours d'une vie. Elles visent, d'une part, des questions « hautement politiques » et, d'autre part, des questions de « droit pur ». Ces décisions font parfois intervenir des considérations techniques complexes. À d'autres moments, le bon sens et la logique ordinaire suffisent.

[89] Malgré cette diversité, la norme de la décision raisonnable demeure une norme unique, et les éléments du contexte entourant une décision n'altèrent pas cette norme ou le degré d'examen que doit appliquer une cour de révision. Le contexte particulier d'une décision circonscrit plutôt la latitude du décideur administratif en matière de décision raisonnable dans un cas donné. C'est ce que l'on entend quand on affirme que « [l]a raisonnabilité constitue une norme unique qui s'adapte au contexte » : *Khosa*, par. 59; *Catalyst*, par. 18; *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364, par. 44; *Wilson*, par. 22, la juge Abella; *Canada (Procureur général) c. Igloo Vikski Inc.*, 2016 CSC 38, [2016] 2 R.C.S. 80, par. 57, la juge Côté, dissidente mais non sur ce point; *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, 2018 CSC 32, [2018] 2 R.C.S. 293, par. 53.

[90] La méthode de contrôle selon la norme de la décision raisonnable que nous décrivons dans les présents motifs tient compte de la diversité des décisions administratives en reconnaissant que ce qui est raisonnable dans un cas donné dépend toujours des contraintes juridiques et factuelles propres au contexte de la décision particulière sous examen. Ces contraintes d'ordre contextuel cernent les limites et les contours de l'espace à l'intérieur duquel le décideur peut agir, ainsi que les types de solution qu'il peut retenir. Le fait que ces contraintes d'ordre contextuel imposées au décideur administratif puissent

2019 SCC 65 (CanLII)

problem for the reasonableness standard, because each decision must be both justified by the administrative body and evaluated by reviewing courts in relation to its own particular context.

D. *Formal Reasons for a Decision Should Be Read in Light of the Record and With Due Sensitivity to the Administrative Setting in Which They Were Given*

[91] A reviewing court must bear in mind that the written reasons given by an administrative body must not be assessed against a standard of perfection. That the reasons given for a decision do "not include all the arguments, statutory provisions, jurisprudence or other details the reviewing judge would have preferred" is not on its own a basis to set the decision aside: *Newfoundland Nurses*, at para. 16. The review of an administrative decision can be divorced neither from the institutional context in which the decision was made nor from the history of the proceedings.

[92] Administrative decision makers cannot always be expected to deploy the same array of legal techniques that might be expected of a lawyer or judge — nor will it always be necessary or even useful for them to do so. Instead, the concepts and language employed by administrative decision makers will often be highly specific to their fields of experience and expertise, and this may impact both the form and content of their reasons. These differences are not necessarily a sign of an unreasonable decision — indeed, they may be indicative of a decision maker's strength within its particular and specialized domain. "Administrative justice" will not always look like "judicial justice", and reviewing courts must remain acutely aware of that fact.

[93] An administrative decision maker may demonstrate through its reasons that a given decision was made by bringing that institutional expertise and experience to bear: see *Dunsmuir*, at para. 49. In conducting reasonableness review, judges should be attentive to the application by decision makers of specialized knowledge, as demonstrated by their reasons.

varier d'une décision à l'autre ne pose pas problème pour la norme de la décision raisonnable parce que chaque décision doit être à la fois justifiée par l'organisme administratif et évaluée par la cour de révision en fonction de son propre contexte particulier.

D. *Les motifs écrits d'une décision devraient être interprétés à la lumière du dossier et en tenant dûment compte du contexte administratif dans lequel ils sont fournis*

[91] Une cour de révision doit se rappeler que les motifs écrits fournis par un organisme administratif ne doivent pas être jugés au regard d'une norme de perfection. Le fait que les motifs de la décision « ne fassent pas référence à tous les arguments, dispositions législatives, précédents ou autres détails que le juge siégeant en révision aurait voulu y lire » ne constitue pas un fondement justifiant à lui seul d'infirmer la décision : *Newfoundland Nurses*, par. 16. On ne peut dissocier non plus le contrôle d'une décision administrative du cadre institutionnel dans lequel elle a été rendue ni de l'historique de l'instance.

[92] On ne peut pas toujours s'attendre à ce que les décideurs administratifs déploient toute la gamme de techniques juridiques auxquelles on peut s'attendre de la part d'un avocat ou d'un juge et il ne sera pas toujours nécessaire, ni même utile, de le faire. En réalité, les concepts et le vocabulaire employés par ces décideurs sont souvent, dans une très large mesure, propres à leur champ d'expertise et d'expérience, et ils influent tant sur la forme que sur la teneur de leurs motifs. Ces différences ne sont pas forcément le signe d'une décision déraisonnable; en fait, elles peuvent indiquer la force du décideur dans son champ d'expertise précis. La « justice administrative » ne ressemble pas toujours à la « justice judiciaire » et les cours de révision doivent en demeurer pleinement conscientes.

[93] Par ses motifs, le décideur administratif peut démontrer qu'il a rendu une décision donnée en mettant à contribution son expertise et son expérience institutionnelle : voir *Dunsmuir*, par. 49. Lors du contrôle selon la norme de la décision raisonnable, le juge doit être attentif à la manière dont le décideur administratif met à profit son expertise, tel qu'en font

2019 SCC 65 (CanLII)

Respectful attention to a decision maker's demonstrated expertise may reveal to a reviewing court that an outcome that might be puzzling or counterintuitive on its face nevertheless accords with the purposes and practical realities of the relevant administrative regime and represents a reasonable approach given the consequences and the operational impact of the decision. This demonstrated experience and expertise may also explain why a given issue is treated in less detail.

[94] The reviewing court must also read the decision maker's reasons in light of the history and context of the proceedings in which they were rendered. For example, the reviewing court might consider the evidence before the decision maker, the submissions of the parties, publicly available policies or guidelines that informed the decision maker's work, and past decisions of the relevant administrative body. This may explain an aspect of the decision maker's reasoning process that is not apparent from the reasons themselves, or may reveal that an apparent shortcoming in the reasons is not, in fact, a failure of justification, intelligibility or transparency. Opposing parties may have made concessions that had obviated the need for the decision maker to adjudicate on a particular issue; the decision maker may have followed a well-established line of administrative case law that no party had challenged during the proceedings; or an individual decision maker may have adopted an interpretation set out in a public interpretive policy of the administrative body of which he or she is a member.

[95] That being said, reviewing courts must keep in mind the principle that the exercise of public power must be justified, intelligible and transparent, not in the abstract, but to the individuals subject to it. It would therefore be unacceptable for an administrative decision maker to provide an affected party formal reasons that fail to justify its decision, but nevertheless expect that its decision would be upheld on the basis of internal records that were not available to that party.

[96] Where, even if the reasons given by an administrative decision maker for a decision are read with

foi les motifs de ce dernier. L'attention respectueuse accordée à l'expertise établie du décideur peut indiquer à une cour de révision qu'un résultat qui semble déroutant ou contre-intuitif à première vue est néanmoins conforme aux objets et aux réalités pratiques du régime administratif en cause et témoigne d'une approche raisonnable compte tenu des conséquences et des effets concrets de la décision. Lorsqu'établies, cette expérience et cette expertise peuvent elles aussi expliquer pourquoi l'analyse d'une question donnée est moins étoffée.

[94] La cour de révision doit également interpréter les motifs du décideur en fonction de l'historique et du contexte de l'instance dans laquelle ils ont été rendus. Elle peut considérer, par exemple, la preuve dont disposait le décideur, les observations des parties, les politiques ou lignes directrices accessibles au public dont a tenu compte le décideur et les décisions antérieures de l'organisme administratif en question. Cela peut expliquer un aspect du raisonnement du décideur qui ne ressort pas à l'évidence des motifs eux-mêmes; cela peut aussi révéler que ce qui semble être une lacune des motifs ne constitue pas en définitive un manque de justification, d'intelligibilité ou de transparence. Ainsi, les parties adverses ont pu faire des concessions pour éviter que le décideur n'ait à trancher une question. De même, un décideur a pu suivre une jurisprudence administrative bien établie sur une question qu'aucune partie n'a contestée au cours de l'instance. Ou encore, un décideur a pu adopter une interprétation énoncée dans une politique d'interprétation publiée par l'organisme administratif dont il fait partie.

[95] Cela dit, les cours de révision doivent garder à l'esprit le principe suivant lequel l'exercice de tout pouvoir public doit être justifié, intelligible et transparent non pas dans l'abstrait, mais pour l'individu qui en fait l'objet. Il serait donc inacceptable qu'un décideur administratif communique à une partie concernée des motifs écrits qui ne justifient pas sa décision, mais s'attende néanmoins à ce que sa décision soit confirmée sur la base de dossiers internes qui n'étaient pas à la disposition de cette partie.

[96] Lorsque, même s'ils sont interprétés en tenant compte du contexte institutionnel et à la lumière du

2019 SCC 65 (CanLII)

sensitivity to the institutional setting and in light of the record, they contain a fundamental gap or reveal that the decision is based on an unreasonable chain of analysis, it is not ordinarily appropriate for the reviewing court to fashion its own reasons in order to buttress the administrative decision. Even if the outcome of the decision could be reasonable under different circumstances, it is not open to a reviewing court to disregard the flawed basis for a decision and substitute its own justification for the outcome: *Delta Air Lines*, at paras. 26-28. To allow a reviewing court to do so would be to allow an administrative decision maker to abdicate its responsibility to justify to the affected party, in a manner that is transparent and intelligible, the basis on which it arrived at a particular conclusion. This would also amount to adopting an approach to reasonableness review focused solely on the outcome of a decision, to the exclusion of the rationale for that decision. To the extent that cases such as *Newfoundland Nurses* and *Alberta Teachers* have been taken as suggesting otherwise, such a view is mistaken.

[97] Indeed, *Newfoundland Nurses* is far from holding that a decision maker's grounds or rationale for a decision is irrelevant. It instead tells us that close attention must be paid to a decision maker's written reasons and that they must be read holistically and contextually, for the very purpose of understanding the basis on which a decision was made. We agree with the observations of Rennie J. in *Komolafe v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 431, 16 Imm. L.R. (4th) 267, at para. 11:

> *Newfoundland Nurses* is not an open invitation to the Court to provide reasons that were not given, nor is it licence to guess what findings might have been made or to speculate as to what the tribunal might have been thinking. This is particularly so where the reasons are silent on a critical issue. It is ironic that *Newfoundland Nurses*, a case which at its core is about deference and standard of review, is urged as authority for the supervisory court to do the task that the decision maker did not do, to supply the reasons that might have been given and make findings of fact that were not made. This is to turn the jurisprudence on its head. *Newfoundland Nurses* allows reviewing courts

dossier, les motifs fournis par l'organisme administratif pour justifier sa décision comportent une lacune fondamentale ou révèlent une analyse déraisonnable, il ne convient habituellement pas que la cour de révision élabore ses propres motifs pour appuyer la décision administrative. Même si le résultat de la décision pourrait sembler raisonnable dans des circonstances différentes, il n'est pas loisible à la cour de révision de faire abstraction du fondement erroné de la décision et d'y substituer sa propre justification du résultat : *Delta Air Lines*, par. 26-28. Autoriser une cour de révision à agir ainsi reviendrait à permettre à un décideur de se dérober à son obligation de justifier, de manière transparente et intelligible pour la personne visée, le fondement pour lequel il est parvenu à une conclusion donnée. Cela reviendrait également à adopter une méthode de contrôle selon la norme de la décision raisonnable qui serait axée uniquement sur le résultat de la décision, à l'exclusion de la justification de cette décision. Dans la mesure où des arrêts comme *Newfoundland Nurses* et *Alberta Teachers* ont été compris comme appuyant une telle conception, cette compréhension est erronée.

[97] En effet, l'arrêt *Newfoundland Nurses* est loin d'établir que la justification donnée par le décideur à l'appui de sa décision n'est pas pertinente. Cet arrêt nous enseigne plutôt qu'il faut accorder une attention particulière aux motifs écrits du décideur et les interpréter de façon globale et contextuelle. L'objectif est justement de comprendre le fondement sur lequel repose la décision. Nous souscrivons aux observations suivantes du juge Rennie dans l'affaire *Komolafe c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2013 CF 431, par. 11 (CanLII) :

> L'arrêt *Newfoundland Nurses* ne donne pas à la [cour] toute la latitude voulue pour fournir des motifs qui n'ont pas été donnés, ni ne l'autorise à deviner quelles conclusions auraient pu être tirées ou à émettre des hypothèses sur ce que le tribunal a pu penser. C'est particulièrement le cas quand les motifs passent sous silence une question essentielle. Il est ironique que l'arrêt *Newfoundland Nurses*, une affaire qui concerne essentiellement la déférence et la norme de contrôle, soit invoqué comme le précédent qui commanderait [à la cour] ayant le pouvoir de surveillance de faire le travail omis par le décideur, de fournir les motifs qui auraient pu être donnés et de formuler les conclusions

2019 SCC 65 (CanLII)

to connect the dots on the page where the lines, and the direction they are headed, may be readily drawn.

[98] As for *Alberta Teachers*, it concerned a very specific and exceptional circumstance in which the reviewing court had exercised its discretion to consider a question of statutory interpretation on judicial review, even though that question had not been raised before the administrative decision maker and, as a result, no reasons had been given on that issue: paras. 22-26. Furthermore, it was agreed that the ultimate decision maker — the Information and Privacy Commissioner's delegate — had applied a well-established interpretation of the statutory provision in question and that, had she been asked for reasons to justify her interpretation, she would have adopted reasons the Commissioner had given in past decisions. In other words, the reasons of the Commissioner that this Court relied on to find that the administrative decision was reasonable were not merely reasons that *could* have been offered, in an abstract sense, but reasons that *would* have been offered had the issue been raised before the decision maker. Far from suggesting in *Alberta Teachers* that reasonableness review is concerned primarily with outcome, as opposed to rationale, this Court rejected the position that a reviewing court is entitled to "reformulate a tribunal's decision in a way that casts aside an unreasonable chain of analysis in favour of the court's own rationale for the result": para. 54, quoting *Petro-Canada v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135, at paras. 53 and 56. In *Alberta Teachers*, this Court also reaffirmed the importance of giving proper reasons and reiterated that "deference under the reasonableness standard is best given effect when administrative decision makers provide intelligible and transparent justification for their decisions, and when courts ground their review of the decision in the reasons provided": para. 54. Where a decision maker's rationale for an essential element of the decision is not addressed in the reasons and cannot be inferred from the record, the decision will generally fail to meet the requisite standard of justification, transparency and intelligibility.

de fait qui n'ont pas été tirées. C'est appliquer la jurisprudence à l'envers. L'arrêt *Newfoundland Nurses* permet aux cours de [révision] de relier les points sur la page quand les lignes, et la direction qu'elles prennent, peuvent être facilement discernées.

[98] En ce qui concerne l'arrêt *Alberta Teachers*, il concernait un contrôle judiciaire exercé dans des circonstances très précises et exceptionnelles : la question d'interprétation législative en litige n'avait jamais été soumise au décideur administratif et, en conséquence, ce dernier n'avait communiqué aucuns motifs à cet égard : par. 22-26. De plus, il avait été convenu que la décideuse — la déléguée du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée — avait appliqué une interprétation bien établie de la disposition législative pertinente, et que si on lui avait demandé de motiver son interprétation, elle aurait souscrit aux motifs fournis par le commissaire dans des décisions antérieures. En d'autres termes, les motifs du commissaire invoqués par notre Cour pour conclure que la décision sous examen était raisonnable n'étaient pas simplement les motifs qui auraient *pu* être fournis, dans l'abstrait, mais ceux qui *auraient* été fournis si la question avait été soulevée devant la décideuse. Loin de suggérer dans l'arrêt *Alberta Teachers* que le contrôle selon la norme de la décision raisonnable porte principalement sur le résultat plutôt que sur la justification, notre Cour a rejeté la position selon laquelle la cour de révision a le pouvoir de « reformuler la décision en substituant à l'analyse qu'elle juge déraisonnable sa propre justification du résultat » : par. 54, citant *Petro-Canada c. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135, par. 53 et 56. Dans l'arrêt *Alberta Teachers*, notre Cour a aussi confirmé l'importance de motiver adéquatement une décision et rappelé que « la déférence inhérente à la norme de la raisonnabilité se manifeste optimalement lorsqu'une décision administrative est justifiée de façon intelligible et transparente et que la juridiction de révision contrôle la décision à partir des motifs qui l'étayent » : par. 54. Lorsque le décideur omet de justifier, dans les motifs, un élément essentiel de sa décision, et que cette justification ne saurait être déduite du dossier de l'instance, la décision ne satisfait pas, en règle générale, à la norme de justification, de transparence et d'intelligibilité.

2019 SCC 65 (CanLII)

E. *A Reasonable Decision Is One That Is Both Based on an Internally Coherent Reasoning and Justified in Light of the Legal and Factual Constraints That Bear on the Decision*

[99] A reviewing court must develop an understanding of the decision maker's reasoning process in order to determine whether the decision as a whole is reasonable. To make this determination, the reviewing court asks whether the decision bears the hallmarks of reasonableness — justification, transparency and intelligibility — and whether it is justified in relation to the relevant factual and legal constraints that bear on the decision: *Dunsmuir*, at paras. 47 and 74; *Catalyst*, at para. 13.

[100] The burden is on the party challenging the decision to show that it is unreasonable. Before a decision can be set aside on this basis, the reviewing court must be satisfied that there are sufficiently serious shortcomings in the decision such that it cannot be said to exhibit the requisite degree of justification, intelligibility and transparency. Any alleged flaws or shortcomings must be more than merely superficial or peripheral to the merits of the decision. It would be improper for a reviewing court to overturn an administrative decision simply because its reasoning exhibits a minor misstep. Instead, the court must be satisfied that any shortcomings or flaws relied on by the party challenging the decision are sufficiently central or significant to render the decision unreasonable.

[101] What makes a decision unreasonable? We find it conceptually useful here to consider two types of fundamental flaws. The first is a failure of rationality internal to the reasoning process. The second arises when a decision is in some respect untenable in light of the relevant factual and legal constraints that bear on it. There is, however, no need for reviewing courts to categorize failures of reasonableness as belonging to one type or the other. Rather, we use these descriptions simply as a convenient way to discuss the types of issues that may show a decision to be unreasonable.

E. *Une décision raisonnable est à la fois fondée sur un raisonnement intrinsèquement cohérent et justifiée à la lumière des contraintes juridiques et factuelles qui ont une incidence sur la décision*

[99] La cour de révision doit s'assurer de bien comprendre le raisonnement suivi par le décideur afin de déterminer si la décision dans son ensemble est raisonnable. Elle doit donc se demander si la décision possède les caractéristiques d'une décision raisonnable, soit la justification, la transparence et l'intelligibilité, et si la décision est justifiée au regard des contraintes factuelles et juridiques pertinentes qui ont une incidence sur celle-ci : *Dunsmuir*, par. 47 et 74; *Catalyst*, par. 13.

[100] Il incombe à la partie qui conteste la décision d'en démontrer le caractère déraisonnable. Avant de pouvoir infirmer la décision pour ce motif, la cour de révision doit être convaincue qu'elle souffre de lacunes graves à un point tel qu'on ne peut pas dire qu'elle satisfait aux exigences de justification, d'intelligibilité et de transparence. Les lacunes ou insuffisances reprochées ne doivent pas être simplement superficielles ou accessoires par rapport au fond de la décision. Il ne conviendrait pas que la cour de révision infirme une décision administrative pour la simple raison que son raisonnement est entaché d'une erreur mineure. La cour de justice doit plutôt être convaincue que la lacune ou la déficience qu'invoque la partie contestant la décision est suffisamment capitale ou importante pour rendre cette dernière déraisonnable.

[101] Qu'est-ce qui rend une décision déraisonnable? Il nous semble utile ici, d'un point de vue conceptuel, de nous arrêter à deux catégories de lacunes fondamentales. La première est le manque de logique interne du raisonnement. La seconde se présente dans le cas d'une décision indéfendable sous certains rapports compte tenu des contraintes factuelles et juridiques pertinentes qui ont une incidence sur la décision. Il n'est toutefois pas nécessaire que les cours de révision déterminent si les problèmes qui rendent la décision déraisonnable appartiennent à l'une ou à l'autre catégorie. Ces désignations offrent plutôt un moyen pratique d'analyser les types de questions qui peuvent révéler qu'une décision est déraisonnable.

2019 SCC 65 (CanLII)

(1) A Reasonable Decision Is Based on an Internally Coherent Reasoning

[102] To be reasonable, a decision must be based on reasoning that is both rational and logical. It follows that a failure in this respect may lead a reviewing court to conclude that a decision must be set aside. Reasonableness review is not a "line-by-line treasure hunt for error": *Irving Pulp & Paper*, at para. 54, citing *Newfoundland Nurses*, at para. 14. However, the reviewing court must be able to trace the decision maker's reasoning without encountering any fatal flaws in its overarching logic, and it must be satisfied that "there is [a] line of analysis within the given reasons that could reasonably lead the tribunal from the evidence before it to the conclusion at which it arrived": *Ryan*, at para. 55; *Southam*, at para. 56. Reasons that "simply repeat statutory language, summarize arguments made, and then state a peremptory conclusion" will rarely assist a reviewing court in understanding the rationale underlying a decision and "are no substitute for statements of fact, analysis, inference and judgment": R. A. Macdonald and D. Lametti, "Reasons for Decision in Administrative Law" (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 123, at p. 139; see also *Gonzalez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 750, 27 Imm. L.R. (4th) 151, at paras. 57-59.

[103] While, as we indicated earlier (at paras. 89-96), formal reasons should be read in light of the record and with due sensitivity to the administrative regime in which they were given, a decision will be unreasonable if the reasons for it, read holistically, fail to reveal a rational chain of analysis or if they reveal that the decision was based on an irrational chain of analysis: see *Wright v. Nova Scotia (Human Rights Commission),* 2017 NSSC 11, 23 Admin. L.R. (6th) 110; *Southam*, at para. 56. A decision will also be unreasonable where the conclusion reached cannot follow from the analysis undertaken (see *Sangmo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 17, at para. 21 (CanLII)) or if the reasons read in conjunction with the record do not make it possible to understand the decision maker's reasoning on a critical point (see *Blas v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,

(1) Une décision raisonnable est fondée sur un raisonnement intrinsèquement cohérent

[102] Pour être raisonnable, une décision doit être fondée sur un raisonnement à la fois rationnel et logique. Il s'ensuit qu'un manquement à cet égard peut amener la cour de révision à conclure qu'il y a lieu d'infirmer la décision. Certes, le contrôle selon la norme de la décision raisonnable n'est pas « une chasse au trésor, phrase par phrase, à la recherche d'une erreur » : *Pâtes & Papier Irving*, par. 54, citant *Newfoundland Nurses*, par. 14. Cependant, la cour de révision doit être en mesure de suivre le raisonnement du décideur sans buter sur une faille décisive dans la logique globale; elle doit être convaincue qu'« [un] mode d'analyse, dans les motifs avancés, [. . .] pouvait raisonnablement amener le tribunal, au vu de la preuve, à conclure comme il l'a fait » : *Ryan*, par. 55; *Southam*, par. 56. Les motifs qui [TRADUCTION] « ne font que reprendre le libellé de la loi, résumer les arguments avancés et formuler ensuite une conclusion péremptoire » permettent rarement à la cour de révision de comprendre le raisonnement qui justifie une décision, et « ne sauraient tenir lieu d'exposé de faits, d'analyse, d'inférences ou de jugement » : R. A. Macdonald et D. Lametti, « Reasons for Decision in Administrative Law » (1990), 3 *R.C.D.A.P.* 123, p. 139; voir également *Gonzalez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2014 CF 750, par. 57-59 (CanLII).

[103] Bien que, comme nous l'avons déjà mentionné aux par. 89 à 96, il faille interpréter des motifs écrits eu égard au dossier et en tenant dûment compte du régime administratif dans lequel ils sont donnés, une décision sera déraisonnable lorsque, lus dans leur ensemble, les motifs ne font pas état d'une analyse rationnelle ou montrent que la décision est fondée sur une analyse irrationnelle : voir *Wright c. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2017 NSSC 11, 23 Admin. L.R. (6th) 110; *Southam*, par. 56. Une décision sera également déraisonnable si la conclusion tirée ne peut prendre sa source dans l'analyse effectuée (voir *Sangmo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2016 CF 17, par. 21 (CanLII)), ou qu'il est impossible de comprendre, lorsqu'on lit les motifs en corrélation avec le dossier, le raisonnement du décideur sur un point central (voir

2019 SCC 65 (CanLII)

2014 FC 629, 26 Imm. L.R. (4th) 92, at paras. 54-66; *Reid v. Criminal Injuries Compensation Board*, 2015 ONSC 6578; *Lloyd v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 115, 2016 D.T.C. 5051; *Taman v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 1, [2017] 3 F.C.R. 520, at para. 47).

[104] Similarly, the internal rationality of a decision may be called into question if the reasons exhibit clear logical fallacies, such as circular reasoning, false dilemmas, unfounded generalizations or an absurd premise. This is not an invitation to hold administrative decision makers to the formalistic constraints and standards of academic logicians. However, a reviewing court must ultimately be satisfied that the decision maker's reasoning "adds up".

(2) A Reasonable Decision Is Justified in Light of the Legal and Factual Constraints That Bear on the Decision

[105] In addition to the need for internally coherent reasoning, a decision, to be reasonable, must be justified in relation to the constellation of law and facts that are relevant to the decision: *Dunsmuir*, at para. 47; *Catalyst*, at para. 13; *Nor-Man Regional Health Authority*, at para. 6. Elements of the legal and factual contexts of a decision operate as constraints on the decision maker in the exercise of its delegated powers.

[106] It is unnecessary to catalogue all of the legal or factual considerations that could constrain an administrative decision maker in a particular case. However, in the sections that follow, we discuss a number of elements that will generally be relevant in evaluating whether a given decision is reasonable, namely: the governing statutory scheme; other relevant statutory or common law; the principles of statutory interpretation; the evidence before the decision maker and facts of which the decision maker may take notice; the submissions of the parties; the past practices and decisions of the administrative body; and the potential impact of the decision on the individual to whom it applies. These elements

Blas c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2014 CF 629, par. 54-66 (CanLII); *Reid c. Criminal Injuries Compensation Board*, 2015 ONSC 6578; *Lloyd c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 115; *Taman c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 1, [2017] 3 R.C.F. 520, par. 47).

[104] De même, la logique interne d'une décision peut également être remise en question lorsque les motifs sont entachés d'erreurs manifestes sur le plan rationnel — comme lorsque le décideur a suivi un raisonnement tautologique ou a recouru à de faux dilemmes, à des généralisations non fondées ou à une prémisse absurde. Il ne s'agit pas d'inviter la cour de révision à assujettir les décideurs administratifs à des contraintes formalistes ou aux normes auxquelles sont astreints des logiciens érudits. Toutefois, la cour de révision doit être convaincue que le raisonnement du décideur « se tient ».

(2) Une décision raisonnable est justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles qui ont une incidence sur la décision

[105] En plus de la nécessité qu'elle soit fondée sur un raisonnement intrinsèquement cohérent, une décision raisonnable doit être justifiée au regard de l'ensemble du droit et des faits pertinents : *Dunsmuir*, par. 47; *Catalyst*, par. 13; *Nor-Man Regional Health Authority*, par. 6. Les éléments du contexte juridique et factuel d'une décision constituent des contraintes qui ont une influence sur le décideur dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont délégués.

[106] Il est inutile de cataloguer toutes les considérations juridiques ou factuelles qui pourraient réduire la marge de manœuvre d'un décideur administratif dans un cas donné. Néanmoins, dans les sections qui suivent, nous nous penchons sur un certain nombre d'éléments qui sont généralement utiles pour déterminer si une décision est raisonnable. Il s'agit notamment du régime législatif applicable et de tout autre principe législatif ou principe de common law pertinent, des principes d'interprétation des lois, de la preuve portée à la connaissance du décideur et des faits dont le décideur peut prendre connaissance d'office, des observations des parties, des pratiques et décisions antérieures de l'organisme administratif

2019 SCC 65 (CanLII)

are not a checklist for conducting reasonableness review, and they may vary in significance depending on the context. They are offered merely to highlight some elements of the surrounding context that can cause a reviewing court to lose confidence in the outcome reached.

[107] A reviewing court may find that a decision is unreasonable when examined against these contextual considerations. These elements necessarily interact with one another: for example, a reasonable penalty for professional misconduct in a given case must be justified *both* with respect to the types of penalties prescribed by the relevant legislation and with respect to the nature of the underlying misconduct.

(a) *Governing Statutory Scheme*

[108] Because administrative decision makers receive their powers by statute, the governing statutory scheme is likely to be the most salient aspect of the legal context relevant to a particular decision. That administrative decision makers play a role, along with courts, in elaborating the precise content of the administrative schemes they administer should not be taken to mean that administrative decision makers are permitted to disregard or rewrite the law as enacted by Parliament and the provincial legislatures. Thus, for example, while an administrative body may have considerable discretion in making a particular decision, that decision must ultimately comply "with the rationale and purview of the statutory scheme under which it is adopted": *Catalyst*, at paras. 15 and 25-28; see also *Green*, at para. 44. As Rand J. noted in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140, "there is no such thing as absolute and untrammelled 'discretion'", and any exercise of discretion must accord with the purposes for which it was given: see also *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine*, at para. 7; *Montréal (City) v. Montreal Port Authority*, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427, at paras. 32-33; *Nor-Man Regional Health Authority*, at para. 6. Likewise, a decision must comport with any more specific constraints imposed by the governing legislative scheme, such as

et, enfin, de l'impact potentiel de la décision sur l'individu qui en fait l'objet. Ces éléments ne doivent pas servir de liste de vérification pour l'exercice du contrôle selon la norme de la décision raisonnable et leur importance peut varier selon le contexte. L'objectif est simplement d'insister sur certains éléments du contexte pouvant amener la cour de révision à perdre confiance dans le résultat obtenu.

[107] Il est possible que la cour de révision estime qu'une décision est déraisonnable au regard de ces considérations contextuelles. Ces éléments interagissent forcément entre eux : par exemple, une sanction raisonnable infligée pour inconduite professionnelle dans un cas donné doit être justifiée *à la fois* au regard des sanctions prescrites par les dispositions législatives applicables et de la nature de l'inconduite en cause.

a) *Le régime législatif applicable*

[108] Comme les décideurs administratifs tiennent leurs pouvoirs d'une loi, le régime législatif applicable est probablement l'aspect le plus important du contexte juridique d'une décision donnée. Le fait que les décideurs administratifs participent, avec les cours de justice, à l'élaboration du contenu précis des régimes administratifs qu'ils administrent, ne devrait pas être interprété comme une licence accordée aux décideurs administratifs pour ignorer ou réécrire les lois adoptées par le Parlement et les législatures provinciales. Ainsi, bien qu'un organisme administratif puisse disposer d'un vaste pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit de prendre une décision en particulier, cette décision doit en fin de compte être conforme « à la raison d'être et à la portée du régime législatif sous lequel elle a été adoptée » : *Catalyst*, par. 15 et 25-28; voir aussi *Green*, par. 44. En effet, comme le faisait remarquer le juge Rand dans l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 140, [TRADUCTION] « il n'y a rien de tel qu'une "discrétion" absolue et sans entraves », et tout exercice d'un pouvoir discrétionnaire doit être conforme aux fins pour lesquelles il a été accordé : voir aussi *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine*, par. 7; *Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427, par. 32-33; *Nor-Man Regional Health Authority*,

2019 SCC 65 (CanLII)

the statutory definitions, principles or formulas that prescribe the exercise of a discretion: see *Montréal (City)*, at paras. 33 and 40-41; *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203, at paras. 38-40. The statutory scheme also informs the acceptable approaches to decision making: for example, where a decision maker is given wide discretion, it would be unreasonable for it to fetter that discretion: see *Delta Air Lines*, at para. 18.

[109] As stated above, a proper application of the reasonableness standard is capable of allaying the concern that an administrative decision maker might interpret the scope of its own authority beyond what the legislature intended. As a result, there is no need to maintain a category of "truly" jurisdictional questions that are subject to correctness review. Although a decision maker's interpretation of its statutory grant of authority is generally entitled to deference, the decision maker must nonetheless properly justify that interpretation. Reasonableness review does not allow administrative decision makers to arrogate powers to themselves that they were never intended to have, and an administrative body cannot exercise authority which was not delegated to it. Contrary to our colleagues' concern (at para. 285), this does not reintroduce the concept of "jurisdictional error" into judicial review, but merely identifies one of the obvious and necessary constraints imposed on administrative decision makers.

[110] Whether an interpretation is justified will depend on the context, including the language chosen by the legislature in describing the limits and contours of the decision maker's authority. If a legislature wishes to precisely circumscribe an administrative decision maker's power in some respect, it can do so by using precise and narrow language and delineating the power in detail, thereby tightly

par. 6. De même, la décision doit tenir compte de toute contrainte plus spécifique clairement imposée par le régime législatif applicable, telle que les définitions, les formules ou les principes prévus par la loi qui prescrivent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire : voir *Montréal (Ville)*, par. 33 et 40-41; *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203, par. 38-40. Le régime législatif oriente également les approches acceptables en matière de prise de décisions : par exemple, lorsque le décideur dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire, il serait déraisonnable de sa part d'entraver un tel pouvoir discrétionnaire : voir *Delta Air Lines*, par. 18.

[109] Comme nous l'avons déjà mentionné, l'application appropriée de la norme de la décision raisonnable permet de dissiper la crainte que le décideur administratif puisse interpréter la portée de sa propre compétence de manière à étendre ses pouvoirs au-delà de ce que voulait le législateur. Il est ainsi inutile de conserver une catégorie de questions touchant « véritablement » à la compétence assujetties au contrôle selon la norme de la décision correcte. Si, en règle générale, il y a lieu de faire preuve de déférence envers l'interprétation que donne le décideur du pouvoir que lui confère la loi, ce dernier doit néanmoins justifier convenablement son interprétation. Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable ne permet pas au décideur administratif de s'arroger des pouvoirs que le législateur n'a jamais voulu lui conférer. De la même manière, un organisme administratif ne saurait exercer un pouvoir qui ne lui a pas été délégué. Contrairement aux préoccupations exprimées par nos collègues (par. 285), cette démarche ne fait pas resurgir la notion d'« erreur de compétence » dans le contrôle judiciaire; elle ne fait que relever l'une des contraintes évidentes et nécessaires qui s'imposent aux décideurs administratifs.

[110] La question de savoir si une interprétation est justifiée dépendra du contexte, notamment des mots choisis par le législateur pour décrire les limites et les contours du pouvoir du décideur. Si le législateur souhaite circonscrire avec précision le pouvoir d'un décideur administratif de façon ciblée, il peut se servir de termes précis et restrictifs et définir en détail les pouvoirs conférés, limitant ainsi strictement

2019 SCC 65 (CanLII)

constraining the decision maker's ability to interpret the provision. Conversely, where the legislature chooses to use broad, open-ended or highly qualitative language — for example, "in the public interest" — it clearly contemplates that the decision maker is to have greater flexibility in interpreting the meaning of such language. Other language will fall in the middle of this spectrum. All of this is to say that certain questions relating to the scope of a decision maker's authority may support more than one interpretation, while other questions may support only one, depending upon the text by which the statutory grant of authority is made. What matters is whether, in the eyes of the reviewing court, the decision maker has properly justified its interpretation of the statute in light of the surrounding context. It will, of course, be impossible for an administrative decision maker to justify a decision that strays beyond the limits set by the statutory language it is interpreting.

(b) *Other Statutory or Common Law*

[111] It is evident that both statutory and common law will impose constraints on how and what an administrative decision maker can lawfully decide: see *Dunsmuir*, at paras. 47 and 74. For example, an administrative decision maker interpreting the scope of its regulation-making authority in order to exercise that authority cannot adopt an interpretation that is inconsistent with applicable common law principles regarding the nature of statutory powers: see *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810, at paras. 45-48. Neither can a body instructed by legislation to determine what tax rate is applicable in accordance with an existing tax system ignore that system and base its determination on a "fictitious" system it has arbitrarily created: *Montréal (City)*, at para. 40. Where a relationship is governed by private law, it would be unreasonable for a decision maker to ignore that law in adjudicating parties' rights within that relationship: *Dunsmuir*, at para. 74. Similarly, where the governing statute specifies a standard that is well known in law and in the jurisprudence, a reasonable decision will generally be one that is consistent with the established understanding

les interprétations que le décideur peut donner de la disposition habilitante. À l'inverse, dans les cas où le législateur choisit d'utiliser des termes généraux, non limitatifs ou nettement qualitatifs — par exemple, l'expression « dans l'intérêt public » — il envisage manifestement que le décideur jouisse d'une souplesse accrue dans l'interprétation d'un tel libellé. D'autres formulations se retrouveront entre ces deux extrêmes. Bref, selon le libellé des dispositions législatives habilitantes, certaines questions touchant à la portée du pouvoir d'un décideur peuvent se prêter à plusieurs interprétations, alors que d'autres questions ne sauraient commander qu'une seule interprétation. Ce qui importe, c'est de déterminer si, aux yeux de la cour de révision, le décideur a justifié convenablement son interprétation de la loi à la lumière du contexte. Évidemment, il sera impossible au décideur administratif de justifier une décision qui excède les limites fixées par les dispositions législatives qu'il interprète.

b) *Les autres règles législatives ou de common law*

[111] Il coule de source que le droit — tant la loi que la common law — limitera l'éventail des options qui s'offrent légalement au décideur administratif chargé de trancher un cas particulier : voir *Dunsmuir*, par. 47 et 74. Par exemple, le décideur administratif qui interprète la portée de son pouvoir de réglementation dans le but de l'exercer ne peut retenir une interprétation incompatible avec les principes de common law applicables en ce qui concerne la nature des pouvoirs législatifs : voir *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810, par. 45-48. Un organisme chargé par la loi d'évaluer un taux d'imposition applicable conformément à un régime fiscal existant en particulier ne peut non plus faire fi de ce régime ni baser ses calculs sur un système « fictif » qu'il a créé arbitrairement : *Montréal (Ville)*, par. 40. Lorsqu'une relation est régie par le droit privé, il serait déraisonnable de la part du décideur de faire abstraction de ce fait lorsqu'il se prononce sur les droits des parties dans le cadre de cette relation : *Dunsmuir*, par. 74. De la même manière, lorsque la loi habilitante prévoit l'application d'une norme bien connue en droit et dans la jurisprudence, une décision

2019 SCC 65 (CanLII)

of that standard: see, e.g., the discussion of "reasonable grounds to suspect" in *Canada (Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006, at paras. 93-98.

[112] Any precedents on the issue before the administrative decision maker or on a similar issue will act as a constraint on what the decision maker can reasonably decide. An administrative body's decision may be unreasonable on the basis that the body failed to explain or justify a departure from a binding precedent in which the same provision had been interpreted. Where, for example, there is a relevant case in which a court considered a statutory provision, it would be unreasonable for an administrative decision maker to interpret or apply the provision without regard to that precedent. The decision maker would have to be able to explain why a different interpretation is preferable by, for example, explaining why the court's interpretation does not work in the administrative context: M. Biddulph, "Rethinking the Ramifications of Reasonableness Review: *Stare Decisis* and Reasonableness Review on Questions of Law" (2018), 56 *Alta. L.R.* 119, at p. 146. There may be circumstances in which it is quite simply unreasonable for an administrative decision maker to fail to apply or interpret a statutory provision in accordance with a binding precedent. For instance, where an immigration tribunal is required to determine whether an applicant's act would constitute a criminal offence under Canadian law (see, e.g., *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 35 to 37), it would clearly not be reasonable for the tribunal to adopt an interpretation of a criminal law provision that is inconsistent with how Canadian criminal courts have interpreted it.

[113] That being said, administrative decision makers will not necessarily be required to apply equitable and common law principles in the same manner as courts in order for their decisions to be reasonable. For example, it may be reasonable for a decision maker to adapt a common law or equitable doctrine to its administrative context: see *Nor-Man Regional*

raisonnable sera généralement conforme à l'acception consacrée de cette norme : voir, p. ex., l'analyse des « motifs raisonnables de soupçonner » dans l'arrêt *Canada (Transports, Infrastructure et Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006, par. 93-98.

[112] Tout précédent sur la question soumise au décideur administratif ou sur une question semblable aura pour effet de circonscrire l'éventail des issues raisonnables. La décision d'un organisme administratif peut être déraisonnable en raison de l'omission d'expliquer ou de justifier une dérogation à un précédent contraignant dans lequel a été interprétée la même disposition. Si, par exemple, une cour de justice a examiné une disposition législative dans un jugement pertinent, il serait déraisonnable que le décideur administratif interprète ou applique celle-ci sans égard à ce précédent. Le décideur devrait être en mesure d'indiquer pourquoi il est préférable d'adopter une autre interprétation, par exemple en expliquant pourquoi l'interprétation de la cour de justice ne fonctionne pas dans le contexte administratif : M. Biddulph, « Rethinking the Ramifications of Reasonableness Review : *Stare Decisis* and Reasonableness Review on Questions of Law » (2018), 56 *Alta. L.R.* 119, p. 146. Il peut y avoir des circonstances dans lesquelles il est tout simplement déraisonnable que le décideur administratif n'applique ou n'interprète pas une disposition législative en conformité avec un précédent contraignant. Par exemple, dans les cas où une cour de justice compétente en matière d'immigration est appelée à décider si un acte constitue une infraction criminelle en droit canadien (voir, p. ex., la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, art. 35 à 37), il serait à l'évidence déraisonnable que le tribunal retienne une interprétation d'une disposition pénale qui soit incompatible avec l'interprétation que lui ont donnée les cours criminelles canadiennes.

[113] Cela dit, les décideurs administratifs ne seront pas nécessairement tenus d'appliquer les principes d'equity et de common law de la même façon qu'une cour de justice pour que leurs décisions soient raisonnables. Par exemple, il serait raisonnable pour le décideur d'adapter une doctrine de common law ou d'equity au contexte administratif qui lui est propre :

2019 SCC 65 (CanLII)

Health Authority, at paras. 5-6, 44-45, 52, 54 and 60. Conversely, a decision maker that rigidly applies a common law doctrine without adapting it to the relevant administrative context may be acting unreasonably: see *Delta Air Lines*, at paras. 16-17 and 30. In short, whether an administrative decision maker has acted reasonably in adapting a legal or equitable doctrine involves a highly context-specific determination.

[114] We would also note that in some administrative decision making contexts, international law will operate as an important constraint on an administrative decision maker. It is well established that legislation is presumed to operate in conformity with Canada's international obligations, and the legislature is "presumed to comply with the values and principles of customary and conventional international law": *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at para. 53; *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754, at para. 40. Since *Baker*, it has also been clear that international treaties and conventions, even where they have not been implemented domestically by statute, can help to inform whether a decision was a reasonable exercise of administrative power: *Baker*, at paras. 69-71
.

(c) *Principles of Statutory Interpretation*

[115] Matters of statutory interpretation are not treated uniquely and, as with other questions of law, may be evaluated on a reasonableness standard. Although the general approach to reasonableness review described above applies in such cases, we recognize that it is necessary to provide additional guidance to reviewing courts on this point. This is because reviewing courts are accustomed to resolving questions of statutory interpretation in a context in which the issue is before them at first instance or on appeal, and where they are expected to perform their own independent analysis and come to their own conclusions.

[116] Reasonableness review functions differently. Where reasonableness is the applicable standard on

voir *Nor-Man Regional Health Authority*, par. 5-6, 44-45, 52, 54 et 60. En revanche, le décideur qui applique de manière rigide une doctrine de common law sans l'adapter au contexte administratif pertinent agit peut-être de manière déraisonnable : voir *Delta Air Lines*, par. 16-17 et 30. Bref, la question de savoir si le décideur administratif a agi raisonnablement en adaptant une règle de droit ou d'equity appelle un examen fondé dans une très large mesure sur le contexte.

[114] Nous tenons également à faire remarquer que le droit international représentera une contrainte importante pour un décideur administratif dans certains domaines du processus décisionnel administratif. Il est bien établi que la législation est réputée s'appliquer conformément aux obligations internationales du Canada et que l'organe législatif est « présumé respecter les valeurs et les principes du droit international coutumier et conventionnel » : *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 53; *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754, par. 40. Depuis l'arrêt *Baker*, il est également établi que les conventions et les traités internationaux, même s'ils n'ont pas été mis en œuvre par une loi au Canada, s'avèrent utiles pour déterminer si une décision participe d'un exercice raisonnable du pouvoir administratif : *Baker*, par. 69-71.

c) *Les principes d'interprétation législative*

[115] Les questions d'interprétation de la loi ne reçoivent pas un traitement exceptionnel. Comme toute autre question de droit, on peut les évaluer en appliquant la norme de la décision raisonnable. Bien que la méthode générale de contrôle selon la norme de la décision raisonnable exposée précédemment s'applique dans ces cas, nous sommes conscients de la nécessité de fournir des indications supplémentaires aux cours de révision sur ce point. En effet, les cours de révision ont l'habitude de trancher les questions d'interprétation législative en première instance ou en appel, où elles doivent effectuer leurs propres analyses indépendantes et tirer leurs propres conclusions.

[116] Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable s'effectue différemment. Si une question

2019 SCC 65 (CanLII)

a question of statutory interpretation, the reviewing court does not undertake a *de novo* analysis of the question or "ask itself what the correct decision would have been": *Ryan*, at para. 50. Instead, just as it does when applying the reasonableness standard in reviewing questions of fact, discretion or policy, the court must examine the administrative decision as a whole, including the reasons provided by the decision maker and the outcome that was reached.

[117] A court interpreting a statutory provision does so by applying the "modern principle" of statutory interpretation, that is, that the words of a statute must be read "in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament": *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, and *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26, both quoting E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87. Parliament and the provincial legislatures have also provided guidance by way of statutory rules that explicitly govern the interpretation of statutes and regulations: see, e.g., *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21.

[118] This Court has adopted the "modern principle" as the proper approach to statutory interpretation, because legislative intent can be understood only by reading the language chosen by the legislature in light of the purpose of the provision and the entire relevant context: Sullivan, at pp. 7-8. Those who draft and enact statutes expect that questions about their meaning will be resolved by an analysis that has regard to the text, context and purpose, regardless of whether the entity tasked with interpreting the law is a court or an administrative decision maker. An approach to reasonableness review that respects legislative intent must therefore assume that those who interpret the law — whether courts or administrative decision makers — will do so in a manner consistent with this principle of interpretation.

d'interprétation législative fait l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision raisonnable, la cour de révision ne procède pas à une analyse *de novo* de la question soulevée ni ne se demande « ce qu'aurait été la décision correcte » : *Ryan*, par. 50. Tout comme lorsqu'elle applique la norme de la décision raisonnable dans l'examen de questions de fait ou de questions concernant un pouvoir discrétionnaire ou des politiques, la cour de justice doit plutôt examiner la décision administrative dans son ensemble, y compris les motifs fournis par le décideur et le résultat obtenu.

[117] La cour qui interprète une disposition législative le fait en appliquant le « principe moderne » en matière d'interprétation des lois, selon lequel il faut lire les termes d'une loi « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, et *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26, citant tous deux E. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87. Le Parlement et les législatures provinciales ont également donné certaines indications en adoptant des règles législatives qui encadrent explicitement l'interprétation des lois et des règlements : voir, p. ex., la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21.

[118] Notre Cour a adopté ce « principe moderne » en tant que méthode appropriée d'interprétation des lois parce que c'est uniquement à partir du texte de loi, de l'objet de la disposition législative et du contexte dans son ensemble qu'il est possible de saisir l'intention du législateur : Sullivan, p. 7-8. Les personnes qui rédigent et adoptent des textes de loi s'attendent à ce que les questions concernant leur sens soient tranchées à la suite d'une analyse qui tienne compte du libellé, du contexte et de l'objet de la disposition concernée, que l'entité chargée d'interpréter la loi soit une cour de justice ou un décideur administratif. Une méthode de contrôle selon la norme de la décision raisonnable qui respecte l'intention du législateur doit donc tenir pour acquis que les instances chargées d'interpréter la loi — qu'il s'agisse des cours de justice ou des décideurs administratifs — effectueront cet exercice conformément au principe d'interprétation susmentionné.

2019 SCC 65 (CanLII)

[119] Administrative decision makers are not required to engage in a formalistic statutory interpretation exercise in every case. As discussed above, formal reasons for a decision will not always be necessary and may, where required, take different forms. And even where the interpretive exercise conducted by the administrative decision maker is set out in written reasons, it may look quite different from that of a court. The specialized expertise and experience of administrative decision makers may sometimes lead them to rely, in interpreting a provision, on considerations that a court would not have thought to employ but that actually enrich and elevate the interpretive exercise.

[120] But whatever form the interpretive exercise takes, the merits of an administrative decision maker's interpretation of a statutory provision must be consistent with the text, context and purpose of the provision. In this sense, the usual principles of statutory interpretation apply equally when an administrative decision maker interprets a provision. Where, for example, the words used are "precise and unequivocal", their ordinary meaning will usually play a more significant role in the interpretive exercise: *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at para. 10. Where the meaning of a statutory provision is disputed in administrative proceedings, the decision maker must demonstrate in its reasons that it was alive to these essential elements.

[121] The administrative decision maker's task is to interpret the contested provision in a manner consistent with the text, context and purpose, applying its particular insight into the statutory scheme at issue. It cannot adopt an interpretation it knows to be inferior — albeit plausible — merely because the interpretation in question appears to be available and is expedient. The decision maker's responsibility is to discern meaning and legislative intent, not to "reverse-engineer" a desired outcome.

[119] Les décideurs administratifs ne sont pas tenus dans tous les cas de procéder à une interprétation formaliste de la loi. Comme nous l'avons déjà expliqué, il n'est pas toujours nécessaire de motiver formellement une décision. Dans les cas où il faut en fournir, les motifs peuvent revêtir diverses formes. Et même lorsque l'interprétation à laquelle se livre le décideur administratif est exposée dans des motifs écrits, elle pourrait sembler bien différente de celle effectuée par la cour de justice. L'expertise spécialisée et l'expérience des décideurs administratifs peuvent parfois les amener à s'en remettre, pour interpréter une disposition, à des considérations qu'une cour de justice n'aurait pas songé à évoquer, mais qui enrichissent et rehaussent bel et bien l'interprétation.

[120] Or, quelle que soit la forme que prend l'opération d'interprétation d'une disposition législative, le fond de l'interprétation de celle-ci par le décideur administratif doit être conforme à son texte, à son contexte et à son objet. En ce sens, les principes habituels d'interprétation législative s'appliquent tout autant lorsqu'un décideur administratif interprète une disposition. Par exemple, lorsque le libellé d'une disposition est « précis et non équivoque », son sens ordinaire joue normalement un rôle plus important dans le processus d'interprétation : *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, par. 10. Lorsque le sens d'une disposition législative est contesté au cours d'une instance administrative, il incombe au décideur de démontrer dans ses motifs qu'il était conscient de ces éléments essentiels.

[121] La tâche du décideur administratif est d'interpréter la disposition contestée d'une manière qui cadre avec le texte, le contexte et l'objet, compte tenu de sa compréhension particulière du régime législatif en cause. Toutefois, le décideur administratif ne peut adopter une interprétation qu'il sait de moindre qualité — mais plausible — simplement parce que cette interprétation paraît possible et opportune. Il incombe au décideur de véritablement s'efforcer de discerner le sens de la disposition et l'intention du législateur, et non d'échafauder une interprétation à partir du résultat souhaité.

2019 SCC 65 (CanLII)

[122] It can happen that an administrative decision maker, in interpreting a statutory provision, fails entirely to consider a pertinent aspect of its text, context or purpose. Where such an omission is a minor aspect of the interpretive context, it is not likely to undermine the decision as a whole. It is well established that decision makers are not required "to explicitly address all possible shades of meaning" of a given provision: *Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc.*, 2012 SCC 65, [2012] 3 S.C.R. 405, at para. 3. Just like judges, administrative decision makers may find it unnecessary to dwell on each and every signal of statutory intent in their reasons. In many cases, it may be necessary to touch upon only the most salient aspects of the text, context or purpose. If, however, it is clear that the administrative decision maker may well, had it considered a key element of a statutory provision's text, context or purpose, have arrived at a different result, its failure to consider that element would be indefensible, and unreasonable in the circumstances. Like other aspects of reasonableness review, omissions are not stand-alone grounds for judicial intervention: the key question is whether the omitted aspect of the analysis causes the reviewing court to lose confidence in the outcome reached by the decision maker.

[122] Il se peut qu'au moment d'interpréter une disposition législative, le décideur administratif ne tienne aucunement compte d'un aspect pertinent de son texte, de son contexte ou de son objet. Lorsqu'il s'agit d'un aspect mineur du contexte interprétatif, cette omission n'est pas susceptible de compromettre la décision dans son ensemble. Il est bien établi que les décideurs ne sont pas tenus « de traiter expressément de toutes les interprétations possibles » d'une disposition donnée : *Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.*, 2012 CSC 65, [2012] 3 R.C.S. 405, par. 3. À l'instar des juges, les décideurs administratifs peuvent estimer qu'il n'est pas nécessaire de s'attarder, dans leurs motifs, au moindre signal d'une intention législative. Dans bien des cas, il peut se révéler nécessaire de ne prendre en compte que les aspects principaux du texte, du contexte ou de l'objet. Toutefois, s'il est manifeste que le décideur administratif aurait pu fort bien arriver à un résultat différent s'il avait pris en compte un élément clé du texte, du contexte ou de l'objet d'une disposition législative, le défaut de tenir compte de cet élément pourrait alors être indéfendable et déraisonnable dans les circonstances. Comme d'autres aspects du contrôle selon la norme de la décision raisonnable, les omissions ne justifient pas à elles seules l'intervention judiciaire : il s'agit principalement de savoir si l'aspect omis de l'analyse amène la cour de révision à perdre confiance dans le résultat auquel est arrivé le décideur.

[123] There may be other cases in which the administrative decision maker has not explicitly considered the meaning of a relevant provision in its reasons, but the reviewing court is able to discern the interpretation adopted by the decision maker from the record and determine whether that interpretation is reasonable.

[123] Par ailleurs, il se peut que le décideur administratif n'examine pas expressément dans ses motifs le sens d'une disposition pertinente, mais que la cour de révision soit en mesure de discerner l'interprétation adoptée à la lumière du dossier et de se prononcer sur le caractère raisonnable de cette interprétation.

[124] Finally, even though the task of a court conducting a reasonableness review is *not* to perform a *de novo* analysis or to determine the "correct" interpretation of a disputed provision, it may sometimes become clear in the course of reviewing a decision that the interplay of text, context and purpose leaves room for a single reasonable interpretation of the statutory provision, or aspect of the statutory provision,

[124] Enfin, même si la cour qui effectue un contrôle selon la norme de la décision raisonnable *ne* doit *pas* procéder à une analyse *de novo* ni déterminer l'interprétation « correcte » d'une disposition contestée, il devient parfois évident, lors du contrôle de la décision, que l'interaction du texte, du contexte et de l'objet ouvrent la porte à une seule interprétation raisonnable de la disposition législative en

2019 SCC 65 (CanLII)

that is at issue: *Dunsmuir*, at paras. 72-76. One case in which this conclusion was reached was *Nova Tube Inc./Nova Steel Inc. v. Conares Metal Supply Ltd.*, 2019 FCA 52, in which Laskin J.A., after analyzing the reasoning of the administrative decision maker (at paras. 26-61 (CanLII)), held that the decision maker's interpretation had been unreasonable, and, furthermore, that the factors he had considered in his analysis weighed so overwhelmingly in favour of the opposite interpretation that that was the only reasonable interpretation of the provision: para. 61. As discussed below, it would serve no useful purpose in such a case to remit the interpretative question to the original decision maker. Even so, a court should generally pause before definitively pronouncing upon the interpretation of a provision entrusted to an administrative decision maker.

(d) *Evidence Before the Decision Maker*

[125] It is trite law that the decision maker may assess and evaluate the evidence before it and that, absent exceptional circumstances, a reviewing court will not interfere with its factual findings. The reviewing court must refrain from "reweighing and reassessing the evidence considered by the decision maker": *CHRC*, at para. 55; see also *Khosa*, at para. 64; *Dr. Q*, at paras. 41-42. Indeed, many of the same reasons that support an appellate court's deferring to a lower court's factual findings, including the need for judicial efficiency, the importance of preserving certainty and public confidence, and the relatively advantageous position of the first instance decision maker, apply equally in the context of judicial review: see *Housen*, at paras. 15-18; *Dr. Q*, at para. 38; *Dunsmuir*, at para. 53.

[126] That being said, a reasonable decision is one that is justified in light of the facts: *Dunsmuir*, at para. 47. The decision maker must take the evidentiary record and the general factual matrix that bears on its decision into account, and its decision must be reasonable in light of them: see *Southam*, at para. 56. The reasonableness of a decision may be jeopardized where the decision maker has fundamentally

cause ou de l'aspect contesté de celle-ci : *Dunsmuir*, par. 72-76. Cette conclusion a été tirée notamment dans l'arrêt *Nova Tube Inc./Nova Steel Inc. c. Conares Metal Supply Ltd.*, 2019 CAF 52, où, après avoir analysé le raisonnement du décideur administratif (par. 26-61 (CanLII)), le juge Laskin a statué que l'interprétation de ce décideur était déraisonnable et, en outre, que les facteurs dont il a tenu compte militaient si fortement en faveur de l'interprétation contraire qu'elle constituait la seule interprétation raisonnable de la disposition en cause : par. 61. Comme nous l'expliquerons plus loin, il ne servirait à rien de renvoyer la question de l'interprétation au décideur initial en pareil cas. Par contre, les cours de justice devraient généralement hésiter à se prononcer de manière définitive sur l'interprétation d'une disposition qui relève de la compétence d'un décideur administratif.

d) *La preuve dont disposait le décideur*

[125] Il est acquis que le décideur administratif peut apprécier et évaluer la preuve qui lui est soumise et qu'à moins de circonstances exceptionnelles, les cours de révision ne modifient pas ses conclusions de fait. Les cours de révision doivent également s'abstenir « d'apprécier à nouveau la preuve prise en compte par le décideur » : *CCDP*, par. 55; voir également *Khosa*, par. 64; *Dr Q*, par. 41-42. D'ailleurs, bon nombre des mêmes raisons qui justifient la déférence d'une cour d'appel à l'égard des conclusions de fait tirées par une juridiction inférieure, dont la nécessité d'assurer l'efficacité judiciaire, l'importance de préserver la certitude et la confiance du public et la position avantageuse qu'occupe le décideur de première instance, s'appliquent également dans le contexte du contrôle judiciaire : voir *Housen*, par. 15-18; *Dr Q*, par. 38; *Dunsmuir*, par. 53.

[126] Cela dit, une décision raisonnable en est une qui se justifie au regard des faits : *Dunsmuir*, par. 47. Le décideur doit prendre en considération la preuve versée au dossier et la trame factuelle générale qui a une incidence sur sa décision et celle-ci doit être raisonnable au regard de ces éléments : voir *Southam*, par. 56. Le caractère raisonnable d'une décision peut être compromis si le décideur

2019 SCC 65 (CanLII)

misapprehended or failed to account for the evidence before it. In *Baker*, for example, the decision maker had relied on irrelevant stereotypes and failed to consider relevant evidence, which led to a conclusion that there was a reasonable apprehension of bias: para. 48. Moreover, the decision maker's approach would *also* have supported a finding that the decision was unreasonable on the basis that the decision maker showed that his conclusions were not based on the evidence that was actually before him: *ibid*.

(e) *Submissions of the Parties*

[127] The principles of justification and transparency require that an administrative decision maker's reasons meaningfully account for the central issues and concerns raised by the parties. The principle that the individual or individuals affected by a decision should have the opportunity to present their case fully and fairly underlies the duty of procedural fairness and is rooted in the right to be heard: *Baker*, at para. 28. The concept of responsive reasons is inherently bound up with this principle, because reasons are the primary mechanism by which decision makers demonstrate that they have actually *listened* to the parties.

[128] Reviewing courts cannot expect administrative decision makers to "respond to every argument or line of possible analysis" (*Newfoundland Nurses*, at para. 25), or to "make an explicit finding on each constituent element, however subordinate, leading to its final conclusion" (para. 16). To impose such expectations would have a paralyzing effect on the proper functioning of administrative bodies and would needlessly compromise important values such as efficiency and access to justice. However, a decision maker's failure to meaningfully grapple with key issues or central arguments raised by the parties may call into question whether the decision maker was actually alert and sensitive to the matter before it. In addition to assuring parties that their concerns have been heard, the process of drafting reasons with care and attention can alert the decision maker

s'est fondamentalement mépris sur la preuve qui lui a été soumise ou n'en a pas tenu compte. Dans l'arrêt *Baker*, par exemple, le décideur s'était fondé sur des stéréotypes dénués de pertinence et n'avait pas pris en compte une preuve pertinente, ce qui a mené à la conclusion qu'il existait une crainte raisonnable de partialité : par. 48. En outre, la démarche adoptée par le décideur permettait *également* de conclure au caractère déraisonnable de sa décision, car il avait démontré que ses conclusions ne reposaient pas sur la preuve dont il disposait en réalité : *ibid*.

e) *Les observations des parties*

[127] Les principes de la justification et de la transparence exigent que les motifs du décideur administratif tiennent valablement compte des questions et préoccupations centrales soulevées par les parties. Le principe suivant lequel la ou les personnes visées par une décision doivent avoir la possibilité de présenter entièrement et équitablement leur position est à la base de l'obligation d'équité procédurale et trouve son origine dans le droit d'être entendu : *Baker*, par. 28. La notion de « motifs adaptés aux questions et préoccupations soulevées » est inextricablement liée à ce principe étant donné que les motifs sont le principal mécanisme par lequel le décideur démontre qu'il a effectivement *écouté* les parties.

[128] Les cours de révision ne peuvent s'attendre à ce que les décideurs administratifs « répondent à tous les arguments ou modes possibles d'analyse » (*Newfoundland Nurses*, par. 25) ou « tire[nt] une conclusion explicite sur chaque élément constitutif du raisonnement, si subordonné soit-il, qui a mené à [leur] conclusion finale » (par. 16). Une telle exigence aurait un effet paralysant sur le bon fonctionnement des organismes administratifs et compromettrait inutilement des valeurs importantes telles que l'efficacité et l'accès à la justice. Toutefois, le fait qu'un décideur n'ait pas réussi à s'attaquer de façon significative aux questions clés ou aux arguments principaux formulés par les parties permet de se demander s'il était effectivement attentif et sensible à la question qui lui était soumise. En plus d'assurer aux parties que leurs préoccupations

2019 SCC 65 (CanLII)

to inadvertent gaps and other flaws in its reasoning: *Baker*, at para. 39.

(f) *Past Practices and Past Decisions*

[129] Administrative decision makers are not bound by their previous decisions in the same sense that courts are bound by *stare decisis*. As this Court noted in *Domtar*, "a lack of unanimity is the price to pay for the decision-making freedom and independence" given to administrative decision makers, and the mere fact that some conflict exists among an administrative body's decisions does not threaten the rule of law: p. 800. Nevertheless, administrative decision makers and reviewing courts alike must be concerned with the general consistency of administrative decisions. Those affected by administrative decisions are entitled to expect that like cases will generally be treated alike and that outcomes will not depend merely on the identity of the individual decision maker — expectations that do not evaporate simply because the parties are not before a judge.

[130] Fortunately, administrative bodies generally have a range of resources at their disposal to address these types of concerns. Access to past reasons and summaries of past reasons enables multiple individual decision makers within a single organization (such as administrative tribunal members) to learn from each other's work, and contributes to a harmonized decision-making culture. Institutions also routinely rely on standards, policy directives and internal legal opinions to encourage greater uniformity and guide the work of frontline decision makers. This Court has also held that plenary meetings of a tribunal's members can be an effective tool to "foster coherence" and "avoid . . . conflicting results": *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, at pp. 324-28. Where disagreement arises within an administrative body about how to appropriately resolve a given issue, that institution may also develop strategies

ont été prises en considération, le simple fait de rédiger des motifs avec soin et attention permet au décideur d'éviter que son raisonnement soit entaché de lacunes et d'autres failles involontaires : *Baker*, par. 39.

f) *Les pratiques et décisions antérieures*

[129] Les décideurs administratifs ne sont pas liés par leurs décisions antérieures au même titre que le sont les cours de justice suivant la règle du *stare decisis*. Comme l'a fait remarquer la Cour dans l'arrêt *Domtar*, « l'absence d'unanimité est [. . .] le prix à payer pour la liberté et l'indépendance décisionnelle » accordées aux décideurs administratifs, et la simple existence d'un certain conflit dans la jurisprudence d'un organisme administratif ne menace pas la primauté du droit : p. 800. Les décideurs administratifs et les cours de révision doivent toutefois se soucier de l'uniformité générale des décisions administratives. Les personnes visées par les décisions administratives sont en droit de s'attendre à ce que les affaires semblables soient généralement tranchées de la même façon et que les résultats ne dépendent pas seulement de l'identité du décideur — des attentes qui ne s'évaporent pas du simple fait que les parties ne comparaissent pas devant un juge.

[130] Heureusement, les organismes administratifs disposent généralement d'un éventail de ressources pour répondre à ce genre de préoccupations. La consultation des motifs antérieurs et de leurs résumés permet aux multiples décideurs au sein d'une même organisation (tels les membres d'un tribunal administratif) d'apprendre les uns des autres et de contribuer à l'édification d'une culture décisionnelle harmonisée. Les institutions se fient elles aussi régulièrement à des normes, à des directives stratégiques, ainsi qu'à des avis juridiques internes pour favoriser une plus grande uniformité et pour orienter le travail des décideurs de première ligne. La Cour a également conclu que les réunions plénières des membres d'un tribunal peuvent constituer un moyen efficace de « favoriser la cohérence » et d'« éviter [les] solutions incompatibles » : *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, p. 324-328. Lorsque des désaccords

2019 SCC 65 (CanLII)

to address that divergence internally and on its own initiative. Of course, consistency can also be encouraged through less formal methods, such as the development of training materials, checklists and templates for the purpose of streamlining and strengthening institutional best practices, provided that these methods do not operate to fetter decision making.

[131] Whether a particular decision is consistent with the administrative body's past decisions is also a constraint that the reviewing court should consider when determining whether an administrative decision is reasonable. Where a decision maker *does* depart from longstanding practices or established internal authority, it bears the justificatory burden of explaining that departure in its reasons. If the decision maker does not satisfy this burden, the decision will be unreasonable. In this sense, the legitimate expectations of the parties help to determine both whether reasons are required and what those reasons must explain: *Baker*, at para. 26. We repeat that this does not mean administrative decision makers are bound by internal precedent in the same manner as courts. Rather, it means that a decision that departs from longstanding practices or established internal decisions will be reasonable if that departure is justified, thereby reducing the risk of arbitrariness, which would undermine public confidence in administrative decision makers and in the justice system as a whole.

[132] As discussed above, it has been argued that correctness review would be required where there is "persistent discord" on questions on law in an administrative body's decisions. While we are not of the view that such a correctness category is required, we would note that reviewing courts have a role to play in managing the risk of persistently discordant or contradictory legal interpretations within an administrative body's decisions. When evidence of internal disagreement on legal issues has been put before a reviewing court, the court may find it appropriate to

surviennent au sein d'un organisme administratif sur la façon de trancher convenablement une question donnée, cette institution peut également prendre l'initiative de mettre au point des stratégies pour régler ses divergences à l'interne. Évidemment, l'uniformité peut être aussi encouragée par l'utilisation de méthodes moins formelles comme des outils de formation, des listes de vérification et des modèles, lesquels peuvent être élaborés afin de simplifier et de renforcer les pratiques exemplaires au sein de l'institution — pourvu que ces méthodes n'entravent pas le processus décisionnel.

[131] La question de savoir si une décision en particulier est conforme à la jurisprudence de l'organisme administratif est elle aussi une contrainte dont devrait tenir compte la cour de révision au moment de décider si cette décision est raisonnable. Lorsqu'un décideur *s'écarte* d'une pratique de longue date ou d'une jurisprudence interne constante, c'est sur ses épaules que repose le fardeau d'expliquer cet écart dans ses motifs. Si le décideur ne s'acquitte pas de ce fardeau, la décision est déraisonnable. En ce sens, les attentes légitimes des parties servent à déterminer à la fois la nécessité de motiver la décision et le contenu des motifs : *Baker*, par. 26. Nous le répétons, il ne s'ensuit pas pour autant que les décideurs administratifs sont liés par les décisions antérieures au même titre que les cours de justice. Cela veut plutôt dire qu'une décision dérogeant à une pratique de longue date ou à une jurisprudence interne établie sera raisonnable si cette dérogation est justifiée, ce qui réduit le risque d'arbitraire, lequel a un effet préjudiciable sur la confiance du public envers les décideurs administratifs et le système de justice dans son ensemble.

[132] Comme nous l'avons expliqué, certains ont soutenu qu'un contrôle selon la norme de la décision correcte s'imposerait dans les cas où des questions de droit « sèment constamment la discorde » dans les décisions d'un organisme administratif. Nous estimons que point n'est besoin d'une telle catégorie de questions où la norme de la décision correcte s'applique; nous devons toutefois souligner que les cours de révision ont un rôle à jouer lorsqu'il s'agit de réduire le risque d'interprétations juridiques constamment discordantes ou contradictoires dans les décisions

2019 SCC 65 (CanLII)

telegraph the existence of an issue in its reasons and encourage the use of internal administrative structures to resolve the disagreement. And if internal disagreement continues, it may become increasingly difficult for the administrative body to justify decisions that serve only to preserve the discord.

(g) *Impact of the Decision on the Affected Individual*

[133] It is well established that individuals are entitled to greater procedural protection when the decision in question involves the potential for significant personal impact or harm: *Baker*, at para. 25. However, this principle also has implications for how a court conducts reasonableness review. Central to the necessity of adequate justification is the perspective of the individual or party over whom authority is being exercised. Where the impact of a decision on an individual's rights and interests is severe, the reasons provided to that individual must reflect the stakes. The principle of responsive justification means that if a decision has particularly harsh consequences for the affected individual, the decision maker must explain why its decision best reflects the legislature's intention. This includes decisions with consequences that threaten an individual's life, liberty, dignity or livelihood.

[134] Moreover, concerns regarding arbitrariness will generally be more acute in cases where the consequences of the decision for the affected party are particularly severe or harsh, and a failure to grapple with such consequences may well be unreasonable. For example, this Court has held that the Immigration Appeal Division should, when exercising its equitable jurisdiction to stay a removal order under the *Immigration and Refugee Protection Act*, consider the potential foreign hardship a deported person would face: *Chieu v. Canada (Minister of*

d'un organisme administratif. Lorsqu'elle dispose d'une preuve concernant l'existence d'un désaccord au sein d'un organisme administratif sur la façon de trancher des questions de droit, une cour de révision pourrait estimer opportun d'en faire mention dans ses motifs et d'encourager le recours aux mécanismes internes pour résoudre le désaccord. Et si le désaccord interne persiste, il pourrait devenir de plus en plus difficile pour l'organisme administratif de justifier des décisions qui ne serviraient qu'à perpétuer la discorde.

g) *L'incidence de la décision sur l'individu visé*

[133] Il est bien établi que les individus ont droit à une plus grande protection procédurale lorsque la décision sous examen est susceptible d'avoir des répercussions personnelles importantes ou de leur causer un grave préjudice : *Baker*, par. 25. Toutefois, ce principe a également une incidence sur la manière dont une cour de justice effectue un contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Le point de vue de la partie ou de l'individu sur lequel l'autorité est exercée est au cœur de la nécessité d'une justification adéquate. Lorsque la décision a des répercussions sévères sur les droits et intérêts de l'individu visé, les motifs fournis à ce dernier doivent refléter ces enjeux. Le principe de la justification adaptée aux questions et préoccupations soulevées veut que le décideur explique pourquoi sa décision reflète le mieux l'intention du législateur, malgré les conséquences particulièrement graves pour l'individu concerné. Cela vaut notamment pour les décisions dont les conséquences menacent la vie, la liberté, la dignité ou les moyens de subsistance d'un individu.

[134] En outre, les préoccupations relatives à l'arbitraire sont généralement plus prononcées dans les cas où la décision a des conséquences particulièrement graves ou sévères pour la partie visée et le défaut de traiter de ces conséquences peut fort bien se révéler déraisonnable. Par exemple, notre Cour a statué qu'au moment d'exercer sa compétence en equity pour ordonner un sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, la section d'appel de l'immigration devait tenir compte des difficultés que risque

2019 SCC 65 (CanLII)

Citizenship and Immigration), 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84.

[135] Many administrative decision makers are entrusted with an extraordinary degree of power over the lives of ordinary people, including the most vulnerable among us. The corollary to that power is a heightened responsibility on the part of administrative decision makers to ensure that their reasons demonstrate that they have considered the consequences of a decision and that those consequences are justified in light of the facts and law.

F. *Review in the Absence of Reasons*

[136] Where the duty of procedural fairness or the legislative scheme mandates that reasons be given to the affected party but none have been given, this failure will generally require the decision to be set aside and the matter remitted to the decision maker: see, e.g., *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine*, at para. 35. Also, where reasons are provided but they fail to provide a transparent and intelligible justification as explained above, the decision will be unreasonable. In many cases, however, neither the duty of procedural fairness nor the statutory scheme will require that formal reasons be given at all: *Baker*, at para. 43.

[137] Admittedly, applying an approach to judicial review that prioritizes the decision maker's justification for its decisions can be challenging in cases in which formal reasons have not been provided. This will often occur where the decision-making process does not easily lend itself to producing a single set of reasons, for example, where a municipality passes a bylaw or a law society renders a decision by holding a vote: see, e.g., *Catalyst*; *Green*; *Trinity Western University*. However, even in such circumstances, the reasoning process that underlies the decision will not usually be opaque. It is important to recall that a reviewing court must look to the record as a whole to understand the decision, and that in doing so, the court will often uncover a clear rationale for the decision: *Baker*, at para. 44. For example, as McLachlin C.J. noted in *Catalyst*, "[t]he reasons for

de connaître la personne concernée à l'étranger par suite de son expulsion : *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84.

[135] Bon nombre de décideurs administratifs se voient confier des pouvoirs extraordinaires sur la vie de gens ordinaires, dont beaucoup sont parmi les plus vulnérables de notre société. Le corollaire de ce pouvoir est la responsabilité accrue qui échoit aux décideurs administratifs de s'assurer que leurs motifs démontrent qu'ils ont tenu compte des conséquences d'une décision et que ces conséquences sont justifiées au regard des faits et du droit.

F. *Le contrôle en l'absence de motifs*

[136] Lorsque l'obligation d'équité procédurale ou le régime législatif appellent la communication de motifs à la partie touchée mais qu'aucuns motifs n'ont été donnés, la décision doit généralement être infirmée et l'affaire, renvoyée au décideur : voir, p. ex., *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine*, par. 35. En outre, si des motifs sont communiqués, mais que ceux-ci ne justifient pas la décision de manière transparente et intelligible comme nous l'avons expliqué, la décision sera déraisonnable. Dans de nombreux cas toutefois, ni l'obligation d'équité procédurale ni le régime législatif applicable ne requerra la présentation de motifs écrits : *Baker*, par. 43.

[137] Certes, il est parfois difficile d'employer une méthode de contrôle judiciaire qui accorde la priorité à la justification, par le décideur, de ses décisions dans les cas où aucuns motifs écrits ne sont communiqués. Il en sera souvent ainsi dans le cas où le processus décisionnel ne se prête pas facilement à la production d'une seule série de motifs, par exemple lorsqu'une municipalité adopte un règlement ou lorsqu'un barreau rend une décision au moyen de la tenue d'un vote : voir, p. ex., *Catalyst*; *Green*; *Trinity Western University*. Toutefois, même en pareil cas, le raisonnement qui sous-tend la décision n'est normalement pas opaque. Il importe de rappeler qu'une cour de révision doit examiner le dossier dans son ensemble pour comprendre la décision et qu'elle découvrira alors souvent une justification claire pour la décision : *Baker*, par. 44. Par exemple, comme

2019 SCC 65 (CanLII)

a municipal bylaw are traditionally deduced from the debate, deliberations and the statements of policy that give rise to the bylaw": para. 29. In that case, not only were "the reasons [in the sense of rationale] for the bylaw . . . clear to everyone", they had also been laid out in a five-year plan: para. 33. Conversely, even without reasons, it is possible for the record and the context to reveal that a decision was made on the basis of an improper motive or for another impermissible reason, as, for example, in *Roncarelli*.

[138] There will nonetheless be situations in which no reasons have been provided and neither the record nor the larger context sheds light on the basis for the decision. In such a case, the reviewing court must still examine the decision in light of the relevant constraints on the decision maker in order to determine whether the decision is reasonable. But it is perhaps inevitable that without reasons, the analysis will then focus on the outcome rather than on the decision maker's reasoning process. This does not mean that reasonableness review is less robust in such circumstances, only that it takes a different shape.

G. *A Note on Remedial Discretion*

[139] Where a court reviews an administrative decision, the question of the appropriate remedy is multi-faceted. It engages considerations that include the reviewing court's common law or statutory jurisdiction and the great diversity of elements that may influence a court's decision to exercise its discretion in respect of available remedies. While we do not aim to comprehensively address here the issue of remedies on judicial review, we do wish to briefly address the question of whether a court that quashes an unreasonable decision should exercise its discretion to remit the matter to the decision maker for reconsideration with the benefit of the court's reasons.

la juge en chef McLachlin l'a souligné dans l'arrêt *Catalyst*, « [l]es motifs qui sous-tendent un règlement municipal se dégagent habituellement du débat, des délibérations et des énoncés de politique d'où il prend sa source » : par. 29. Dans cette affaire, non seulement « les motifs qui sous-tendaient le règlement contesté étaient clairs pour tous », mais ils avaient en outre été exposés dans un plan quinquennal : par. 33. À l'inverse, même en l'absence de motifs, il se peut que le dossier et le contexte révèlent qu'une décision repose sur un mobile irrégulier ou sur un autre motif inacceptable, comme dans l'arrêt *Roncarelli*.

[138] Il existe néanmoins des situations dans lesquelles aucuns motifs n'ont été fournis et où ni le dossier ni le contexte général ne permettent de discerner le fondement de la décision en cause. En pareil cas, la cour de révision doit tout de même examiner la décision à la lumière des contraintes imposées au décideur afin de déterminer s'il s'agit d'une décision raisonnable. Toutefois, il est peut-être inévitable que faute de motifs, l'analyse soit alors centrée sur le résultat plutôt que sur le raisonnement du décideur. Il ne s'ensuit pas pour autant que le contrôle selon la norme de la décision raisonnable est moins rigoureux dans ces circonstances; il prend seulement une forme différente.

G. *Un mot sur le pouvoir discrétionnaire en matière de réparation*

[139] La question de la réparation qu'il convient d'accorder dans les cas où une cour procède au contrôle d'une décision administrative revêt de multiples facettes. Cela fait intervenir des considérations comme la common law ou la compétence que confère la loi à la cour de révision, ainsi que la grande diversité d'éléments pouvant influer sur la décision d'une cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire à l'égard des réparations possibles. Bien que nous n'entendions pas procéder ici à une analyse complète de la question des réparations dans le cadre d'un contrôle judiciaire, nous souhaitons toutefois aborder brièvement la question de savoir si la cour qui casse une décision déraisonnable devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de renvoyer l'affaire pour réexamen à la lumière des motifs donnés par la cour.

2019 SCC 65 (CanLII)

[140] Where the reasonableness standard is applied in conducting a judicial review, the choice of remedy must be guided by the rationale for applying that standard to begin with, including the recognition by the reviewing court that the legislature has entrusted the matter to the administrative decision maker, and not to the court, to decide: see *Delta Air Lines*, at para. 31. However, the question of remedy must also be guided by concerns related to the proper administration of the justice system, the need to ensure access to justice and "the goal of expedient and cost-efficient decision making, which often motivates the creation of specialized administrative tribunals in the first place": *Alberta Teachers*, at para. 55.

[141] Giving effect to these principles in the remedial context means that where a decision reviewed by applying the reasonableness standard cannot be upheld, it will most often be appropriate to remit the matter to the decision maker to have it reconsider the decision, this time with the benefit of the court's reasons. In reconsidering its decision, the decision maker may arrive at the same, or a different, outcome: see *Delta Air Lines*, at paras. 30-31.

[142] However, while courts should, as a general rule, respect the legislature's intention to entrust the matter to the administrative decision maker, there are limited scenarios in which remitting the matter would stymie the timely and effective resolution of matters in a manner that no legislature could have intended: *D'Errico v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 95, 459 N.R. 167, at paras. 18-19. An intention that the administrative decision maker decide the matter at first instance cannot give rise to an endless merry-go-round of judicial reviews and subsequent reconsiderations. Declining to remit a matter to the decision maker may be appropriate where it becomes evident to the court, in the course of its review, that a particular outcome is inevitable and that remitting the case would therefore serve no useful purpose: see *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, at pp. 228-30; *Renaud v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 S.C.R. 855; *Groia v. Law Society of Upper Canada*,

[140] Lorsque la cour de révision applique la norme de la décision raisonnable au moment d'effectuer un contrôle judiciaire, le choix de la réparation doit être guidé par la raison d'être de l'application de cette norme, y compris le fait pour la cour de révision de reconnaître que le législateur a confié le règlement de l'affaire à un décideur administratif, et non à une cour : voir *Delta Air Lines*, par. 31. Toutefois, l'examen de la question de la réparation doit aussi être guidé par les préoccupations liées à la bonne administration du système de justice, à la nécessité d'assurer l'accès à la justice et à « la volonté de mettre sur pied un processus décisionnel à la fois rapide et économique qui préside souvent au départ à la création d'un tribunal administratif spécialisé » : *Alberta Teachers*, par. 55.

[141] Donner effet à ces principes dans le contexte de la réparation signifie que, lorsque la décision contrôlée selon la norme de la décision raisonnable ne peut être confirmée, il conviendra le plus souvent de renvoyer l'affaire au décideur pour qu'il revoie la décision, mais à la lumière cette fois des motifs donnés par la cour. Quand il revoit sa décision, le décideur peut alors arriver au même résultat ou à un résultat différent : voir *Delta Air Lines*, par. 30-31.

[142] Cependant, s'il convient, en règle générale, que les cours de justice respectent la volonté du législateur de confier l'affaire à un décideur administratif, il y a des situations limitées dans lesquelles le renvoi de l'affaire pour nouvel examen fait échec au souci de résolution rapide et efficace d'une manière telle qu'aucune législature n'aurait pu souhaiter : *D'Errico c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 95, par. 18-19 (CanLII). L'intention que le décideur administratif tranche l'affaire en première instance ne saurait donner lieu à un va-et-vient interminable de contrôles judiciaires et de nouveaux examens. Le refus de renvoyer l'affaire au décideur peut s'avérer indiqué lorsqu'il devient évident aux yeux de la cour, lors de son contrôle judiciaire, qu'un résultat donné est inévitable, si bien que le renvoi de l'affaire ne servirait à rien : voir *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202, p. 228-230; *Renaud c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 R.C.S. 855; *Groia c. Barreau du Haut-Canada*,

2019 SCC 65 (CanLII)

2018 SCC 27, [2018] 1 S.C.R. 772, at para. 161; *Sharif v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 205, 50 C.R. (7th) 1, at paras. 53-54; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Canadian Food Inspection Agency*, 2017 FCA 45, 411 D.L.R. (4th) 175, at paras. 51-56 and 84; *Gehl v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 319, 138 O.R. (3d) 52, at paras. 54 and 88. Elements like concern for delay, fairness to the parties, urgency of providing a resolution to the dispute, the nature of the particular regulatory regime, whether the administrative decision maker had a genuine opportunity to weigh in on the issue in question, costs to the parties, and the efficient use of public resources may also influence the exercise of a court's discretion to remit a matter, just as they may influence the exercise of its discretion to quash a decision that is flawed: see *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6, at paras. 45-51; *Alberta Teachers*, at para. 55.

IV. Role of Prior Jurisprudence

[143] Given that this appeal and its companion cases involve a recalibration of the governing approach to the choice of standard of review analysis and a clarification of the proper application of the reasonableness standard, it will be necessary to briefly address how the existing administrative law jurisprudence should be treated going forward. These reasons set out a holistic revision of the framework for determining the applicable standard of review. A court seeking to determine what standard is appropriate in a case before it should look to these reasons first in order to determine how this general framework applies to that case. Doing so may require the court to resolve subsidiary questions on which past precedents will often continue to provide helpful guidance. Indeed, much of the Court's jurisprudence, such as cases concerning general questions of law of central importance to the legal system as a whole or those relating to jurisdictional boundaries between two or more administrative bodies, will continue to apply essentially without modification. On other issues, certain cases —including those on the effect of statutory appeal mechanisms, "true" questions of jurisdiction or the former contextual analysis — will necessarily have less precedential force. As for cases that dictated how to conduct reasonableness

2018 CSC 27, [2018] 1 R.C.S. 772, par. 161; *Sharif c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 205, par. 53-54 (CanLII); *Maple Lodge Farms Ltd. c. Agence canadienne d'inspection des aliments*, 2017 CAF 45, par. 51-56 et 84 (CanLII); *Gehl c. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 319, 138 O.R. (3d) 52, par. 54 et 88. Les préoccupations concernant les délais, l'équité envers les parties, le besoin urgent de régler le différend, la nature du régime de réglementation donné, la possibilité réelle ou non pour le décideur administratif de se pencher sur la question en litige, les coûts pour les parties et l'utilisation efficace des ressources publiques peuvent aussi influer sur l'exercice par la cour de son pouvoir discrétionnaire de renvoyer l'affaire — tout comme ces facteurs peuvent influer sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de casser une décision lacunaire : voir *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6, par. 45-51; *Alberta Teachers*, par. 55.

IV. Le rôle de la jurisprudence antérieure

[143] Puisque le présent pourvoi et les pourvois connexes impliquent un rajustement de la méthode à employer pour choisir la norme de contrôle ainsi qu'un éclaircissement de l'application appropriée de la norme de la décision raisonnable, il est nécessaire d'aborder brièvement la façon d'interpréter dorénavant la jurisprudence actuelle en droit administratif. Les présents motifs comportent une révision globale du cadre d'analyse qui sert à déterminer la norme de contrôle applicable. La cour de justice qui cherche à arrêter la norme de contrôle applicable dans une affaire dont elle est saisie devrait d'abord s'en remettre aux présents motifs pour savoir comment s'applique ce cadre général dans l'affaire en question. Il est ainsi possible que la cour soit appelée à trancher des questions subsidiaires à l'égard desquelles la jurisprudence continue de donner des indications utiles. En fait, une grande partie de la jurisprudence de notre Cour continue de s'appliquer essentiellement telle quelle : par exemple, les affaires portant sur des questions de droit générales d'importance capitale pour le système de justice dans son ensemble ou sur des questions liées aux délimitations des compétences respectives d'organismes administratifs. Pour d'autres catégories de questions, certains arrêts, dont ceux portant sur l'effet des mécanismes

2019 SCC 65 (CanLII)

review, they will often continue to provide insight, but should be used carefully to ensure that their application is aligned in principle with these reasons.

[144] This approach strives for future doctrinal stability under the new framework while clarifying the continued relevance of the existing jurisprudence. Where a reviewing court is not certain how these reasons relate to the case before it, it may find it prudent to request submissions from the parties on both the appropriate standard and the application of that standard.

[145] Before turning to Mr. Vavilov's case, we pause to note that our colleagues mischaracterize the framework developed in these reasons as being an "encomium" for correctness, and a turn away from the Court's deferential approach to the point of being a "eulogy" for deference (at paras. 199 and 201). With respect, this is a gross exaggeration. Assertions that these reasons adopt a formalistic, court-centric view of administrative law (at paras. 229 and 240), enable an unconstrained expansion of correctness review (at para. 253) or function as a sort of checklist for "line-by-line" reasonableness review (at para. 284), are counter to the clear wording we use and do not take into consideration the delicate balance that we have accounted for in setting out this framework.

V. Mr. Vavilov's Application for Judicial Review

[146] The case at bar involves an application for judicial review of a decision made by the Canadian Registrar of Citizenship on August 15, 2014. The Registrar's decision concerned Mr. Vavilov, who was born in Canada and whose parents were later revealed to be undercover Russian spies. The Registrar

d'appel prévus par la loi, sur des questions touchant « véritablement » à la compétence ou sur l'ancienne analyse contextuelle, auront forcément une valeur de précédent moindre. En ce qui concerne les arrêts qui établissent la manière dont il faut procéder au contrôle selon la norme de la décision raisonnable, ils garderont en général leur utilité, mais il convient d'y recourir prudemment et de faire en sorte que leur application cadre avec les principes énoncés dans les présents motifs.

[144] Cette approche vise à assurer une stabilité doctrinale pour l'avenir selon le nouveau cadre d'analyse tout en clarifiant en même temps la pertinence continue de notre jurisprudence actuelle. Si une cour de révision ne sait pas avec certitude en quoi les présents motifs se rapportent à l'affaire dont elle est saisie, elle peut estimer prudent de demander aux parties de présenter des observations tant sur la norme de contrôle indiquée que sur l'application de celle-ci.

[145] Avant de passer au cas de M. Vavilov, nous signalons que nos collègues dénaturent le cadre d'analyse élaboré dans les présents motifs lorsqu'elles affirment qu'il fait l'« apologie » de la norme de la décision correcte et délaisse l'approche empreinte de déférence de la Cour au point de « sonne[r] le glas » du principe de la déférence (par. 199 et 201). Avec égards, il s'agit d'une grossière exagération. Affirmer que les présents motifs reprennent une conception formaliste du droit administratif centrée sur les cours (par. 229 et 240), permettent une expansion illimitée du contrôle selon la norme de la décision correcte (par. 253), ou constituent une espèce de liste de vérification pour effectuer un contrôle « ligne par ligne » en fonction de la norme de la décision raisonnable (par. 284) va à l'encontre du libellé clair que nous utilisons et ne prend pas en considération l'équilibre délicat dont nous avons tenu compte en formulant ce cadre d'analyse.

V. La demande de contrôle judiciaire de M. Vavilov

[146] En l'espèce, nous sommes en présence d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la greffière de la citoyenneté canadienne le 15 août 2014. La décision de la greffière concerne M. Vavilov, qui est né au Canada de parents qui se sont plus tard révélés être des espions russes infiltrés. Se

2019 SCC 65 (CanLII)

determined that Mr. Vavilov was not a Canadian citizen on the basis of an interpretation of s. 3(2)(a) of the *Citizenship Act* and cancelled his certificate of citizenship under s. 26(3) of the *Citizenship Regulations*. We conclude that the standard of review applicable to the Registrar's decision is reasonableness, and that the Registrar's decision was unreasonable. We would uphold the decision of the Federal Court of Appeal to quash the Registrar's decision and would not remit the matter to the Registrar for redetermination.

A. *Facts*

[147] Mr. Vavilov was born in Toronto as Alexander Foley on June 3, 1994. At the time of his birth, his parents were posing as Canadians under the assumed names of Tracey Lee Ann Foley and Donald Howard Heathfield. In reality, they were Elena Vavilova and Andrey Bezrukov, two foreign nationals working on a long-term assignment for the Russian foreign intelligence service, the SVR. Their false Canadian identities had been assumed prior to the birth of Mr. Vavilov and of his older brother, Timothy, for purposes of a "deep cover" espionage network under the direction of the SVR. The United States Department of Justice refers to it as the "illegals" program.

[148] Ms. Vavilova and Mr. Bezrukov were deployed to Canada to establish false personal histories as Western citizens. They worked, ran a business, pursued higher education and, as noted, had two children here. After their second son was born, the family moved to France, and later to the United States. In the United States, Mr. Bezrukov obtained a Masters of Public Administration at Harvard University and worked as a consultant, all while working to collect information on a variety of sensitive national security issues for the SVR. The nature of the undercover work of Ms. Vavilova and Mr. Bezrukov meant that there was no point at which either of them had any publicly acknowledged affiliation with the Russian state, held any official diplomatic or consular status, or had been granted any diplomatic privilege or immunity.

fondant sur une interprétation de l'al. 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*, la greffière a décidé que M. Vavilov n'était pas citoyen canadien et a annulé son certificat de citoyenneté en application du par. 26(3) du *Règlement sur la citoyenneté*. Nous concluons que la norme de contrôle applicable à la décision de la greffière est celle de la décision raisonnable, et que la décision de la greffière est déraisonnable. Nous sommes d'avis de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale cassant la décision de la greffière. Nous ne renverrions pas l'affaire à la greffière pour nouvel examen.

A. *Les faits*

[147] Monsieur Vavilov naît à Toronto le 3 juin 1994 sous le nom d'Alexander Foley. Au moment de sa naissance, ses parents se font passer pour des Canadiens en utilisant les noms d'emprunt de Tracey Lee Ann Foley et de Donald Howard Heathfield. En fait, ses parents s'appellent Elena Vavilova et Andrey Bezrukov et sont des étrangers en mission de longue durée pour le Service des renseignements étrangers de la Russie, le SVR. Les parents de M. Vavilov ont pris ces fausses identités canadiennes avant la naissance de ce dernier et de son frère aîné, Timothy, pour les besoins d'un réseau d'espionnage [TRADUCTION] « clandestin » relevant du SVR. Le département de la Justice des États-Unis y réfère comme étant le programme des « illégaux ».

[148] Madame Vavilova et M. Bezrukov ont été envoyés au Canada dans le but de se créer de faux antécédents personnels en tant que citoyens occidentaux. Ils ont occupé des emplois, dirigé une entreprise, fait des études supérieures et, rappelons-le, eu deux enfants au Canada. Après la naissance de leur deuxième fils, la famille déménage en France, et plus tard aux États-Unis. Là-bas, M. Bezrukov obtient une maîtrise en administration publique de l'Université Harvard et travaille comme consultant tout en recueillant des renseignements sur diverses questions délicates de sécurité nationale pour le compte du SVR. Étant donné la nature de leur mission d'infiltration, M^me^ Vavilova et M. Bezrukov n'ont jamais reconnu publiquement avoir une quelconque affiliation avec l'État russe. Ils n'ont jamais détenu quelque statut diplomatique ou consulaire officiel que ce soit. Ils n'ont jamais non plus bénéficié d'un privilège ou d'une immunité diplomatique.

2019 SCC 65 (CanLII)

[149] Until he was about 16 years old, Mr. Vavilov did not know that his parents were not who they claimed to be. He believed that he was a Canadian citizen by birth, lived and identified as a Canadian, held a Canadian passport, learned both official languages and was proud of his heritage. His parents' true identities became known to him on June 27, 2010, when they were arrested in the United States and charged (along with several other individuals) with conspiracy to act as unregistered agents of a foreign government. On July 8, 2010, they pled guilty, admitted their status as Russian citizens acting on behalf of the Russian state, and were returned to Russia in a "spy swap" the following day. Mr. Vavilov has described the revelation as a traumatic event characterized by disbelief and a crisis of identity.

[150] Just prior to his parents' deportation, Mr. Vavilov left the United States with his brother on a trip that had been planned before their parents' arrest, going first to Paris, and then to Russia on a tourist visa. In October 2010, Mr. Vavilov unsuccessfully attempted to renew his Canadian passport through the Canadian Embassy in Moscow. Although he submitted to DNA testing and changed his surname from Foley to Vavilov at the behest of passport authorities, his second attempt to obtain a Canadian passport in December 2011 was also unsuccessful. He was then informed that despite his Canadian birth certificate, he would also need to obtain and provide a certificate of Canadian citizenship before he would be issued a passport. Mr. Vavilov applied for that certificate in October 2012, and it was issued to him on January 15, 2013. At that point, he made another passport application through the Canadian Embassy in Buenos Aires, Argentina, and, after a delay, applied for mandamus, a process that was settled out of court in June 2013. The Minister of Citizenship and Immigration undertook to issue a new travel document to Mr. Vavilov by July 19, 2013.

[151] However, Mr. Vavilov never received a passport. Instead, he received a "procedural fairness

[149] Jusqu'à l'âge d'environ 16 ans, M. Vavilov ne sait pas que ses parents ne sont pas ceux qu'ils prétendent être. Il croit être citoyen canadien de naissance. Il vit et s'identifie comme un Canadien, et il détient un passeport canadien. Il apprend les deux langues officielles et est fier de ses origines. Il apprend la véritable identité de ses parents le 27 juin 2010, lorsqu'ils sont arrêtés aux États-Unis et accusés (avec plusieurs autres individus) de complot en vue d'agir en tant qu'agents non accrédités d'un gouvernement étranger. Le 8 juillet 2010, ses parents plaident coupables et admettent leur statut de citoyens de la Russie agissant au nom de l'État russe. Le lendemain, ils sont renvoyés en Russie dans le cadre d'un [TRADUCTION] « échange d'espions ». Selon M. Vavilov, cette révélation est pour lui un événement traumatisant marqué par l'incrédulité et une crise d'identité.

[150] Juste avant l'expulsion de ses parents, M. Vavilov quitte les États-Unis en compagnie de son frère pour effectuer un voyage prévu avant l'arrestation de leurs parents. Ils se rendent d'abord à Paris, puis en Russie munis de visas de touristes. En octobre 2010, M. Vavilov tente en vain de renouveler son passeport canadien par l'entremise de l'ambassade du Canada à Moscou. Même s'il se soumet à un test d'ADN et change son nom de famille Foley pour Vavilov à la demande des autorités chargées de délivrer les passeports, sa deuxième demande de passeport canadien présentée en décembre 2011 est aussi rejetée. Les autorités l'informent ensuite que même s'il possède un certificat de naissance canadien, il doit également obtenir et fournir un certificat de citoyenneté canadienne avant de pouvoir obtenir un passeport. Monsieur Vavilov présente une demande de certificat de citoyenneté canadienne en octobre 2012 et obtient ce certificat le 15 janvier 2013. À ce moment-là, il présente une autre demande de passeport par l'entremise de l'ambassade du Canada à Buenos Aires, en Argentine. Cette demande fait l'objet d'un règlement extrajudiciaire en juin 2013 après que M. Vavilov ait déposé une demande de bref de *mandamus*. Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration s'engage alors à lui délivrer un nouveau titre de voyage au plus tard le 19 juillet 2013.

[151] M. Vavilov ne reçoit cependant jamais de passeport. Il reçoit plutôt une lettre dite « d'équité

2019 SCC 65 (CanLII)

letter" from the Canadian Registrar of Citizenship dated July 18, 2013 in which the Registrar stated that Mr. Vavilov had not been entitled to a certificate of citizenship, that his certificate of citizenship had been issued in error and that, pursuant to s. 3(2)(a) of the *Citizenship Act*, he was not a citizen of Canada. Mr. Vavilov was invited to make submissions in response, and he did so. On August 15, 2014, the Registrar formally cancelled Mr. Vavilov's Canadian citizenship certificate pursuant to s. 26(3) of the *Citizenship Regulations*.

B. *Procedural History*

(1) Registrar's Decision

[152] In a brief letter sent to Mr. Vavilov on August 15, 2014, the Registrar informed him that she was cancelling his certificate of citizenship pursuant to s. 26(3) of the *Citizenship Regulations* on the basis that he was not entitled to it. The Registrar summarized her position as follows:

(a) Although Mr. Vavilov was born in Toronto, neither of his parents was a citizen of Canada, and neither of them had been lawfully admitted to Canada for permanent residence at the time of his birth.

(b) In 2010, Mr. Vavilov's parents were convicted of "conspiracy to act in the United States as a foreign agent of a foreign government", and recognized as unofficial agents working as "illegals" for the SVR.

(c) As a result, the Registrar believed that, at the time of Mr. Vavilov's birth, his parents were "employees or representatives of a foreign government".

(d) Accordingly, pursuant to s. 3(2)(a) of the *Citizenship Act*, Mr. Vavilov had never been a Canadian citizen and had not been entitled to receive the certificate of Canadian citizenship that had been issued to him in 2013. Section 3(2)(a) provides that s. 3(1)(a) of the *Citizenship Act* (which grants citizenship by birth to persons born in Canada after February 14, 1977) does not apply

procédurale » de la greffière de la citoyenneté canadienne datée du 18 juillet 2013. Dans cette lettre, la greffière l'informe qu'il n'a jamais eu le droit d'obtenir un certificat de citoyenneté, que son certificat de citoyenneté lui a été délivré par erreur, et qu'il n'est pas un citoyen canadien suivant l'al. 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*. La greffière invite M. Vavilov à présenter des observations en réponse à cette lettre, ce qu'il fait. Le 15 août 2014, la greffière annule officiellement le certificat de citoyenneté canadienne de M. Vavilov en application du par. 26(3) du *Règlement sur la citoyenneté*.

B. *L'historique des procédures*

(1) La décision de la greffière

[152] Dans une brève lettre envoyée à M. Vavilov le 15 août 2014, la greffière informe ce dernier qu'elle annule son certificat de citoyenneté en application du par. 26(3) du *Règlement sur la citoyenneté* pour le motif qu'il n'a pas droit à un tel certificat. La greffière résume ainsi sa position :

a) Bien que M. Vavilov soit né à Toronto, ses parents n'avaient qualité ni de citoyens canadiens ni de résidents permanents au moment de sa naissance.

b) En 2010, les parents de M. Vavilov ont été reconnus coupables de [TRADUCTION] « complot en vue d'agir en tant qu'agents étrangers d'un gouvernement étranger aux États-Unis » et considérés comme des agents non officiels travaillant en tant qu'« illégaux » pour le compte du SVR.

c) Pour cette raison, la greffière estime qu'au moment de la naissance de M. Vavilov, ses parents étaient [TRADUCTION] « représentants ou au service d'un gouvernement étranger ».

d) Par conséquent, suivant l'al. 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*, M. Vavilov n'a jamais été un citoyen canadien et n'a jamais eu le droit d'obtenir le certificat de citoyenneté canadienne qui lui a été délivré en 2013. Selon cette disposition, l'al. 3(1)a) de la *Loi sur la citoyenneté* (au titre duquel obtient la citoyenneté toute personne née au Canada après le 14 février 1977) ne s'applique

2019 SCC 65 (CanLII)

to an individual if, at the time of the individual's birth, neither of their parents was a citizen or lawfully admitted to Canada for permanent residence and either parent was "a diplomatic or consular officer or other representative or employee in Canada of a foreign government."

[153] For these reasons, the Registrar cancelled the certificate and indicated that Mr. Vavilov would no longer be recognized as a Canadian citizen. The Registrar's letter did not offer any analysis or interpretation of s. 3(2)(a) of the *Citizenship Act*. However, it appears that in coming to her decision, the Registrar relied on a 12-page report prepared by a junior analyst, which included an interpretation of this key statutory provision.

[154] In that report, the analyst provided a timeline of the procedural history of Mr. Vavilov's file, a summary of the investigation into and charges against his parents in the United States, and background information on the SVR's "illegals" program. The analyst also discussed several provisions of the *Citizenship Act*, including s. 3(2)(a), and it is this aspect of her report that is most relevant to Mr. Vavilov's application for judicial review. The analyst's ultimate conclusion was that the certificate of citizenship issued to Mr. Vavilov in January 2013 was issued in error, as his parents had been "working as employees or representatives of a foreign government (the Russian Federation) during the time they resided in Canada, including at the time of Mr. Vavilov's birth", and that "[a]s such, Mr. Vavilov was not entitled to receive a citizenship certificate pursuant to paragraph 3(2)(a) of the *Citizenship Act*": A.R., vol. I, at p. 3. The report was dated June 24, 2014.

[155] In discussing the relevant legislation, the analyst cited s. 3(1)(a) of the *Citizenship Act*, which establishes the general rule that persons born in Canada after February 14, 1977 are Canadian citizens. The analyst also referred to an exception to that general rule set out in s. 3(2) of the *Citizenship Act*, which reads as follows:

(2) Paragraph (1)(a) does not apply to a person if, at the time of his birth, neither of his parents was a citizen or

pas à la personne dont les parents, au moment de sa naissance, n'avaient qualité ni de citoyens ni de résidents permanents et dont le père ou la mère était « agent diplomatique ou consulaire, représentant à un autre titre ou au service au Canada d'un gouvernement étranger ».

[153] Pour ces motifs, la greffière annule le certificat de M. Vavilov et déclare que ce dernier ne sera plus reconnu comme un citoyen canadien. La lettre de la greffière ne contient aucune analyse ou interprétation de l'al. 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*. Toutefois, il semble que pour en arriver à sa décision, la greffière se soit appuyée sur un rapport de 12 pages rédigé par une analyste subalterne qui comprend une interprétation de cette disposition législative clé.

[154] Dans ce rapport, l'analyste présente la chronologie de l'historique des procédures relatives au dossier de M. Vavilov, un résumé de l'enquête menée au sujet de ses parents et des accusations portées contre eux aux États-Unis, ainsi que des renseignements généraux sur le programme des « illégaux » du SVR. L'analyste y parle aussi de plusieurs dispositions de la *Loi sur la citoyenneté*, dont l'al. 3(2)a), soit l'élément de son rapport le plus pertinent pour la demande de contrôle judiciaire de M. Vavilov. L'analyste conclut finalement que le certificat de citoyenneté qu'a obtenu M. Vavilov en janvier 2013 lui a été délivré par erreur parce que ses parents étaient [TRADUCTION] « représentants ou au service d'un gouvernement étranger (la Fédération de Russie) pendant leur séjour au Canada, y compris au moment de la naissance de M. Vavilov », et que « [e]n conséquence, M. Vavilov n'avait pas le droit d'obtenir un certificat de citoyenneté selon l'alinéa 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* » (d.a., vol. I, p. 3). Le rapport est daté du 24 juin 2014.

[155] Dans son étude de la loi applicable, l'analyste cite l'al. 3(1)a) de la *Loi sur la citoyenneté*, qui établit que toute personne née au Canada après le 14 février 1977 a qualité de citoyen canadien. Elle ajoute qu'une exception à cette règle générale figure au par. 3(2) de la *Loi sur la citoyenneté*, lequel est ainsi rédigé :

(2) L'alinéa (1)a) ne s'applique pas à la personne dont, au moment de la naissance, les parents n'avaient qualité

2019 SCC 65 (CanLII)

lawfully admitted to Canada for permanent residence and either of his parents was

(a) a diplomatic or consular officer or other representative or employee in Canada of a foreign government;

(b) an employee in the service of a person referred to in paragraph (a); or

(c) an officer or employee in Canada of a specialized agency of the United Nations or an officer or employee in Canada of any other international organization to whom there are granted, by or under any Act of Parliament, diplomatic privileges and immunities certified by the Minister of Foreign Affairs to be equivalent to those granted to a person or persons referred to in paragraph (a).

[156] The analyst noted that s. 3(2)(a) refers both to diplomatic and consular officers and to *other* representatives or employees of a foreign government. She acknowledged that the term "diplomatic or consular officer" is defined in s. 35(1) of the *Interpretation Act* and that the definition lists a large number of posts within a foreign mission or consulate. However, the analyst observed that no statutory definition exists for the phrase "other representative or employee in Canada of a foreign government".

[157] The analyst compared the wording of s. 3(2)(a) with that of a similar provision in predecessor legislation. That provision, s. 5(3)(b) of the *Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1970, c. C-19, excluded from citizenship children whose "responsible parent" at the time of birth was:

(i) a foreign diplomatic or consular officer or a representative of a foreign government accredited to Her Majesty,

(ii) an employee of a foreign government attached to or in the service of a foreign diplomatic mission or consulate in Canada, or

(iii) an employee in the service of a person referred to in subparagraph (i).

ni de citoyens ni de résidents permanents et dont le père ou la mère était :

a) agent diplomatique ou consulaire, représentant à un autre titre ou au service au Canada d'un gouvernement étranger;

b) au service d'une personne mentionnée à l'alinéa a);

c) fonctionnaire ou au service, au Canada, d'une organisation internationale — notamment d'une institution spécialisée des Nations Unies — bénéficiant sous le régime d'une loi fédérale de privilèges et immunités diplomatiques que le ministre des Affaires étrangères certifie être équivalents à ceux dont jouissent les personnes visées à l'alinéa a).

[156] L'analyste fait remarquer que le terme « agent diplomatique ou consulaire » ainsi que l'expression « représentant *à un autre titre* ou au service au Canada d'un gouvernement étranger » sont utilisés à l'al. 3(2)a). Elle reconnaît que le terme « agent diplomatique ou consulaire » est défini au par. 35(1) de la *Loi d'interprétation*, et qu'il comprend un grand nombre de postes auprès d'une mission étrangère ou un consulat. Elle fait par contre remarquer que l'expression « représentant à un autre titre ou au service au Canada d'un gouvernement étranger » n'est définie nulle part dans la législation.

[157] L'analyste compare le libellé de l'al. 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* à celui d'une disposition semblable de la loi qui l'a précédée. Cette disposition — l'al. 5(3)b) de la *Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.R.C. 1970, c. C-19 — excluait du droit à la citoyenneté canadienne les enfants dont le « parent responsable » était, au moment de leur naissance :

(i) un agent diplomatique ou consulaire étranger ou un représentant d'un gouvernement étranger accrédité auprès de Sa Majesté,

(ii) un employé d'un gouvernement étranger, attaché à une mission diplomatique ou à un consulat au Canada, ou au service d'une telle mission ou d'un tel consulat, ou

(iii) un employé au service d'une personne mentionnée au sous-alinéa (i).

2019 SCC 65 (CanLII)

[158] The analyst reasoned that because s. 3(2)(a) "makes reference to 'representatives or employees of a foreign government', but does not link the representatives or employees to 'attached to or in the service of a foreign diplomatic mission or consulate in Canada' (as did the earlier version of the provision), it is reasonable to maintain that this provision intends to encompass individuals not included in the definition of 'diplomatic and consular staff'": A.R., vol. I, at p. 7.

[159] Although the analyst acknowledged that "Ms. Vavilova and Mr. Bezrukov, were employed in Canada by a foreign government without the benefits or protections (i.e.: immunity) that accompany diplomatic, consular, or official status positions", she concluded that they were nonetheless "unofficial employees or representatives" of Russia at the time of Mr. Vavilov's birth: A.R., vol. I, at p. 13. The exception in s. 3(2)(a) of the *Citizenship Act*, as she interpreted it, therefore applied to Mr. Vavilov. As a result, the analyst recommended that the Canadian Registrar of Citizenship "recall" Mr. Vavilov's certificate on the basis that he was not, and had never been, entitled to citizenship: *ibid.*, at p. 14.

(2) Federal Court (Bell J.), 2015 FC 960, [2016] 2 F.C.R. 39

[160] Mr. Vavilov sought and was granted leave to bring an application for judicial review of the Registrar's decision in the Federal Court pursuant to s. 22.1 of the *Citizenship Act*. His application was dismissed.

[161] The Federal Court rejected Mr. Vavilov's argument that the Registrar had breached her duty of procedural fairness by failing to disclose the documentation that had prompted the procedural fairness letter. In the Federal Court's view, the Registrar had provided Mr. Vavilov sufficient information to allow him to meaningfully respond, and had thereby satisfied the requirements of procedural fairness in the circumstances.

[158] L'analyste en conclut que, puisque l'al. 3(2)a) [TRADUCTION] « parle de "représentant à un autre titre ou au service au Canada d'un gouvernement étranger" sans établir que cette personne est "attaché[e] à une mission diplomatique ou à un consulat au Canada" (comme c'était le cas dans la version antérieure de cette disposition), il est raisonnable de soutenir que cette disposition est censée englober les personnes qui ne sont pas visées par la définition du terme "personnel diplomatique et consulaire" » : d.a., vol. I, p. 7.

[159] Bien que l'analyste reconnaisse que [TRADUCTION] « M^me^ Vavilova et M. Bezrukov étaient au service au Canada d'un gouvernement étranger, mais ne bénéficiaient pas des avantages ou des protections (c.-à-d. l'immunité) dont jouissent les personnes affectées à des missions diplomatiques ou à des postes consulaires ou officiels », elle conclut néanmoins qu'ils étaient des « employés ou représentants non officiels » de la Russie au moment de la naissance de M. Vavilov : d.a., vol. I, p. 13. Selon son interprétation, l'exception prévue à l'al. 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* s'appliquait donc à M. Vavilov. En conséquence, l'analyste recommande que la greffière de la citoyenneté canadienne « rappelle » le certificat de M. Vavilov au motif qu'il n'avait pas droit à la citoyenneté et qu'il n'y avait d'ailleurs jamais eu droit : *ibid.*, p. 14.

(2) Cour fédérale (le juge Bell), 2015 CF 960, [2016] 2 R.C.F. 39

[160] Monsieur Vavilov demande et obtient l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision de la greffière devant la Cour fédérale en vertu de l'art. 22.1 de la *Loi sur la citoyenneté*. Sa demande est rejetée.

[161] La Cour fédérale écarte l'argument de M. Vavilov selon lequel la greffière avait manqué à son obligation d'équité procédurale en omettant de lui communiquer les documents qui ont donné lieu à l'envoi de la première lettre dite d'équité procédurale. Selon la Cour fédérale, la greffière a fourni suffisamment de renseignements à M. Vavilov pour qu'il puisse fournir des réponses valables; elle a donc respecté les exigences d'équité procédurale dans les circonstances.

2019 SCC 65 (CanLII)

[162] The Federal Court also rejected Mr. Vavilov's challenge to the Registrar's interpretation of s. 3(2)(a) of the *Citizenship Act*. Applying the correctness standard, the Federal Court agreed with the Registrar that undercover foreign operatives living in Canada fall within the meaning of the phrase "diplomatic or consular officer or other representative or employee in Canada of a foreign government" in s. 3(2)(a). In the Federal Court's view, to interpret s. 3(2)(a) in any other way would render the phrase "other representative or employee in Canada of a foreign government" meaningless and would lead to the "absurd result" that "children of a foreign diplomat, registered at an embassy, who conducts spy operations, cannot claim Canadian citizenship by birth in Canada but children of those who enter unlawfully for the very same purpose, become Canadian citizens by birth": para. 25.

[163] Finally, the Federal Court was satisfied, given the evidence, that the Registrar's conclusion that Mr. Vavilov's parents had at the time of his birth been in Canada as part of an undercover operation for the Russian government was reasonable.

(3) Federal Court of Appeal (Stratas J.A. with Webb J.A. Concurring; Gleason J.A. Dissenting), 2017 FCA 132, [2018] 3 F.C.R. 75

[164] A majority of the Federal Court of Appeal allowed Mr. Vavilov's appeal from the Federal Court's judgment and quashed the Registrar's decision.

[165] The Court of Appeal unanimously rejected Mr. Vavilov's argument that he had been denied procedural fairness by the Registrar. In the Court of Appeal's view, the Registrar had provided Mr. Vavilov sufficient information in the procedural fairness letter to enable him to know the case to meet. Even if Mr. Vavilov had been entitled to more information at the time of that letter, the court indicated that his procedural fairness challenge would nevertheless have failed because he had subsequently obtained

[162] La Cour fédérale écarte également la contestation de M. Vavilov concernant l'interprétation qu'a faite la greffière de l'al. 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*. Appliquant la norme de la décision correcte, la Cour fédérale souscrit à l'opinion de la greffière selon laquelle les agents d'infiltration étrangers vivant au Canada sont visés par les mots « agent diplomatique ou consulaire, représentant à un autre titre ou au service au Canada d'un gouvernement étranger » de l'al. 3(2)a). Selon la Cour fédérale, interpréter l'al. 3(2)a) d'une autre façon aurait pour effet de rendre l'expression « représentant à un autre titre ou au service au Canada d'un gouvernement étranger » vide de sens et donnerait lieu à un « résultat absurde » : « les enfants d'un diplomate étranger qui travaille dans une ambassade et mène des opérations d'espionnage ne seraient pas citoyens canadiens de naissance, alors que les enfants de personnes qui sont entrées illégalement au Canada pour accomplir des opérations similaires le seraient » : par. 25.

[163] Enfin, la Cour fédérale se dit convaincue, étant donné la preuve, du caractère raisonnable de la conclusion de la greffière selon laquelle les parents de M. Vavilov étaient en mission clandestine au Canada pour le compte du gouvernement de la Russie au moment de sa naissance.

(3) Cour d'appel fédérale (le juge Stratas, avec l'accord du juge Webb; la juge Gleason, dissidente), 2017 CAF 132, [2018] 3 R.C.F. 75

[164] La Cour d'appel fédérale accueille à la majorité l'appel interjeté par M. Vavilov contre le jugement de la Cour fédérale et casse la décision de la greffière.

[165] La Cour d'appel rejette à l'unanimité l'argument de M. Vavilov voulant que la greffière n'ait pas fait preuve d'équité procédurale envers lui. Selon la Cour d'appel, la lettre dite d'équité procédurale de la greffière contenait suffisamment de renseignements pour que M. Vavilov puisse connaître les faits à réfuter. Même si M. Vavilov avait le droit d'obtenir un complément d'information lorsqu'il a reçu cette lettre, la cour précise que sa contestation fondée sur le manquement à l'équité procédurale aurait néanmoins

2019 SCC 65 (CanLII)

that additional information through his own efforts and was able to make meaningful submissions.

[166] The Court of Appeal was also unanimously of the view that the appropriate standard of review for the Registrar's interpretation and application of s. 3(2)(a) of the *Citizenship Act* was reasonableness. It split, however, on the application of that standard to the Registrar's decision.

[167] The majority of the Court of Appeal concluded that the analyst's interpretation of s. 3(2)(a), which the Registrar had adopted, was unreasonable and that the Registrar's decision should be quashed. The analysis relied on by the Registrar on the statutory interpretation issue was confined to a consideration of the text of s. 3(2)(a) and an abbreviated review of its legislative history, which totally disregarded its purpose or context. In the majority's view, such a "cursory and incomplete approach to statutory interpretation" in a case such as this was indefensible: para. 44. Moreover, when the provision's purpose and its context were taken into account, the only reasonable conclusion was that the phrase "employee in Canada of a foreign government" in s. 3(2)(a) was meant to apply only to individuals who have been granted diplomatic privileges and immunities under international law. Because it was common ground that neither of Mr. Vavilov's parents had been granted such privileges or immunities, s. 3(2)(a) did not apply to him. The cancellation of his citizenship certificate on the basis of s. 3(2)(a) therefore could not stand, and Mr. Vavilov was entitled to Canadian citizenship under the *Citizenship Act*.

[168] The dissenting judge disagreed, finding that the Registrar's interpretation of s. 3(2)(a) was reasonable. According to the dissenting judge, the text of that provision admits of at least two rational interpretations: one that includes all employees of a foreign government and one that is restricted to those who have been granted diplomatic privileges and immunities. In the

été rejetée : grâce à ses propres efforts, il a réussi à obtenir par la suite des renseignements supplémentaires et il a été en mesure de présenter des arguments valables.

[166] La Cour d'appel statue à l'unanimité que l'interprétation et l'application de l'al. 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* par la greffière devraient être examinées selon la norme de la décision raisonnable. La cour est cependant partagée quant à l'application de cette norme à la décision de la greffière.

[167] La majorité de la Cour d'appel conclut que l'interprétation donnée par l'analyste à l'al. 3(2)a) et adoptée par la greffière était déraisonnable, si bien que la décision de la greffière doit être cassée. L'analyse sur laquelle s'est fondée la greffière au sujet de la question de l'interprétation de la loi ne consistait qu'en une étude du libellé de l'al. 3(2)a) et en un bref résumé de l'origine législative de cette disposition, lequel passait complètement sous silence son objet ou son contexte. De l'avis de la majorité, l'utilisation d'une « approche aussi superficielle et incomplète pour l'interprétation des lois » dans une affaire comme la présente n'est pas justifiable : par. 44. De plus, lorsque l'on prend en compte l'objet et le contexte de cette disposition, la seule conclusion raisonnable est que l'expression « au service au Canada d'un gouvernement étranger » énoncée à l'al. 3(2)a) ne doit s'appliquer qu'aux personnes à qui on avait accordé des privilèges et immunités diplomatiques reconnus en droit international. Comme les parties s'entendent pour dire que ni la mère ni le père de M. Vavilov ne s'étaient vu accorder de privilèges ou d'immunités diplomatiques, l'al. 3(2)a) ne lui est pas applicable. La décision d'annuler son certificat de citoyenneté en application de l'al. 3(2)a) ne peut donc pas être maintenue et M. Vavilov a droit à la citoyenneté canadienne en vertu de la *Loi sur la citoyenneté*.

[168] La juge dissidente n'est pas de cet avis et conclut que l'interprétation qu'a faite la greffière de l'al. 3(2)a) était raisonnable. Selon la juge dissidente, le libellé de cette disposition permet au moins deux interprétations rationnelles : soit une interprétation incluant tous les employés au service d'un gouvernement étranger, soit une interprétation incluant

2019 SCC 65 (CanLII)

dissenting judge's view, the former interpretation is not foreclosed by the context or the purpose of the provision. It was thus open to the Registrar to conclude that Mr. Vavilov's parents fell within the scope of s. 3(2)(a). The dissenting judge would have upheld the Registrar's decision.

C. *Analysis*

(1) Standard of Review

[169] Applying the standard of review analysis set out above leads to the conclusion that the standard to be applied in reviewing the merits of the Registrar's decision is reasonableness.

[170] When a court reviews the merits of an administrative decision, reasonableness is presumed to be the applicable standard of review, and there is no basis for departing from that presumption in this case. The Registrar's decision has come before the courts by way of judicial review, not by way of a statutory appeal. On this point, we note that ss. 22.1 through 22.4 of the *Citizenship Act* lay down rules that govern applications for judicial review of decisions made under that Act, one of which, in s. 22.1(1), is that such an application may be made only with leave of the Federal Court. However, none of these provisions allow for a party to bring an appeal from a decision under the *Citizenship Act*. Given this fact, and given that Parliament has not prescribed the standard to be applied on judicial review of the decision at issue, there is no indication that the legislature intended a standard of review other than reasonableness to apply. The Registrar's decision does not give rise to any constitutional questions, general questions of law of central importance to the legal system as a whole or questions regarding the jurisdictional boundaries between two or more administrative bodies. As a result, the standard to be applied in reviewing the decision is reasonableness.

seulement les employés au service d'un gouvernement étranger à qui on a accordé des privilèges et immunités diplomatiques. Selon la juge dissidente, le contexte ou l'objet de la disposition n'appellent pas forcément la première interprétation. Il était donc loisible à la greffière de conclure que les parents de M. Vavilov étaient visés par l'al. 3(2)a). La juge dissidente aurait maintenu la décision de la greffière.

C. *Analyse*

(1) La norme de contrôle applicable

[169] L'analyse visant à déterminer la norme de contrôle applicable présentée ci-dessus mène à la conclusion que le fond de la décision de la greffière doit être examiné selon la norme de la décision raisonnable.

[170] Lorsqu'une cour de justice contrôle une décision administrative au fond, la norme de contrôle applicable est présumée être celle de la décision raisonnable. Rien ne permet de s'écarter de cette présomption en l'espèce. La décision de la greffière a été soumise aux cours de justice par voie de contrôle judiciaire et non par voie d'appel en application de la loi. Signalons à cet effet que les art. 22.1 à 22.4 de la *Loi sur la citoyenneté* prescrivent des règles qui régissent les demandes de contrôle judiciaire des décisions rendues en vertu de cette loi. Par exemple, le par. 22.1(1) prévoit que toute demande de contrôle judiciaire de ce type de décisions est subordonnée à l'autorisation de la Cour fédérale. Toutefois, aucune de ces dispositions ne permet à une partie d'interjeter appel d'une décision rendue en vertu de la *Loi sur la citoyenneté*. Compte tenu de ce fait, et étant donné que le Parlement n'a pas prescrit la norme à appliquer dans le cas du contrôle judiciaire de la décision en litige, rien n'indique que le législateur voulait qu'une autre norme que celle de la décision raisonnable soit appliquée. La décision de la greffière ne soulève pas de questions constitutionnelles, de questions de droit générales d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble ou de questions liées aux délimitations des compétences respectives d'organismes administratifs. En conséquence, elle doit être examinée selon la norme de la décision raisonnable.

2019 SCC 65 (CanLII)

(2) Review for Reasonableness

[171] The principal issue before this Court is whether it was reasonable for the Registrar to find that Mr. Vavilov's parents had been "other representative[s] or employee[s] in Canada of a foreign government" within the meaning of s. 3(2)(a) of the *Citizenship Act*.

[172] In our view, it was not. The Registrar failed to justify her interpretation of s. 3(2)(a) of the *Citizenship Act* in light of the constraints imposed by the text of s. 3 of the *Citizenship Act* considered as a whole, by other legislation and international treaties that inform the purpose of s. 3, by the jurisprudence on the interpretation of s. 3(2)(a), and by the potential consequences of her interpretation. Each of these elements — viewed individually and cumulatively — strongly supports the conclusion that s. 3(2)(a) was not intended to apply to children of foreign government representatives or employees who have not been granted diplomatic privileges and immunities. Though Mr. Vavilov raised many of these considerations in his submissions in response to the procedural fairness letter, the Registrar failed to address those submissions in her reasons and did not, to justify her interpretation of s. 3(2)(a), do more than conduct a cursory review of the legislative history and conclude that her interpretation was not explicitly precluded by the text of s. 3(2)(a).

[173] Our review of the Registrar's decision leads us to conclude that it was unreasonable for her to find that the phrase "diplomatic or consular officer or other representative or employee in Canada of a foreign government" applies to individuals who have not been granted diplomatic privileges and immunities in Canada. It is undisputed that Mr. Vavilov's parents had not been granted such privileges and immunities. No purpose would therefore be served by remitting this matter to the Registrar.

(a) *Section 3(2) of the Citizenship Act*

[174] The analyst justified her conclusion that Mr. Vavilov is not a citizen of Canada by reasoning

(2) L'examen du caractère raisonnable

[171] La principale question soumise à la Cour est de savoir s'il était raisonnable pour la greffière de conclure que les parents de M. Vavilov étaient des « représentant[s] à un autre titre ou au service au Canada d'un gouvernement étranger » au sens de l'al. 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*.

[172] À notre avis, il n'était pas raisonnable que la greffière tire cette conclusion. En effet, la greffière n'a pas justifié son interprétation de l'al. 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* à la lumière des contraintes qu'impose le libellé de l'art. 3 de la *Loi sur la citoyenneté* pris dans son ensemble, d'autres lois et traités internationaux qui éclairent l'objet de cette disposition, de la jurisprudence relative à l'interprétation de l'al. 3(2)a), et des conséquences possibles de son interprétation. Ces différents éléments — pris individuellement ainsi que dans leur ensemble — appuient fortement la conclusion selon laquelle l'al. 3(2)a) n'est pas censé s'appliquer aux enfants de représentants ou d'employés au service d'un gouvernement étranger à qui on n'avait pas accordé de privilèges et d'immunités diplomatiques. Bien que M. Vavilov ait soulevé bon nombre de ces considérations en réponse à la lettre dite d'équité procédurale, la greffière n'a pas traité de ces arguments dans ses motifs et n'a pas, pour justifier son interprétation de l'al. 3(2)a), fait davantage que se livrer à un examen superficiel de l'historique législatif et conclure que le libellé de l'al. 3(2)a) n'excluait pas explicitement son interprétation.

[173] Notre examen de la décision de la greffière mène à la conclusion qu'il était déraisonnable de sa part de décider que les mots « agent diplomatique ou consulaire, représentant à un autre titre ou au service au Canada d'un gouvernement étranger » visent les individus à qui on n'a pas accordé de privilèges et d'immunités diplomatiques au Canada. Il est acquis aux débats que les parents de M. Vavilov ne s'étaient pas vu accorder pareils privilèges et immunités. En conséquence, il ne servirait à rien de renvoyer l'affaire à la greffière.

a) *Le paragraphe 3(2) de la Loi sur la citoyenneté*

[174] L'analyste fonde sa conclusion selon laquelle M. Vavilov n'a pas qualité de citoyen canadien en

2019 SCC 65 (CanLII)

2019 SCC 65 (CanLII)

that his parents were "other representative[s] or employee[s] in Canada of a foreign government" within the meaning of s. 3(2)(a) of the *Citizenship Act*. Section 3(2)(a) provides that children of "a diplomatic or consular officer or other representative or employee in Canada of a foreign government" are exempt from the general rule in s. 3(1)(a) that individuals born in Canada after February 14, 1977 acquire Canadian citizenship by birth. The analyst observed that although the term "diplomatic or consular officer" is defined in the *Interpretation Act* and does not apply to individuals like Mr. Vavilov's parents, the phrase "other representative or employee in Canada of a foreign government" is not so defined, and may apply to them.

[175] The analyst's attempt to give the words "other representative or employee in Canada of a foreign government" a meaning distinct from that of "diplomatic or consular officer" is sensible. It is generally consistent with the principle of statutory interpretation that Parliament intends each word in a statute to have meaning: Sullivan, at p. 211. We accept that if the phrase "other representative or employee in Canada of a foreign government" were considered in isolation, it could apply to a spy working in the service of a foreign government in Canada. However, the analyst failed to address the immediate statutory context of s. 3(2)(a), including the closely related text in s. 3(2)(c):

(2) Paragraph (1)(a) does not apply to a person if, at the time of his birth, neither of his parents was a citizen or lawfully admitted to Canada for permanent residence and either of his parents was

(a) a diplomatic or consular officer or other representative or employee in Canada of a foreign government;

(b) an employee in the service of a person referred to in paragraph (a); or

faisant valoir que les parents de ce dernier étaient des « agent[s] diplomatique[s] ou consulaire[s], représentant[s] à un autre titre ou au service au Canada d'un gouvernement étranger » au sens de l'al. 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*. Suivant cette disposition, les enfants d'un « agent diplomatique ou consulaire, représentant à un autre titre ou au service au Canada d'un gouvernement étranger » sont exemptés de l'application de la règle générale énoncée à l'al. 3(1)a), selon laquelle les personnes nées au Canada après le 14 février 1977 ont la citoyenneté canadienne de naissance. L'analyste fait également remarquer que, contrairement au terme « agent diplomatique ou consulaire » qui est défini dans la *Loi d'interprétation* et ne s'applique pas aux personnes telles que les parents de M. Vavilov, l'expression « représentant à un autre titre ou au service au Canada d'un gouvernement étranger » n'est définie nulle part dans la législation et s'applique potentiellement à eux.

[175] La tentative de l'analyste de donner des sens différents à l'expression « représentant à un autre titre ou au service au Canada d'un gouvernement étranger » et au terme « agent diplomatique ou consulaire » est sensée. Elle cadre généralement avec le principe d'interprétation législative selon lequel le législateur souhaite que chaque mot employé dans une loi ait un sens : Sullivan, p. 211. Nous reconnaissons que si l'expression « représentant à un autre titre ou au service au Canada d'un gouvernement étranger » était considérée isolément, elle pourrait viser un espion au service d'un gouvernement étranger qui est en mission au Canada. Cependant, l'analyste n'a pas examiné le contexte législatif qui entoure l'al. 3(2)a), notamment le libellé de l'al. 3(2)c) qui y est étroitement lié :

(2) L'alinéa (1)a) ne s'applique pas à la personne dont, au moment de la naissance, les parents n'avaient qualité ni de citoyens ni de résidents permanents et dont le père ou la mère était :

a) agent diplomatique ou consulaire, représentant à un autre titre ou au service au Canada d'un gouvernement étranger;

b) au service d'une personne mentionnée à l'alinéa a);

(c) an officer or employee in Canada of a specialized agency of the United Nations or an officer or employee in Canada of any other international organization to whom there are granted, by or under any Act of Parliament, diplomatic privileges and immunities certified by the Minister of Foreign Affairs to be equivalent to those granted to a person or persons referred to in paragraph (a).

[176] As the majority of the Court of Appeal noted (at paras. 61-62), the wording of s. 3(2)(c) provides clear support for the conclusion that *all* of the persons contemplated by s. 3(2)(a) — including those who are "employee[s] in Canada of a foreign government" — must have been granted diplomatic privileges and immunities in some form. If, as the Registrar concluded, s. 3(2)(a) includes persons who do not benefit from these privileges or immunities, it is difficult to understand how effect could be given to the explicit equivalency requirement articulated in s. 3(2)(c). However, the analyst did not account for this tension in the immediate statutory context of s. 3(2)(a).

(b) *The Foreign Missions and International Organizations Act and the Treaties It Implements*

[177] Before the Registrar, Mr. Vavilov argued that s. 3(2) of the *Citizenship Act* must be read in conjunction with both the *Foreign Missions and International Organizations Act*, S.C. 1991, c. 41 ("*FMIOA*"), and the *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Can. T.S. 1966 No. 29 ("*VCDR*"). The *VCDR* and the *Vienna Convention on Consular Relations*, Can. T.S. 1974 No. 25, are the two leading treaties that extend diplomatic and/or consular privileges and immunities to employees and representatives of foreign governments in diplomatic missions and consular posts. Parliament has implemented the relevant provisions of both conventions by means of s. 3(1) of the *FMIOA*.

[178] To begin, we note that Canada affords citizenship in accordance both with the principle of

c) fonctionnaire ou au service, au Canada, d'une organisation internationale — notamment d'une institution spécialisée des Nations Unies — bénéficiant sous le régime d'une loi fédérale de privilèges et immunités diplomatiques que le ministre des Affaires étrangères certifie être équivalents à ceux dont jouissent les personnes visées à l'alinéa a).

[176] Comme l'ont fait remarquer les juges majoritaires de la Cour d'appel (par. 61-62), le libellé de l'al. 3(2)c) étaye clairement la conclusion selon laquelle *toutes* les personnes visées par l'al. 3(2)a) — y compris celles qui sont « au service au Canada d'un gouvernement étranger » — doivent s'être vu accorder certains privilèges et immunités diplomatiques. Si, comme l'a conclu la greffière, l'al. 3(2)a) vise les personnes qui ne bénéficient pas de tels privilèges ou immunités, il est difficile de comprendre comment l'on pourrait donner effet à l'exigence d'équivalence énoncée explicitement à l'al. 3(2)c). Or, l'analyste ne tient pas compte de cette tension dans le contexte législatif qui entoure l'al. 3(2)a).

b) *La Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales et les traités qu'elle met en œuvre*

[177] Monsieur Vavilov a soutenu devant la greffière qu'il faut interpréter le par. 3(2) de la *Loi sur la citoyenneté* de concert avec la *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales*, L.C. 1991, c. 41 (« *LMEOI* »), et la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, R.T. Can. 1966 nº 29 (« *CVRD* »). La *CVRD* ainsi que la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, R.T. Can. 1974 nº 25, sont deux traités d'importance en vertu desquels les employés et représentants au service d'un gouvernement étranger affectés à des missions diplomatiques ou à des postes consulaires bénéficient de privilèges et immunités diplomatiques et consulaires. Le Parlement a mis en œuvre les dispositions pertinentes de ces deux conventions en les intégrant au par. 3(1) de la *LMEOI*.

[178] Tout d'abord, nous constatons que le Canada accorde la citoyenneté en suivant à la fois le principe

2019 SCC 65 (CanLII)

jus soli, the acquisition of citizenship through birth regardless of the parents' nationality, and with that of *jus sanguinis*, the acquisition of citizenship by descent, that is through a parent: *Citizenship Act*, s. 3(1)(a) and (b); see I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (5th ed. 1998), at pp. 391-93. These two principles operate as a backdrop to s. 3 of the *Citizenship Act* as a whole. It is undisputed that s. 3(2)(a) operates as an exception to these general rules. However, Mr. Vavilov took a narrower view of that exception than did the Registrar. In his submissions to the Registrar, he argued that Parliament intended s. 3(2) of the *Citizenship Act* to simply mirror the *FMIOA* and the *VCDR*, as well as Article II of the *Optional Protocol to the Vienna Convention on Diplomatic Relations, concerning Acquisition of Nationality*, 500 U.N.T.S. 223, which provides that "[m]embers of the mission not being nationals of the receiving State, and members of their families forming part of their household, shall not, solely by the operation of the law of the receiving State, acquire the nationality of that State". Mr. Vavilov made the following submission to the Registrar:

The purpose in excluding diplomats and their families, including newborn children, from acquiring citizenship in the receiving state relates to the immunities which extend to this group of people. Diplomats and their family members are immune from criminal prosecution and civil liability in the receiving state. As such, they cannot acquire citizenship in the receiving state and also benefit from these immunities. A citizen has duties and responsibilities to its country. Immunity is inconsistent with this principle and so does not apply to citizens. See Article 37 of the *Convention*.

Section 3(2) legislates into Canadian domestic law the above principles and should be narrowly interpreted with these purposes in mind. The term "employee in Canada of a foreign government" must be interpreted to mean an employee of a diplomatic mission, or connected to it, who benefits from the immunities of the *Convention*. Any other interpretation would lead to absurd results. There is no purpose served in excluding any child born of a

du *jus soli*, en vertu duquel la citoyenneté est acquise à la naissance peu importe la nationalité des parents, et le principe du *jus sanguinis*, en vertu duquel la citoyenneté est acquise par filiation, habituellement par l'entremise d'un parent : *Loi sur la citoyenneté*, al. 3(1)a) et b); voir I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (5e éd. 1998), p. 391-393. Ces deux principes servent de toile de fond à l'art. 3 de la *Loi sur la citoyenneté* dans son ensemble. Il n'est pas contesté que l'al. 3(2)a) constitue une exception à ces règles générales. Cependant, M. Vavilov a interprété cette exception de façon plus restrictive que la greffière. Dans ses observations adressées à la greffière, il a soutenu que l'intention du Parlement était que le par. 3(2) de la *Loi sur la citoyenneté* reflète simplement les dispositions de la *LMEOI* et de la *CVRD*, de même que l'art. II du *Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, concernant l'acquisition de la nationalité*, 500 R.T.N.U. 223, qui énonce ce qui suit : « [l]es membres de la mission qui n'ont pas la nationalité de l'État accréditaire et les membres de leur famille qui font partie de leur ménage n'acquièrent pas la nationalité de cet État par le seul effet de sa législation ». Monsieur Vavilov a fait valoir les arguments suivants à la greffière :

[TRADUCTION] L'exclusion des diplomates et de leur famille, y compris les nouveau-nés, du droit d'obtenir la citoyenneté de l'État accréditaire est liée aux immunités dont bénéficie ce groupe de personnes. Les diplomates et les membres de leur famille jouissent d'une immunité contre les poursuites criminelles et la responsabilité civile dans l'État accréditaire. Par conséquent, ils ne peuvent pas obtenir la citoyenneté de l'État accréditaire et bénéficier également de ces immunités. De fait, un citoyen a des obligations et des responsabilités envers son pays. L'immunité est inconciliable avec ce principe et ne s'applique donc pas aux citoyens. Voir l'article 37 de la *Convention*.

Le paragraphe 3(2) transpose en droit interne canadien les principes susmentionnés et devrait être interprété de façon restrictive en gardant ces objectifs à l'esprit. L'expression « au service au Canada d'un gouvernement étranger » doit être interprétée comme désignant un employé affecté à une mission diplomatique, ou ayant des liens avec une telle mission, qui bénéficie des immunités prévues dans la *Convention*. Toute autre interprétation donnerait des

2019 SCC 65 (CanLII)

person not having a connection to a diplomatic mission in Canada while sojourning here from the principle of *Jus soli*.

(A.R., vol. IV, at pp. 449-50)

[179] In *Al-Ghamdi v. Canada (Minister of Foreign Affairs and International Trade)*, 2007 FC 559, 64 Imm. L.R. (3d) 67, a case which was referred to in the analyst's report and which we will discuss in greater detail below, the Federal Court, at para. 53, quoted a passage by Professor Brownlie on this point:

. . . Of particular interest are the special rules relating to the *jus soli*, appearing as exceptions to that principle, the effect of the exceptions being to remove the cases where its application is clearly unjustifiable. A rule which has very considerable authority stipulated that children born to persons having diplomatic immunity shall not be nationals by birth of the state to which the diplomatic agent concerned is accredited. Thirteen governments stated the exception in the preliminaries of the Hague Codification Conference. In a comment on the relevant article of the Harvard draft on diplomatic privileges and immunities it is stated: 'This article is believed to be declaratory of an established rule of international law'. The rule receives ample support from legislation of states and expert opinion. The Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws of 1930 provides in Article 12: 'Rules of law which confer nationality by reason of birth on the territory of a State shall not apply automatically to children born to persons enjoying diplomatic immunities in the country where the birth occurs.'

In 1961 the United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities adopted an Optional Protocol concerning Acquisition of Nationality, which provided in Article II: 'Members of the mission not being nationals of the receiving State, and members of their families forming part of their household, shall not, solely by the operation of the law of the receiving State, acquire the nationality of that State'. Some states extend the rule to the children of consuls, and there is some support for this from expert opinion. [Footnotes omitted.]

(Brownlie, at pp. 392-93)

résultats absurdes. Il ne sert à rien d'exclure de l'application du principe du *jus soli* les enfants dont les parents n'étaient pas attachés à une mission diplomatique au Canada pendant leur séjour au pays.

(d.a., vol. IV, p. 449-450)

[179] Dans l'affaire *Al-Ghamdi c. Canada (Ministre des Affaires étrangères et du Commerce international)*, 2007 CF 559, un jugement dont il est question dans le rapport de l'analyste et dont nous traitons plus en détail ultérieurement, la Cour fédérale cite au par. 53 (CanLII) un passage de l'ouvrage du professeur Brownlie sur ce point :

[TRADUCTION] . . . Les règles spéciales régissant le droit du sol (*jus soli*) présentent un intérêt particulier. Elles constituent une exception au principe général et ont pour effet de supprimer les cas où l'application de celui-ci est de toute évidence injustifiable. Ainsi, un principe jouissant d'une autorité considérable voulait que les enfants nés de parents bénéficiant de l'immunité diplomatique ne pouvaient être considérés de naissance comme des ressortissants de l'État auprès duquel l'agent diplomatique concerné était accrédité. Treize États se sont prévalus de cette exception lors des travaux préliminaires de la Conférence de La Haye pour la codification du droit international. Un commentateur faisait observer ce qui suit au sujet de l'article pertinent sur les privilèges et immunités diplomatiques : « Cet article est censé consacrer un principe établi de droit international ». Ce principe bénéficie d'un large appui de la part des législateurs des divers pays et des experts. La Convention de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité prévoit à son article 12 : « Les dispositions légales relatives à l'attribution de la nationalité d'un État en raison de la naissance sur son territoire ne s'appliquent pas de plein droit aux enfants dont les parents jouissent des immunités diplomatiques dans le pays de la naissance ».

En 1961, la Conférence des Nations Unies sur les relations et immunités diplomatiques a adopté un Protocole facultatif concernant l'acquisition de la nationalité, qui prévoit, à son article II : « Les membres de la mission qui n'ont pas la nationalité de l'État accréditaire et les membres de leur famille qui font partie de leur ménage n'acquièrent pas la nationalité de cet État par le seul effet de sa législation ». Certains États étendent la portée de cette règle aux enfants des consuls, et certains experts appuient cette façon de procéder. [Notes en bas de page omises.]

(Brownlie, p. 392-393)

2019 SCC 65 (CanLII)

[180] Mr. Vavilov included relevant excerpts from the parliamentary debate that had preceded the enactment of the *Citizenship Act* in support of his argument that the very purpose of s. 3(2) of the *Citizenship Act* was to align Canada's citizenship rules with these principles of international law. These excerpts describe s. 3(2) as "conform[ing] to international custom" and as having been drafted with the intention of "exclud[ing] children born in Canada to diplomats from becoming Canadian citizens": Hon. J. Hugh Faulkner, Secretary of State of Canada, House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Broadcasting, Films and Assistance to the Arts, Respecting Bill C-20, An Act respecting citizenship*, No. 34, 1st Sess., 30th Parl., February 24, 1976, at p. 34:23. The record of that debate also reveals that Parliament took care to avoid the danger that because of how some provisions were written, "a number of other people would be affected such as those working for large foreign corporations": *ibid*. Although the analyst discussed the textual difference between s. 3(2) and a similar provision in the former *Canadian Citizenship Act*, she did not grapple with these other elements of the legislative history, despite the fact that they cast considerable doubt on her conclusions, indicating that s. 3(2) was not intended to affect the status of individuals whose parents have not been granted diplomatic privileges and immunities.

[181] In attempting to distinguish the meaning of the phrase "other representative or employee in Canada of a foreign government" from that of the term "diplomatic or consular officer", the analyst also appeared to overlook the possibility that some individuals who fall into the former category might be granted privileges or immunities despite not being considered "diplomatic or consular officer[s]" under the *Interpretation Act*. Yet, as the majority of the Federal Court of Appeal pointed out, such individuals do in fact exist: paras. 53-55, citing *FMIOA*, at ss. 3 and 4 and Sched. II, Articles 1, 41, 43, 49, and 53. In light of Mr. Vavilov's submissions regarding the purpose of s. 3(2), the failure to consider this possibility is a noticeable omission.

[180] Monsieur Vavilov a joint des extraits pertinents des débats parlementaires qui avaient précédé l'adoption de la *Loi sur la citoyenneté* en vue d'appuyer son argument selon lequel le par. 3(2) de la *Loi sur la citoyenneté* vise précisément à harmoniser les règles du Canada en matière de citoyenneté avec ces principes de droit international. Dans ces extraits, il est mentionné que le par. 3(2) « suit l'usage international » et qu'il a été rédigé avec l'intention d'« empêche[r] les enfants nés au Canada de diplomates étrangers de devenir citoyens canadiens » : l'honorable J. Hugh Faulkner, Secrétaire d'État du Canada, Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Radiodiffusion, des films et de l'assistance aux arts, concernant Bill C-20, Loi concernant la citoyenneté*, nº 34, 1re sess., 30e lég., 24 février 1976, p. 34:23. Le procès-verbal de ce débat révèle également que le Parlement a pris soin d'éviter qu'il y ait un « risque, en rédigeant quelque stipulation [. . .], de toucher d'autres gens, [à] savoir notamment ceux qui œuvrent pour le compte d'importantes sociétés étrangères » : *ibid.*, p. 34:23 et 34:24. Bien que l'analyste ait traité des différences entre le libellé du par. 3(2) et celui d'une disposition semblable de l'ancienne *Loi sur la citoyenneté canadienne*, elle n'a pas abordé ces autres éléments de l'historique législatif de ce paragraphe, et ce, même si ceux-ci mettent grandement en doute ses conclusions et indiquent que le par. 3(2) n'était pas censé modifier le statut des personnes dont les parents ne se sont pas vu accorder de privilèges et immunités diplomatiques.

[181] En tentant de faire une distinction entre le sens de l'expression « représentant à un autre titre ou au service au Canada d'un gouvernement étranger » et celui du terme « agent diplomatique ou consulaire », l'analyste semble aussi ne pas avoir envisagé la possibilité que certaines personnes qui font partie de la première catégorie se voient accorder des privilèges ou immunités sans pour autant être des « agent[s] diplomatique[s] ou consulaire[s] » au sens de la *Loi d'interprétation*. Or, comme le soulignent les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale, ces personnes existent bel et bien : par. 53-55, citant la *LMEOI*, art. 3 et 4 et ann. II, articles 1, 41, 43, 49 et 53. Vu les observations de M. Vavilov concernant l'objet du par. 3(2), le défaut d'envisager cette possibilité constitue une omission évidente.

2019 SCC 65 (CanLII)

[182] It is well established that domestic legislation is presumed to comply with Canada's international obligations, and that it must be interpreted in a manner that reflects the principles of customary and conventional international law: *Appulonappa*, at para. 40; see also *Pushpanathan*, at para. 51; *Baker*, at para. 70; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401, at para. 39; *Hape*, at paras. 53-54; *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704, at para. 48; *India v. Badesha*, 2017 SCC 44, [2017] 2 S.C.R. 127, at para. 38; *Office of the Children's Lawyer v. Balev*, 2018 SCC 16, [2018] 1 S.C.R. 398, at paras. 31-32. Yet the analyst did not refer to the relevant international law, did not inquire into Parliament's purpose in enacting s. 3(2) and did not respond to Mr. Vavilov's submissions on this issue. Nor did she advance any alternate explanation for why Parliament would craft such a provision in the first place. In the face of compelling submissions that the underlying rationale of s. 3(2) was to implement a narrow exception to a general rule in a manner that was consistent with established principles of international law, the analyst and the Registrar chose a different interpretation without offering any reasoned explanation for doing so.

(c) *Jurisprudence Interpreting Section 3(2) of the Citizenship Act*

[183] Although the analyst cited three Federal Court decisions on s. 3(2)(a) of the *Citizenship Act* in a footnote, she dismissed them as being irrelevant on the basis that they related only to "individuals whose parents maintained diplomatic status in Canada at the time of their birth": A.R., vol. I, at p. 7. But this distinction, while true, does not explain why the *reasoning* employed in those decisions, which directly concerned the scope, the meaning and the legislative purpose of s. 3(2)(a), was inapplicable in Mr. Vavilov's case. Had the analyst considered just the three cases cited in her report — *Al-Ghamdi*; *Lee v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 614, [2009] 1 F.C.R. 204; and *Hitti v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 294, 310 F.T.R. 168 — it would have been evident to her that she needed to grapple with and justify her interpretation in light of the persuasive

[182] Il est bien établi que la loi interne est présumée respecter les obligations internationales du Canada et qu'elle doit être interprétée d'une manière qui reflète les principes du droit international coutumier et conventionnel : *Appulonappa*, par. 40; voir aussi *Pushpanathan*, par. 51; *Baker*, par. 70; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401, par. 39; *Hape*, par. 53-54; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704, par. 48; *Inde c. Badesha*, 2017 CSC 44, [2017] 2 R.C.S. 127, par. 38; *Bureau de l'avocat des enfants c. Balev*, 2018 CSC 16, [2018] 1 R.C.S. 398, par. 31-32. Néanmoins, l'analyste ne fait pas état des règles de droit international pertinentes, ne s'interroge pas sur l'objectif que le législateur visait en adoptant le par. 3(2), et ne répond pas aux observations que M. Vavilov a présentées à cet égard. L'analyste n'essaie pas non plus d'expliquer autrement pourquoi le législateur élaborerait au départ une disposition de cette nature. Malgré les observations convaincantes voulant que la raison d'être du par. 3(2) consiste à instituer une exception étroite à la règle générale, conformément aux principes établis du droit international, l'analyste et la greffière ont choisi une interprétation différente, sans motiver leur choix de façon raisonnée.

c) *La jurisprudence relative à l'interprétation du par. 3(2) de la Loi sur la citoyenneté*

[183] Dans une note en bas de page, l'analyste cite trois jugements de la Cour fédérale portant sur l'al. 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*, mais les juge dépourvus de pertinence au motif qu'ils concernent des [TRADUCTION] « personnes dont les parents jouissaient du statut diplomatique au Canada au moment de leur naissance » : d.a., vol. I, p. 7. Bien que ce soit exact, cette distinction ne permet pas d'expliquer l'inapplicabilité, dans le cas de M. Vavilov, du *raisonnement* adopté dans ces jugements et qui porte directement sur la portée, la signification et l'objectif législatif de l'al. 3(2)a). Si l'analyste s'était attardée ne serait-ce qu'aux trois jugements cités dans son rapport — *Al-Ghamdi*; *Lee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 614, [2009] 1 R.C.F. 204; et *Hitti c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 294 — il aurait été évident à ses yeux qu'elle devait confronter

2019 SCC 65 (CanLII)

and comprehensive legal reasoning that supports the position that s. 3(2)(a) was intended to apply only to those individuals whose parents have been granted diplomatic privileges and immunities.

[184] In *Al-Ghamdi*, the Federal Court considered the constitutionality of paras. (a) and (c) of s. 3(2) of the *Citizenship Act* in reviewing a decision in which Passport Canada had refused to issue a passport to a child of a Saudi Arabian diplomat. In its reasons, the court came to a number of conclusions regarding the purpose and scope of s. 3(2), including, at para. 5, that

> [t]he only individuals covered in paragraphs 3(2)(a) and (c) of the *Citizenship Act* are children of individuals with diplomatic status. These are individuals who enter Canada under special circumstances and without undergoing any of the normal procedures. Most importantly, while in Canada, they are granted all of the immunities and privileges of diplomats . . . .

[185] The court went on to extensively document the link between the exception to the rule of citizenship by birth set out in s. 3(2) of the *Citizenship Act* and the rules of international law, the *FMIOA* and the *VCDR*: *Al-Ghamdi*, at paras. 52 et seq. It noted that there is an established rule of international law that children born to parents who enjoy diplomatic immunities are not entitled to automatic citizenship by birth, and that their status in this respect is an exception to the principle of *jus soli*: *Al-Ghamdi*, at para. 53, quoting Brownlie, at pp. 391-93. In finding that the exceptions under s. 3(2) to citizenship on the basis of *jus soli* do not infringe the rights of children of diplomats under s. 15 of the *Charter*, the court emphasized that *all* children to whom s. 3(2) applies are entitled to an "extraordinary array of privileges under the *Foreign Missions and International Organizations Act*": *Al-Ghamdi*, at para. 62. Citing the *VCDR*, it added that "[i]t is precisely because of the vast array of privileges accorded to diplomats and their families, which are by their very nature inconsistent with the obligations of citizenship, that a person who enjoys diplomatic status cannot acquire citizenship": para. 63. In its analysis under s. 1 of

sa propre interprétation et la justifier eu égard au raisonnement juridique convaincant et détaillé à l'appui de la thèse voulant que l'al. 3(2)a) ne soit censé s'appliquer qu'aux personnes dont les parents se sont vu accorder des privilèges et immunités diplomatiques.

[184] Dans l'affaire *Al-Ghamdi*, la Cour fédérale s'est penchée sur la constitutionnalité des al. 3(2)a) et c) de la *Loi sur la citoyenneté* en contrôlant une décision par laquelle Passeport Canada avait refusé de délivrer un passeport à l'enfant d'un diplomate saoudien. Dans ses motifs, la cour est arrivée à plusieurs conclusions au sujet de l'objet et de la portée du par. 3(2), dont celle qui suit au par. 5 :

> Les seules personnes visées aux alinéas 3(2)a) et c) de la *Loi sur la citoyenneté* sont les enfants de personnes ayant le statut diplomatique. Il s'agit de personnes qui sont admises sur le territoire canadien dans des circonstances particulières et qui ne sont pas assujetties aux formalités habituelles. Mais surtout, pendant qu'elles se trouvent au Canada, elles bénéficient de toutes les immunités et de tous les privilèges reconnus aux diplomates . . .

[185] La cour a ensuite documenté en détail le lien entre l'exception à la règle de la citoyenneté par naissance énoncée au par. 3(2) de la *Loi sur la citoyenneté* et les règles de droit international, la *LMEOI* et la *CVRD* : *Al-Ghamdi*, par. 52 et suiv. Elle a fait remarquer qu'il est établi en droit international que les enfants nés de parents bénéficiant de l'immunité diplomatique n'acquièrent pas automatiquement la citoyenneté à la naissance, et que leur statut à cet égard constitue une exception au principe du *jus soli* : *Al-Ghamdi*, par. 53, citant Brownlie, p. 391-393. En concluant que les exceptions du par. 3(2) à la règle de la citoyenneté *jus soli* ne portent pas atteinte aux droits conférés aux enfants de diplomates par l'art. 15 de la *Charte*, la cour a souligné que *tous* les enfants auxquels s'applique le par. 3(2) bénéficient d'une « gamme extraordinaire de privilèges en vertu de la *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales* » : *Al-Ghamdi*, par. 62. Citant la *CVRD*, elle a ajouté que « [c]'est précisément en raison de la vaste gamme de privilèges dont jouissent les diplomates et leur famille, privilèges qui sont de par leur nature même incompatibles avec les obligations de la citoyenneté, qu'une personne qui jouit

2019 SCC 65 (CanLII)

the *Charter*, the court found that the choice to deny citizenship to individuals provided for in s. 3(2) is "tightly connected" to a pressing government objective of ensuring "that no citizen is immune from the obligations of citizenship", such as the obligations to pay taxes and comply with the criminal law: *Al-Ghamdi*, at paras. 74-75. In the case at bar, the analyst failed entirely to engage with the arguments endorsed by the Federal Court in *Al-Ghamdi* despite the court's key finding that s. 3(2)(a) applies only to "children born of foreign diplomats or an equivalent", a conclusion upon which the very constitutionality of the provision turned: *Al-Ghamdi*, at paras. 3, 9, 27, 28, 56 and 59.

du statut diplomatique ne peut acquérir la citoyenneté » : par. 63. Dans son analyse conduite au regard de l'article premier de la *Charte*, la cour a conclu que le refus d'octroyer la citoyenneté aux personnes visées au par. 3(2) est « étroitement lié » à l'objectif urgent de l'État consistant à s'assurer « qu'aucun citoyen n'est dispensé des obligations afférentes à la citoyenneté », comme payer des impôts et respecter les lois criminelles : *Al-Ghamdi*, par. 74-75. En l'espèce, l'analyste n'a aucunement abordé les arguments retenus par la Cour fédérale dans l'affaire *Al-Ghamdi*, malgré la conclusion décisive de la cour portant que l'al. 3(2)a) s'appliquait uniquement aux « enfants nés de diplomates étrangers ou de l'équivalent », une conclusion au cœur de la constitutionnalité même de la disposition : *Al-Ghamdi*, par. 3, 9, 27, 28, 56 et 59.

[186] In *Lee*, another case cited by the analyst, the Federal Court confirmed the finding in *Al-Ghamdi* that "[t]he only individuals covered in paragraphs 3(2)(a) and (c) of the *Citizenship Act* are children of individuals with diplomatic status": *Lee*, at para. 77. The court found in *Lee* that the "functional duties of the applicant's father" were not relevant to whether or not the applicant was excluded from citizenship pursuant to s. 3(2)(a) of the *Citizenship Act*: para. 58. Rather, what mattered was only that at the time of the applicant's birth, his father had been a registered consular official and had held a diplomatic passport and the title of Vice-Consul: paras. 44, 58, 61 and 63.

[186] Dans l'affaire *Lee*, un autre jugement que cite l'analyste, la Cour fédérale a confirmé la conclusion de l'affaire *Al-Ghamdi* selon laquelle « [l]es seules personnes visées par les alinéas 3(2)a) et c) de la *Loi sur la citoyenneté* sont les enfants des personnes ayant le statut diplomatique » : *Lee*, par. 77. La cour a jugé dans *Lee* qu'il importait peu de connaître quelles « fonctions exerçait concrètement le père du demandeur » pour déterminer si le fils tombait ou non sous le coup de l'exclusion prévue à l'al. 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* : par. 58. Ce qui comptait au contraire, c'était que le père du demandeur était enregistré comme agent diplomatique au moment de la naissance de l'enfant et détenait un passeport diplomatique ainsi que le titre de vice-consul : par. 44, 58, 61 et 63.

[187] *Hitti*, the third case cited in the analyst's report, concerned a decision to confiscate two citizenship certificates on the basis that, under s. 3(2) of the *Citizenship Act*, their holders had never been entitled to them. In that case, the applicants' father, a Lebanese citizen, had been employed as an information officer of the League of Arab States in Ottawa. Although the League did not have diplomatic standing at that time, Canada had agreed as a matter of courtesy to extend diplomatic status to officials of the League's information centre, treating them as "attachés" of their home countries' embassies: *Hitti*, at paras. 6 and 9; see also *Interpretation*

[187] L'affaire *Hitti*, le troisième jugement invoqué dans le rapport de l'analyste, portait sur une décision de confisquer deux certificats de citoyenneté au motif que, suivant le par. 3(2) de la *Loi sur la citoyenneté*, leurs titulaires n'y avaient jamais eu droit. Dans cette affaire, le père des demandeurs, un citoyen libanais, avait travaillé comme agent d'information de la Ligue des États arabes à Ottawa. Puisque la Ligue ne jouissait d'aucun statut diplomatique à l'époque, le Canada a convenu, par courtoisie, de reconnaître aux agents du bureau d'information de la Ligue un statut diplomatique lié à leur État d'appartenance, à titre d'« attachés » de l'ambassade de leur pays respectif :

2019 SCC 65 (CanLII)

Act, s. 35(1). Mr. Hitti argued he did not, in practice, fulfill diplomatic tasks or act as a representative of Lebanon, but there was nonetheless a record of his being an accredited diplomat, enjoying the benefits of that status and being covered by the *VCDR* when his children were born: paras. 5 and 8. The Federal Court rejected a submission that Mr. Hitti would have had to perform duties in the service of Lebanon in order for his children to fall within the meaning of s. 3(2)(a), and concluded that "what Mr. Hitti did when he was in the country is not relevant": para. 32.

[188] What can be seen from both *Lee* and *Hitti* is that what matters, for the purposes of s. 3(2)(a), is not whether an individual carries out activities in the service of a foreign state while in Canada, but whether, at the relevant time, the individual has been granted diplomatic privileges and immunities. Thus, in addition to the Federal Court's decision in *Al-Ghamdi*, the analyst was faced with two cases in which the application of s. 3(2) had turned on the existence of diplomatic status rather than on the "functional duties" or activities of the child's parents. In these circumstances, it was a significant omission for her to ignore the Federal Court's reasoning when determining whether the espionage activities of Ms. Vavilova and Mr. Bezrukov were sufficient to ground the application of s. 3(2)(a).

(d) *Possible Consequences of the Registrar's Interpretation*

[189] When asked why the children of individuals referred to in s. 3(2)(a) would be excluded from acquiring citizenship by birth, another analyst involved in Mr. Vavilov's file (who had also been involved in Mr. Vavilov's brother's file) responded as follows:

> Well, usually the way we use section 3(2)(a) is for — you're right, for diplomats and that they don't — because

Hitti, par. 6 et 9 (CanLII); voir également la *Loi d'interprétation*, par. 35(1). Si M. Hitti avançait qu'en pratique, il n'avait pas rempli des tâches liées à la fonction de diplomate ni agi à titre de représentant de l'État libanais, il existait néanmoins un document révélant qu'il avait qualité de diplomate accrédité, qu'il bénéficiait du statut diplomatique et qu'il était assujetti à la *CVRD* durant la période au cours de laquelle étaient nés ses enfants : par. 5 et 8. La Cour fédérale a rejeté la prétention suivant laquelle M. Hitti aurait été tenu d'exercer des fonctions au service du Liban pour que ses enfants tombent sous le coup de l'al. 3(2)a), concluant qu'« il n'[était] pas pertinent de déterminer ce que faisait M. Hitti alors qu'il était au pays » : par. 32.

[188] Il ressort des affaires *Lee* et *Hitti* que, pour l'application de l'al. 3(2)a), ce qui compte n'est pas de savoir si une personne se livre à des activités au service d'un État étranger alors qu'elle se trouve au Canada. Il s'agit plutôt de déterminer si la personne s'était vu accorder, à l'époque pertinente, des privilèges et immunités diplomatiques. Ainsi, outre le jugement rendu par la Cour fédérale dans l'affaire *Al-Ghamdi*, l'analyste se devait d'examiner deux autres affaires où l'application du par. 3(2) dépendait de la présence du statut diplomatique plutôt que des « fonctions [qu'exerçaient] concrètement » les parents de l'enfant. Dans ces circonstances, il s'agissait d'une omission importante de la part de l'analyste que d'ignorer le raisonnement de la Cour fédérale au moment de décider si les activités d'espionnage qu'avaient exercées M^me^ Vavilova et M. Bezrukov étaient suffisantes pour permettre l'application de l'al. 3(2)a).

d) *Les conséquences possibles de l'interprétation donnée par la greffière*

[189] Lorsqu'on lui a demandé les raisons pour lesquelles les enfants des personnes mentionnées à l'al. 3(2)a) n'auraient pas qualité de citoyens canadiens par naissance, une autre analyste impliquée dans le dossier de M. Vavilov (qui était aussi impliquée dans le dossier de son frère) a répondu ceci :

> [TRADUCTION] Eh bien, nous appliquons d'habitude l'alinéa 3(2)a) dans le cas — vous avez raison, dans le

2019 SCC 65 (CanLII)

they are not — they are not obliged . . . to the law of Canada and everything, so that's why their children do not obtain citizenship if they were born in Canada while the person was in Canada under that status.

But then there is also this other part of the Act that says other representatives or employees of a foreign government in Canada, that may open the door for other person[s] than diplomats and that's how we interpreted in this specific case 3(2)(a) but there is no jurisprudence on that . . . .

(R.R., transcript, at pp. 87-88)

[190] In other words, the officials responsible for these files were aware that s. 3(2)(a) was informed by the principle that individuals subject to the exception are "not obliged . . . to the law of Canada". They were also aware that the interpretation they had adopted in the case of the Vavilov brothers was a novel one. Although the Registrar knew this, she failed to provide a rationale for this expanded interpretation.

[191] Additionally, there is no evidence that the Registrar considered the potential consequences of expanding her interpretation of s. 3(2)(a) to include individuals who have not been granted diplomatic privileges and immunities. Citizenship has been described as "the right to have rights": U.S. Supreme Court Chief Justice Earl Warren, as quoted in A. Brouwer, *Statelessness in Canadian Context: A Discussion Paper* (July 2003) (online), at p. 2. The importance of citizenship was recognized in *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, in which Iacobucci J., writing for this Court, stated: "I cannot imagine an interest more fundamental to full membership in Canadian society than Canadian citizenship": para. 68. This was reiterated in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, in which this Court unanimously held that "[f]or some, such as those who might become stateless if deprived of their citizenship, it may be valued as highly as liberty": para. 108.

cas des diplomates et parce qu'ils — car ils ne sont pas — ils ne sont pas assujettis [. . .] aux lois canadiennes et à d'autres règles, alors c'est pourquoi leurs enfants n'obtiennent pas la citoyenneté au moment de leur naissance au Canada quand les parents s'y trouvaient et avaient ce statut.

Or, la disposition de la Loi porte aussi sur les représentants à un autre titre ou au service au Canada d'un gouvernement étranger, ce qui permet d'ajouter d'autres personnes aux diplomates et c'est la façon dont nous avons interprété l'alinéa 3(2)a) dans ce cas précis, mais il n'y a pas de jurisprudence qui porte sur cette question . . .

(d.i., transcription, p. 87-88)

[190] Autrement dit, les fonctionnaires chargées de ces dossiers savaient que l'al. 3(2)a) reposait sur le principe que les personnes faisant l'objet de l'exception ne sont « pas assujetti[e]s [. . .] aux lois canadiennes ». Elles étaient également au fait du caractère inédit de l'interprétation adoptée dans le cas des frères Vavilov. Même si la greffière avait connaissance des éléments susmentionnés, elle n'a pas motivé cette interprétation élargie.

[191] En outre, rien n'établit que la greffière a tenu compte des conséquences que peut avoir le fait d'étendre son interprétation de l'al. 3(2)a) aux personnes à qui on n'a pas accordé de privilèges et d'immunités diplomatiques. La citoyenneté a été qualifiée de [TRADUCTION] « droit d'avoir des droits » : le juge en chef de la Cour suprême des États-Unis, Earl Warren, cité dans A. Brouwer, *Statelessness in Canadian Context : A Discussion Paper* (juillet 2003) (en ligne), p. 2. L'importance de la citoyenneté a été reconnue dans l'arrêt *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358, où le juge Iacobucci, s'exprimant au nom de notre Cour, a affirmé : « Je ne puis imaginer d'intérêt plus fondamental que la citoyenneté canadienne pour quiconque veut être membre à part entière de la société canadienne » : par. 68. Cette position a été reprise dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, où notre Cour a conclu à l'unanimité que « [p]our certains, comme ceux qui pourraient devenir apatrides s'ils étaient privés de leur citoyenneté, elle peut être aussi précieuse que la liberté » : par. 108.

2019 SCC 65 (CanLII)

[192] It perhaps goes without saying that rules concerning citizenship require a high degree of interpretive consistency in order to shield against a perception of arbitrariness and to ensure conformity with Canada's international obligations. We can therefore only assume that the Registrar intended that this new interpretation of s. 3(2)(a) would apply to any other individual whose parent is employed by or represents a foreign government at the time of the individual's birth in Canada but has not been granted diplomatic privileges and immunities. The Registrar's interpretation would not, after all, limit the application of s. 3(2)(a) to the children of spies — its logic would be equally applicable to a number of other scenarios, including that of a child of a non-citizen worker employed by an embassy as a gardener or cook, or of a child of a business traveller who represents a foreign government-owned corporation. Mr. Vavilov had raised the fact that provisions such as s. 3(2)(a) must be given a narrow interpretation because they deny or potentially take away rights — that of citizenship under s. 3(1) in this case — which otherwise benefit from a liberal and broad interpretation: *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, at p. 307. Yet there is no indication that the Registrar considered the potential harsh consequences of her interpretation for such a large class of individuals, which included Mr. Vavilov, or the question whether, in light of those possible consequences, Parliament would have intended s. 3(2)(a) to apply in this manner.

[193] Moreover, we would note that despite following a different legal process, the Registrar's decision in this case had the same effect as a revocation of citizenship — a process which has been described by scholars as "a kind of 'political death'" — depriving Mr. Vavilov of his right to vote and the right to enter and remain in Canada: see A. Macklin, "Citizenship Revocation, the Privilege to Have Rights and the Production of the Alien" (2014), 40 *Queen's L.J.* 1, at pp. 7-8. While we question whether the Registrar was empowered to unilaterally alter Canada's position with respect to Mr. Vavilov's citizenship and

[192] Il va probablement sans dire que les règles concernant la citoyenneté commandent une grande uniformité en matière d'interprétation pour se prémunir contre la perception d'arbitraire et assurer le respect des obligations internationales du Canada. Nous ne pouvons donc que supposer que la greffière voulait que cette nouvelle interprétation de l'al. 3(2)a) s'applique à toute autre personne dont les parents, au moment de sa naissance au Canada, représentaient un gouvernement étranger ou étaient au service d'un gouvernement étranger, tout en ne s'étant pas vu accorder de privilèges et d'immunités diplomatiques. L'interprétation de la greffière ne saurait en fin de compte limiter l'application de l'al. 3(2)a) aux enfants d'espions; sa logique vaudrait tout autant dans plusieurs autres cas, dont ceux de l'enfant d'un travailleur non-citoyen au service d'une ambassade à titre de jardinier ou de cuisinier, ou de l'enfant de gens d'affaires qui représentent une personne morale appartenant à un gouvernement étranger. Monsieur Vavilov avait évoqué le besoin de donner aux dispositions telles que l'al. 3(2)a) une interprétation étroite puisqu'elles refusent ou risquent d'enlever des droits, en l'occurrence la citoyenneté acquise au titre du par. 3(1), qui autrement recevraient une interprétation large et libérale : *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, p. 307. Néanmoins, rien n'indique que la greffière a pris en compte les conséquences possiblement sévères de son interprétation pour une catégorie pourtant vaste de personnes, dont M. Vavilov. Rien n'indique non plus que, compte tenu de ces conséquences éventuelles, la greffière s'est demandé si le Parlement aurait voulu que l'al. 3(2)a) s'applique de cette manière.

[193] Nous tenons d'ailleurs à souligner que, malgré la voie judiciaire différente suivie, la décision de la greffière dans la présente affaire a eu le même effet qu'une révocation de la citoyenneté — processus que les universitaires ont assimilé à une [TRADUCTION] « forme de "mort politique" » — privant M. Vavilov de son droit de vote et de son droit d'entrer au Canada et d'y demeurer : voir A. Macklin, « Citizenship Revocation, the Privilege to Have Rights and the Production of the Alien » (2014), 40 *Queen's L.J.* 1, p. 7-8. Bien que la question se pose à savoir si la greffière avait le pouvoir de modifier unilatéralement la

2019 SCC 65 (CanLII)

recognize that the relationship between the cancellation of a citizenship certificate under s. 26 of the *Citizenship Regulations* and the revocation of an individual's citizenship (as set out in s. 10 of the *Citizenship Act*) is not clear, we leave this issue for another day because it was neither raised nor argued by the parties.

D. *Conclusion*

[194] Multiple legal and factual constraints may bear on a given administrative decision, and these constraints may interact with one another. In some cases, a failure to justify the decision against any one relevant constraint may be sufficient to cause the reviewing court to lose confidence in the reasonableness of the decision. Section 3 of the *Citizenship Act* considered as a whole, other legislation and international treaties that inform the purpose of s. 3, the jurisprudence cited in the analyst's report, and the potential consequences of the Registrar's decision point overwhelmingly to the conclusion that Parliament did not intend s. 3(2)(a) to apply to children of individuals who have not been granted diplomatic privileges and immunities. The Registrar's failure to justify her decision with respect to these constraints renders her interpretation unreasonable, and we would therefore uphold the Federal Court of Appeal's decision to quash the Registrar's decision.

[195] As noted above, we would exercise our discretion not to remit the matter to the Registrar for redetermination. Crucial to our decision is the fact that Mr. Vavilov explicitly raised all of these issues before the Registrar and that the Registrar had an opportunity to consider them but failed to do so. She offered no justification for the interpretation she adopted except for a superficial reading of the provision in question and a comment on part of its legislative history. On the other hand, there is overwhelming support — including in the parliamentary debate, established principles of international law, an established line of jurisprudence and the text of the provision itself — for the conclusion that Parliament

position du Canada sur la citoyenneté de M. Vavilov, et tout en étant conscients que le lien entre l'annulation d'un certificat de citoyenneté en application de l'art. 26 du *Règlement sur la citoyenneté* et la révocation de la citoyenneté d'une personne (au titre de l'art. 10 de la *Loi sur la citoyenneté*) n'est pas clair, nous attendrons une autre occasion pour examiner cette question que les parties n'ont ni soulevée ni débattue.

D. *Conclusion*

[194] De multiples contraintes juridiques et factuelles peuvent influer sur une décision administrative donnée, et elles peuvent interagir les unes avec les autres. Parfois, l'omission de justifier la décision en regard d'une des contraintes pertinentes peut suffire à amener la cour de révision à perdre confiance dans le caractère raisonnable de la décision. L'article 3 de la *Loi sur la citoyenneté* pris dans son ensemble, les autres lois et traités internationaux qui éclairent l'objet de cette disposition, la jurisprudence citée dans le rapport de l'analyste et les conséquences possibles de la décision de la greffière mènent inéluctablement à la conclusion que le Parlement ne voulait pas que l'al. 3(2)a) s'applique aux enfants des personnes à qui on n'a pas accordé de privilèges et d'immunités diplomatiques. Le défaut de la greffière de justifier sa décision à l'égard de ces contraintes rend son interprétation déraisonnable. Nous sommes par conséquent d'avis de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a cassé la décision de la greffière.

[195] Tel que nous l'avons mentionné, nous sommes d'avis d'exercer notre pouvoir discrétionnaire de ne pas renvoyer l'affaire à la greffière pour qu'elle rende une nouvelle décision. Fait essentiel à nos yeux, M. Vavilov a soulevé explicitement toutes ces questions devant la greffière, et cette dernière a eu la possibilité d'en tenir compte mais elle ne l'a pas fait. Elle n'a justifié d'aucune manière l'interprétation qu'elle a retenue si ce n'est que pour procéder à un examen superficiel de la disposition en cause et de faire une remarque sur une partie de l'historique législatif de la disposition. En revanche, un très grand nombre de sources — notamment le débat parlementaire, des principes reconnus de droit international, un courant

2019 SCC 65 (CanLII)

did not intend s. 3(2)(a) of the *Citizenship Act* to apply to children of individuals who have not been granted diplomatic privileges and immunities. That being said, we would stress that it is not our intention to offer a definitive interpretation of s. 3(2)(a) in all respects, nor to foreclose the possibility that multiple reasonable interpretations of other aspects might be available to administrative decision makers. In short, we do not suggest that there is necessarily "one reasonable interpretation" of the provision as a whole. But we agree with the majority of the Court of Appeal that it was *not* reasonable for the Registrar to interpret s. 3(2)(a) as applying to children of individuals who have not been granted diplomatic privileges and immunities at the time of the children's birth.

[196] Given that it is undisputed that Ms. Vavilova and Mr. Bezrukov, as undercover spies, were granted no such privileges, it would serve no purpose to remit the matter in this case to the Registrar. Given that Mr. Vavilov is a person who was born in Canada after February 14, 1977, his status is governed only by the general rule set out in s. 3(1)(a) of the *Citizenship Act*. He is a Canadian citizen.

E. *Disposition*

[197] The appeal is dismissed with costs throughout to Mr. Vavilov.

The following are the reasons delivered by

[198] Abella and Karakatsanis JJ. — Forty years ago, in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, this Court embarked on a course to recognize the unique and valuable role of administrative decision-makers within the Canadian legal order. Breaking away from the court-centric theories of years past, the Court encouraged judges to show deference when specialized administrative decision-makers provided reasonable answers to legal questions within their mandates. Building on

jurisprudentiel établi et le libellé même de la disposition — étayent la conclusion suivant laquelle le Parlement ne voulait pas que l'al. 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* s'applique aux enfants de personnes qui ne se sont pas vu accorder des privilèges et immunités diplomatiques. Cela établi, nous tenons à préciser que nous n'entendons pas donner une interprétation définitive de l'al. 3(2)a) à tous les égards, ni exclure la possibilité que les décideurs administratifs proposent plusieurs interprétations raisonnables d'autres aspects de la disposition. Autrement dit, nous ne proposons pas qu'il existe nécessairement « une seule interprétation raisonnable » de la disposition dans son ensemble. Par contre, nous convenons avec les juges majoritaires de la Cour d'appel que la greffière *ne pouvait* raisonnablement interpréter l'al. 3(2)a) comme s'appliquant à un enfant dont les parents, au moment de sa naissance, ne s'étaient pas vu accorder des privilèges et immunités diplomatiques.

[196] Puisque nul ne conteste que M^me^ Vavilova et M. Bezrukov, à titre d'espions infiltrés, n'avaient pas obtenu de tels privilèges, il ne servirait à rien en l'espèce de renvoyer l'affaire à la greffière. En tant que personne née au Canada après le 14 février 1977, M. Vavilov dispose d'un statut régi uniquement par la règle générale énoncée à l'al. 3(1)a) de la *Loi sur la citoyenneté*. Il est citoyen canadien.

E. *Dispositif*

[197] Le pourvoi est rejeté avec dépens devant notre Cour et les juridictions inférieures en faveur de M. Vavilov.

Version française des motifs rendus par

[198] Les juges Abella et Karakatsanis — Il y a 40 ans, dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, notre Cour s'est engagée dans un processus visant à reconnaître le rôle unique et précieux que jouent les décideurs administratifs dans l'ordre juridique canadien. Rompant avec les conceptions judiciarisées qui avaient jusqu'alors la faveur, la Cour a incité les juges à faire preuve de déférence lorsque des décideurs administratifs spécialisés proposaient des

2019 SCC 65 (CanLII)

this more mature understanding of administrative law, subsequent decisions of this Court sought to operationalize deference and explain its relationship to core democratic principles. These appeals offered a platform to clarify and refine our administrative law jurisprudence, while remaining faithful to the deferential path it has travelled for four decades.

[199] Regrettably, the majority shows our precedents no such fidelity. Presented with an opportunity to steady the ship, the majority instead dramatically reverses course — away from this generation's deferential approach and back towards a prior generation's more intrusive one. Rather than confirming a meaningful presumption of deference for administrative decision-makers, as our common law has increasingly done for decades, the majority's reasons strip away deference from hundreds of administrative actors subject to statutory rights of appeal; rather than following the consistent path of this Court's jurisprudence in understanding legislative intent as being the intention to leave legal questions within their mandate to specialized decision-makers with expertise, the majority removes expertise from the equation entirely and reformulates legislative intent as an overriding intention to provide — or not provide — appeal routes; and rather than clarifying the role of reasons and how to review them, the majority revives the kind of search for errors that dominated the pre-*C.U.P.E.* era. In other words, instead of *reforming* this generation's evolutionary approach to administrative law, the majority *reverses* it, taking it back to the formalistic judge-centred approach this Court has spent decades dismantling.

[200] We support the majority's decision to eliminate the vexing contextual factors analysis from the standard of review framework and to abolish the shibboleth category of "true questions of jurisdiction". These improvements, accompanied by a

réponses raisonnables à des questions de droit relevant de leur mandat. S'appuyant sur cette vision plus mûre du droit administratif, notre Cour a, dans ses décisions subséquentes, cherché à recourir concrètement au principe de la déférence et à expliquer sa relation avec les principes démocratiques fondamentaux. Les présents pourvois nous offraient l'occasion de clarifier et d'affiner notre jurisprudence en droit administratif, tout en demeurant fidèles au parcours empreint de déférence que cette jurisprudence a suivi depuis quatre décennies.

[199] Malheureusement, la majorité ne se montre pas aussi fidèle à nos précédents. Alors qu'elle se voit offrir l'occasion de garder le cap, elle choisit plutôt de faire volte-face, délaissant carrément l'approche axée sur la déférence de la génération actuelle et réintégrant la démarche plus interventionniste d'une génération antérieure. Au lieu de confirmer l'existence d'une présomption significative de déférence en faveur des décideurs administratifs, comme notre common law le fait de plus en plus depuis des décennies, les motifs de la majorité privent de déférence des centaines d'acteurs administratifs assujettis à des droits d'appel prévus par la loi. Au lieu d'appliquer la jurisprudence constante de notre Cour selon laquelle la volonté du législateur est de confier à des décideurs spécialisés possédant une expertise en la matière le soin de trancher les questions de droit relevant de leur mandat, la majorité fait table rase de l'expertise de ces décideurs et reformule la volonté du législateur comme étant centrée sur l'offre — ou non — de voies d'appel. Et, plutôt que de clarifier le rôle que jouent les motifs et de préciser comment on doit les contrôler, la majorité ressuscite la démarche axée sur la recherche d'erreurs qui occupait une place prépondérante à l'ère précédant l'arrêt *S.C.F.P.* En d'autres termes, au lieu de *réformer* l'approche évolutive du droit administratif de cette génération, la majorité la fait *régresser* en revenant à l'approche judiciarisée formaliste que notre Cour a mis des dizaines d'années à démanteler.

[200] Nous souscrivons à la décision de la majorité d'éliminer l'analyse contextuelle vexante du cadre d'analyse applicable à la norme de contrôle et d'abolir la catégorie rétrograde des « questions touchant vraiment à la compétence ». Ces améliorations,

2019 SCC 65 (CanLII)

meaningful presumption of deference for administrative decision-makers, would have simplified our judicial review framework and addressed many of the criticisms levied against our jurisprudence since *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190.

[201] But the majority goes much further and fundamentally reorients the decades-old relationship between administrative actors and the judiciary, by dramatically expanding the circumstances in which generalist judges will be entitled to substitute their own views for those of specialized decision-makers who apply their mandates on a daily basis. In so doing, the majority advocates a profoundly different philosophy of administrative law than the one which has guided our Court's jurisprudence for the last four decades. The majority's reasons are an encomium for correctness and a eulogy for deference.

The Evolution of Canadian Administrative Law

[202] The modern Canadian state "could not function without the many and varied administrative tribunals that people the legal landscape" (The Rt. Hon. Beverley McLachlin, *Administrative Tribunals and the Courts: An Evolutionary Relationship*, May 27, 2013 (online)). Parliament and the provincial legislatures have entrusted a broad array of complex social and economic challenges to administrative actors, including regulation of labour relations, welfare programs, food and drug safety, agriculture, property assessments, liquor service and production, infrastructure, the financial markets, foreign investment, professional discipline, insurance, broadcasting, transportation and environmental protection, among many others. Without these administrative decision-makers, "government would be paralyzed, and so would the courts" (Guy Régimbald, *Canadian Administrative Law* (2nd ed. 2015), at p. 3).

[203] In exercising their mandates, administrative decision-makers often resolve claims and disputes

conjuguées à une véritable présomption de déférence à l'égard des décideurs administratifs, auraient simplifié notre cadre d'analyse du contrôle judiciaire et permis de répondre à bon nombre des critiques dont notre jurisprudence fait l'objet depuis l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190.

[201] Mais la majorité va beaucoup plus loin et réoriente complètement le rapport qui existe depuis des décennies entre les acteurs administratifs et la magistrature, en élargissant considérablement les circonstances dans lesquelles les juges généralistes pourront substituer leur propre opinion à celle des décideurs spécialisés qui exercent leur mandat au quotidien. Ce faisant, la majorité préconise une philosophie du droit administratif profondément différente de celle qui a guidé la jurisprudence de notre Cour depuis une quarantaine d'années. Les motifs de la majorité font l'apologie de la norme de la décision correcte et sonnent le glas du principe de la déférence.

L'évolution du droit administratif canadien

[202] L'État moderne canadien « ne saurait fonctionner sans les nombreux tribunaux administratifs de diverses sortes qui [. . .] parsèment le paysage juridique » (la très honorable Beverley McLachlin, « Tribunaux administratifs et tribunaux judiciaires : une relation en évolution », 27 mai 2013 (en ligne)). Le Parlement et les législatures provinciales ont confié à des acteurs administratifs une vaste gamme d'enjeux sociaux et économiques complexes, notamment la réglementation des relations de travail, les programmes d'aide sociale, la sécurité des médicaments et des aliments, l'agriculture, l'évaluation foncière, la production et la vente d'alcool, les infrastructures, les marchés financiers, les investissements étrangers, la discipline professionnelle, les assurances, la radiodiffusion, le transport et la protection de l'environnement, pour n'en nommer que quelques-uns. Sans l'apport de ces décideurs administratifs [TRADUCTION] « le gouvernement serait paralysé, et les tribunaux aussi » (Guy Régimbald, *Canadian Administrative Law* (2e éd. 2015), p. 3).

[203] Dans le cadre de leur mandat, les décideurs administratifs sont souvent appelés à trancher des

2019 SCC 65 (CanLII)

within their areas of specialization (Gus Van Harten et al., *Administrative Law: Cases, Text, and Materials* (7th ed. 2015), at p. 13). These claims and disputes vary greatly in scope and subject-matter. Corporate merger requests, professional discipline complaints by dissatisfied clients, requests for property reassessments and applications for welfare benefits, among many other matters, all fall within the purview of the administrative justice system.

[204] The administrative decision-makers tasked to resolve these issues come from many different walks of life (Van Harten et al., at p. 15). Some have legal backgrounds, some do not. The diverse pool of decision-makers in the administrative system responds to the diversity of issues that it must resolve. To address this broad range of issues, administrative dispute-resolution processes are generally "[d]esigned to be less cumbersome, less expensive, less formal and less delayed" than their judicial counterparts — but "no less effectiv[e] or credibl[e]" (*Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267 (C.A.), at p. 279). In the field of labour relations, for example, Parliament explicitly rejected a court-based system to resolve workplace disputes in favour of a Labour Board, staffed with representatives from management and labour alongside an independent member (Bora Laskin, "Collective Bargaining in Ontario: A New Legislative Approach" (1943), 21 *Can. Bar Rev.* 684; John A. Willes, *The Ontario Labour Court: 1943-1944* (1979); Katherine Munro, "A 'Unique Experiment': The Ontario Labour Court, 1943-1944" (2014), 74 *Labour* 199). Other administrative processes — license renewals, zoning permit issuances and tax reassessments, for example — bear even less resemblance to the traditional judicial model.

[205] Courts, through judicial review, monitor the boundaries of administrative decision making. Questions about the standards of judicial review have been an enduring feature of Canadian administrative law.

demandes et des différends qui relèvent de leur champ de spécialisation (Gus Van Harten et autres, *Administrative Law : Cases, Text, and Materials* (7e éd. 2015), p. 13). La portée et l'objet de ces demandes et de ces différends sont extrêmement diversifiés. Les demandes de fusion d'entreprises, les plaintes portées devant un ordre professionnel par des clients insatisfaits, les demandes de réévaluation foncière et les demandes de prestations d'aide sociale, pour ne citer que celles-là, relèvent toutes du système de justice administrative.

[204] Les décideurs administratifs chargés de résoudre ces questions proviennent d'une grande diversité de milieux (Van Harten et autres, *Administrative Law*, p. 15). Certains ont une formation juridique, d'autres non. Le bassin hétérogène de décideurs qui œuvrent au sein du système administratif témoigne de la diversité des questions qu'ils sont appelés à trancher. Pour les aider à s'attaquer à ce vaste éventail de questions, les mécanismes administratifs de règlement des différends qu'ils appliquent sont généralement [TRADUCTION] « conçus de manière à être moins lourds, moins coûteux, moins formels et moins longs » que leur pendant judiciaire, mais [TRADUCTION] « tout aussi efficaces et crédibles » (*Rasanen c. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267 (C.A.), p. 279). Dans le domaine des relations de travail, par exemple, le législateur fédéral a expressément refusé d'adopter un régime judiciaire de règlement des différends en milieu de travail au profit d'une commission du travail composée de représentants de la direction et des travailleurs, ainsi que de membres indépendants (Bora Laskin, « Collective Bargaining in Ontario : A New Legislative Approach » (1943), 21 *R. du B. can.* 684; John A. Willes, *The Ontario Labour Court : 1943-1944* (1979); Katherine Munro, « A "Unique Experiment" : The Ontario Labour Court, 1943-1944 » (2014), 74 *Le Travail* 199). D'autres processus administratifs — renouvellement de permis, délivrance de permis de zonage et réévaluation fiscale, par exemple — ressemblent encore moins au modèle judiciaire traditionnel.

[205] Les cours de justice, par le biais du contrôle judiciaire, supervisent les paramètres du processus décisionnel administratif. Les questions relatives aux normes de contrôle judiciaire reviennent comme

2019 SCC 65 (CanLII)

The debate, in recent times, has revolved around "reasonableness" and "correctness", and determining when each standard applies. On the one hand, "reasonableness" review expects courts to defer to decisions by specialized decision-makers that "are defensible in respect of the facts and law"; on the other, "correctness" review allows courts to substitute their own opinions for those of the initial decision-maker (*Dunsmuir*, at paras. 47-50). This standard of review debate has profound implications for the extent to which reviewing courts may substitute their views for those of administrative decision-makers. At its core, it is a debate over two distinct philosophies of administrative law.

[206] The story of modern Canadian administrative law is the story of a shift away from the court-centric philosophy which denied administrative bodies the authority to interpret or shape the law. This approach found forceful expression in the work of Albert Venn Dicey. For Dicey, the rule of law meant the rule of courts. Dicey developed his philosophy at the end of the 19th century to encourage the House of Lords to restrain the government from implementing ameliorative social and welfare reforms administered by new regulatory agencies. Famously, Dicey asserted that administrative law was anathema to the English legal system (Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th ed. 1959), at pp. 334-35). Because, in his view, only the judiciary had the authority to interpret law, there was no reason for a court to defer to legal interpretations proffered by administrative bodies, since their decisions did not constitute "law" (Kevin M. Stack, "Overcoming Dicey in Administrative Law" (2018), 68 *U.T.L.J.* 293, at p. 294).

[207] The canonical example of Dicey's approach at work is the House of Lords' decision in *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147, the judicial progenitor of "jurisdictional

un leitmotiv en droit administratif canadien. Ces derniers temps, le débat a été centré sur les normes de la « décision raisonnable » et de la « décision correcte », ainsi que sur la question de savoir dans quels cas l'une ou l'autre s'appliquait. D'une part, l'application de la norme de contrôle de la « décision raisonnable » suppose que les cours en défèrent aux décisions des décideurs spécialisés « pouvant se justifier au regard des faits et du droit »; d'autre part, la norme de la « décision correcte » permet aux cours de substituer leur propre opinion à celle du décideur initial (*Dunsmuir*, par. 47-50). Ce débat entourant la norme de contrôle applicable a des conséquences importantes sur la mesure dans laquelle les cours de révision peuvent substituer leur point de vue à celui des décideurs administratifs. Fondamentalement, ce débat porte sur deux conceptions distinctes du droit administratif.

[206] L'histoire du droit administratif canadien moderne est marquée par un virage consistant à se détourner de la philosophie judiciaire antérieure, qui refusait aux organismes administratifs le pouvoir d'interpréter ou de façonner le droit. Cette approche a été exprimée avec conviction par Albert Venn Dicey. Pour Dicey, primauté du droit était synonyme de primauté des cours. Dicey a élaboré sa philosophie à la fin du XIX^{e} siècle pour inciter la Chambre des lords à empêcher le gouvernement de mettre en œuvre les réformes d'assistance sociale administrées par de nouveaux organismes de réglementation. Dans une de ses déclarations célèbres, Dicey affirmait que le droit administratif représentait une abomination pour le système juridique anglais (Albert Venn Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10^{e} éd. 1959), p. 334-335). Puisque, selon lui, seuls les juges avaient le pouvoir d'interpréter le droit, les cours n'avaient aucune raison de s'en remettre aux interprétations juridiques des organismes administratifs, puisque leurs décisions ne constituaient pas du « droit » (Kevin M. Stack, « Overcoming Dicey in Administrative Law » (2018), 68 *U.T.L.J.* 293, p. 294).

[207] L'exemple par excellence d'une application concrète de l'approche de Dicey est l'arrêt rendu par la Chambre des lords dans *Anisminic Ltd. c. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147, le

2019 SCC 65 (CanLII)

error". *Anisminic* entrenched non-deferential judicial review by endorsing a lengthy checklist of "jurisdictional errors" capable of undermining administrative decisions. Lord Reid noted that there were two scenarios in which an administrative decision-maker would lose jurisdiction. The first was narrow and asked whether the legislature had empowered the administrative decision-maker to "enter on the inquiry in question" (p. 171). The second was wider:

> [T]here are many cases where, although the tribunal had jurisdiction to enter on the inquiry, it has done or failed to do something in the course of the inquiry which is of such a nature that its decision is a nullity. It may have given its decision in bad faith. It may have made a decision which it had no power to make. It may have failed in the course of the inquiry to comply with the requirements of natural justice. *It may in perfect good faith have misconstrued the provisions giving it power to act so that it failed to deal with the question remitted to it and decided some question which was not remitted to it. It may have refused to take into account something which it was required to take into account. Or it may have based its decision on some matter which, under the provisions setting it up, it had no right to take into account. I do not intend this list to be exhaustive.* [Emphasis added; p. 171.]

[208] The broad "jurisdictional error" approach in *Anisminic* initially found favour with this Court in cases like *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425, and *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756. These cases "took the position that a definition of jurisdictional error should include any question pertaining to the interpretation of a statute made by an administrative tribunal", and in each case, "th[e] Court substituted what was, in its opinion, the correct interpretation of the enabling provision of the tribunal's statute for that of the tribunal" (*Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614, at p. 650, per Cory J., dissenting, but not on this point). In *Metropolitan Life*, for example, this Court quashed a labour board's decision to certify a union, concluding that the Board had "ask[ed] itself the

précurseur judiciaire de la notion d'« erreur de compétence ». L'arrêt *Anisminic* a consacré le modèle du contrôle judiciaire non axé sur la déférence en entérinant une longue liste d'« erreurs de compétence » susceptibles de porter atteinte à la validité des décisions administratives. Lord Reid a fait observer qu'un décideur administratif perdait sa compétence dans deux cas précis. Le premier scénario, étant restrictif, consistait à se demander si le législateur avait habilité le décideur administratif à [TRADUCTION] « entreprendre l'examen en cause » (p. 171). Le second scénario avait une portée plus large :

> [TRADUCTION] [I]l y a de nombreux cas où, même s'il avait compétence pour entreprendre l'examen, le tribunal a, au cours de son examen, fait ou omis de faire quelque chose de nature à entacher sa décision de nullité. Il peut avoir rendu sa décision de mauvaise foi. Il peut avoir rendu une décision qu'il n'avait pas le pouvoir de rendre. Il peut avoir omis au cours de l'examen de se conformer aux exigences de la justice naturelle. *Il peut en toute bonne foi avoir mal interprété les dispositions lui donnant le pouvoir d'agir, de sorte qu'il n'a pas traité de la question qui lui était soumise et a tranché une question dont il n'était pas saisi. Il peut avoir refusé de prendre en compte quelque chose dont il devait tenir compte. Ou il peut avoir fondé sa décision sur une considération qu'il n'avait pas le droit de prendre en compte, selon les dispositions en vertu desquelles il a été créé. Cette énumération ne se veut pas exhaustive*. [Italique ajouté; p. 171.]

[208] La conception large de l'« erreur de compétence » retenue dans l'arrêt *Anisminic* a d'abord été accueillie favorablement par notre Cour dans des décisions comme *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425, et *Bell c. Ontario (Human Rights Commission)*, [1971] R.C.S. 756. Dans ces arrêts, la Cour a « adopté la position qu'une définition de l'erreur juridictionnelle devrait comprendre toute question qui se rattache à l'interprétation d'une loi faite par un tribunal administratif », et dans chaque cas, « notre Cour a substitué ce qui, à son avis, constituait la bonne interprétation des dispositions habilitantes de la loi constitutive du tribunal, à celle donnée par ce tribunal » (*Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614, p. 650, le juge Cory, dissident, mais non sur ce point). Par

2019 SCC 65 (CanLII)

wrong question" and "decided a question which was not remitted to it" (p. 435). In *Bell*, this Court held that a human rights commission had strayed beyond its jurisdiction by deciding to investigate a complaint of racial discrimination filed against a landlord. The Court held that the Commission had incorrectly interpreted the term "self-contained dwelling uni[t]" found in s. 3 of the *Ontario Human Rights Code*, *1961-62*, S.O. 1961-62, c. 93, and by so doing, had lost jurisdiction to inquire into the complaint of discrimination (pp. 767 and 775).

[209] As these cases illustrate, the *Anisminic* approach proved easy to manipulate, allowing courts to characterize any question as "jurisdictional" and thereby give themselves latitude to substitute their own view of the appropriate answer without regard for the original decision-maker's decision or reasoning. The *Anisminic* era and the "jurisdictional error" approach were and continue to be subject to significant judicial and academic criticism (*Public Service Alliance*, at p. 650; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at p. 1335, per Wilson J., concurring; Beverley McLachlin, P.C., "'Administrative Law is Not for Sissies': Finding a Path Through the Thicket" (2016), 29 *C.J.A.L.P.* 127, at pp. 129-30; Jocelyn Stacey and Alice Woolley, "Can Pragmatism Function in Administrative Law?" (2016), 74 *S.C.L.R.* (2d) 211, at pp. 215-16; R. A. Macdonald, "Absence of Jurisdiction: A Perspective" (1983), 43 *R. du B.* 307).

[210] In 1979, the Court signaled a turn to a more deferential approach to judicial review with its watershed decision in *C.U.P.E.* There, the Court challenged the "jurisdictional error" model and planted the seeds of a home-grown approach to administrative law in Canada. In a frequently-cited passage, Dickson J., writing for a unanimous Court, cautioned

exemple, dans l'arrêt *Metropolitan Life*, notre Cour a annulé la décision par laquelle une commission des relations du travail avait accrédité un syndicat, en concluant que la Commission s'était posé « la mauvaise question » et « a[vait] tranché une question qu'elle n'avait pas à trancher » (p. 435). Dans l'affaire *Bell*, notre Cour a jugé qu'une commission des droits de la personne avait outrepassé sa compétence en décidant d'enquêter sur une plainte de discrimination raciale portée contre un propriétaire. La Cour a conclu que la Commission avait mal interprété le terme « self-contained dwelling uni[t] » [unité d'habitation autonome] que l'on trouve à l'art. 3 de l'*Ontario Human Rights Code*, *1961-62*, S.O., 1961-1962, c. 93, et que, ce faisant, elle avait perdu sa compétence pour enquêter sur la plainte de discrimination (p. 767 et 775).

[209] Comme ces affaires l'illustrent, l'approche retenue dans l'arrêt *Anisminic* s'est avérée facilement manipulable et a permis aux cours de qualifier toute question de question « de compétence », se donnant ainsi la marge de manœuvre nécessaire pour substituer leur propre opinion quant à la réponse indiquée, sans égard à la décision ou au raisonnement du décideur initial. L'ère inaugurée par l'arrêt *Anisminic* et l'approche axée sur « l'erreur de compétence » ont fait et continuent de faire l'objet de vives critiques tant de la part des juges que des auteurs (*Alliance de la Fonction publique*, p. 650; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1335, motifs concordants de la juge Wilson; Beverley McLachlin, C.P., « "Administrative Law Is Not for Sissies" : Finding a Path through the Thicket » (2016), 29 *R.C.D.A.P.* 127, p. 129-130; Jocelyn Stacey et Alice Woolley, « Can Pragmatism Function in Administrative Law? » (2016), 74 *S.C.L.R.* (2d) 211, p. 215-216; R. A. Macdonald, « Absence of Jurisdiction : A Perspective » (1983), 43 *R. du B.* 307).

[210] En 1979, dans l'arrêt charnière *S.C.F.P.*, la Cour a amorcé un virage en proposant une démarche davantage axée sur la déférence en matière de contrôle judiciaire. Dans cet arrêt, la Cour a remis en question le modèle de l'« erreur de compétence » et a posé les jalons d'une conception résolument canadienne du droit administratif. Dans un passage souvent cité, le

2019 SCC 65 (CanLII)

that courts "should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so" (p. 233; cited in nearly 20 decisions of this Court, including *Dunsmuir*, at para. 35; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 45; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 33; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [2018] 2 S.C.R. 230, at para. 31). The Court instead endorsed an approach that respected the legislature's decision to assign legal policy issues in some areas to specialized, non-judicial decision-makers. The Court recognized that legislative language could "bristl[e] with ambiguities" and that the interpretive choices made by administrative tribunals deserved respect from courts, particularly when, as in *C.U.P.E.*, the decision was protected by a privative clause (pp. 230 and 234-36).

[211] By championing "curial deference" to administrative bodies, *C.U.P.E.* embraced "a more sophisticated understanding of the role of administrative tribunals in the modern Canadian state" (*National Corn Growers*, at p. 1336, per Wilson J., concurring; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, at p. 800). As one scholar has observed:

> . . . legislatures and courts in . . . Canada have come to settle on the idea that the functional capacities of administrative agencies — their expertise, investment in understanding the practical circumstances at issue, openness to participation, and level of responsiveness to political change — justify not only their law-making powers but also judicial deference to their interpretations and decisions. *Law-making and legal interpretation are shared enterprises in the administrative state*. [Emphasis added.]
>
> (Stack, at p. 310)

juge Dickson, qui écrivait au nom d'une Cour unanime, a formulé la mise en garde selon laquelle : « les tribunaux devraient éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard » (p. 233; ce passage a été repris dans près de 20 décisions de notre Cour, dont les arrêts *Dunsmuir*, par. 35; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 45; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 33; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [2018] 2 R.C.S. 230, par. 31). La Cour préconisait plutôt une approche qui respectait la décision du législateur de confier, dans certains domaines, les questions de politiques juridiques à des décideurs spécialisés non judiciaires. La Cour a reconnu que les textes de loi pouvaient être « hérissé[s] d'ambiguïtés » et que les choix faits par les tribunaux administratifs en matière d'interprétation méritaient le respect des cours de justice, surtout lorsque, comme dans l'affaire *S.C.F.P.*, la décision était protégée par une clause privative (p. 230 et 234-236).

[211] En préconisant la retenue judiciaire envers les organismes administratifs, l'arrêt *S.C.F.P.* adoptait « une compréhension plus subtile du rôle des tribunaux administratifs dans l'État canadien moderne » (*National Corn Growers*, p. 1336, motifs concordants de la juge Wilson; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, p. 800). Ainsi qu'un auteur l'a fait observer :

> [TRADUCTION] . . . les législatures et les tribunaux canadiens en sont venus à s'entendre sur l'idée que les capacités fonctionnelles des organismes administratifs — leur expertise, le temps et l'énergie qu'ils consacrent à comprendre les circonstances concrètes en jeu, leur ouverture à la participation et leur grande faculté d'adaptation aux changements politiques — justifiaient non seulement leurs pouvoirs en matière d'élaboration du droit, mais également la déférence des tribunaux judiciaires à l'égard de leurs interprétations et de leurs décisions. *L'élaboration et l'interprétation du droit sont des entreprises communes au sein de l'État administratif.* [Italique ajouté.]
>
> (Stack, p. 310)

2019 SCC 65 (CanLII)

[212] In explaining why courts must sometimes defer to administrative actors, *C.U.P.E.* embraced two related foundational justifications for Canada's approach to administrative law — one based on the legislature's express choice to have an administrative body decide the issues arising from its mandate; and one animated by the recognition that an administrative justice system could offer institutional advantages in relation to proximity, efficiency, and specialized expertise (David Dyzenhaus, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy" in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279 at p. 304).

[213] A new institutional relationship between the courts and administrative actors was thus being forged, based on "an understanding of the role of expertise in the modern administrative state" which "acknowledge[d] that judges are not always in the best position to interpret the law" (The Hon. Frank Iacobucci, "Articulating a Rational Standard of Review Doctrine: A Tribute to John Willis" (2002), 27 *Queen's L.J.* 859, at p. 866).

[214] In subsequent decades, the Court attempted to reconcile the deference urged by *C.U.P.E.* with the lingering concept of "jurisdictional error". In *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, the Court introduced the "pragmatic and functional" approach for deciding when a matter was within the jurisdiction of an administrative body. Instead of describing jurisdiction as a preliminary or collateral matter, the *Bibeault* test directed reviewing courts to consider the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative body, the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for the tribunal's existence, the area of expertise of its members, and the nature of the question the tribunal had to decide — all to determine whether the legislator "intend[ed] the question to be within the jurisdiction conferred on the tribunal" (p. 1087; see also p. 1088). If so, the tribunal's decision could only be set aside if it was "patently unreasonable" (p. 1086).

[212] Pour expliquer pourquoi les cours doivent parfois s'en remettre aux acteurs administratifs, l'arrêt *S.C.F.P.* accueillait deux fondements essentiels connexes justifiant la conception canadienne du droit administratif : l'un fondé sur le choix explicite du législateur de confier à un organisme administratif le soin de trancher les questions découlant de son mandat, l'autre motivé par la reconnaissance des avantages institutionnels du système de justice administrative au chapitre de la proximité, de l'efficacité et de l'expertise spécialisée (David Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy » dans Michael Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 304).

[213] Il s'est ainsi tissé entre les cours et les acteurs administratifs de nouveaux liens institutionnels fondés sur [TRADUCTION] « une perception du rôle de l'expertise au sein de l'État administratif moderne [qui] reconnaît [. . .] que les juges ne sont pas toujours les mieux placés pour interpréter les règles de droit en cause » (l'honorable Frank Iacobucci, « Articulating a Rational Standard of Review Doctrine : A Tribute to John Willis » (2002), 27 *Queen's L.J.* 859, p. 866).

[214] Dans les décennies qui ont suivi, la Cour a tenté de concilier la déférence préconisée par l'arrêt *S.C.F.P.* avec le concept persistant d'« erreur de compétence ». Dans l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, la Cour a adopté la « méthode pragmatique et fonctionnelle » pour décider dans quels cas une affaire relevait de la compétence d'un organisme administratif. Au lieu de qualifier la compétence de question préliminaire ou accessoire, le critère énoncé dans l'arrêt *Bibeault* enjoignait aux cours de révision d'examiner le libellé de la disposition législative conférant compétence à l'organisme administratif, l'objet de la loi créant le tribunal administratif, la raison d'être de ce dernier, le champ d'expertise de ses membres et la nature de la question que le tribunal était appelé à trancher, le tout dans le but de déterminer si le législateur « voul[ait] qu'une telle matière relève de la compétence conférée au tribunal » (p. 1087; voir aussi p. 1088). Dans l'affirmative, la décision du tribunal ne pouvait être annulée que si elle était « manifestement déraisonnable » (p. 1086).

2019 SCC 65 (CanLII)

[215] Although still rooted in a formalistic search for jurisdictional errors, the pragmatic and functional approach recognized that legislatures had assigned courts and administrative decision-makers distinct roles, and that the specialization and expertise of administrative decision-makers deserved deference. In her concurring reasons in *National Corn Growers*, Wilson J. noted that part of the process of moving away from Dicey's framework and towards a more sophisticated understanding of the role of administrative tribunals:

> . . . has involved a growing recognition on the part of courts that they may simply not be as well equipped as administrative tribunals or agencies to deal with issues which Parliament has chosen to regulate through bodies exercising delegated power, e.g., labour relations, telecommunications, financial markets and international economic relations. Careful management of these sectors often requires the use of experts who have accumulated years of experience and a specialized understanding of the activities they supervise. [p. 1336]

[216] By the mid-1990s, the Court had accepted that specialization and the legislative intent to leave issues to administrative decision-makers were inextricable and essential factors in the standard of review analysis. It stressed that "the expertise of the tribunal is of the utmost importance in determining the intention of the legislator with respect to the degree of deference to be shown to a tribunal's decision . . . [e]ven where the tribunal's enabling statute provides explicitly for appellate review" (*United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at p. 335). Of the factors relevant to setting the standard of review, expertise was held to be "the most important" (*Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 50).

[217] Consistent with these judgments, this Court invoked the specialized expertise of a securities commission to explain why its decisions were entitled to deference on judicial review even when there

[215] Même si elle était encore ancrée dans une recherche formaliste d'erreurs de compétence, l'analyse pragmatique et fonctionnelle reconnaissait que les législateurs avait attribué des rôles distincts aux cours judiciaires et aux décideurs administratifs, et que la spécialisation et l'expertise des décideurs administratifs méritaient la déférence. Dans l'arrêt *National Corn Growers*, la juge Wilson fait observer dans ses motifs concordants que le fait de se détacher du cadre d'analyse de Dicey pour arriver à une compréhension plus poussée du rôle des tribunaux administratifs :

> . . . s'est traduit notamment par une reconnaissance accrue de la part des cours de justice qu'il se peut qu'elles soient simplement moins en mesure que les tribunaux ou organismes administratifs de statuer dans des domaines que le Parlement a choisi de réglementer par l'intermédiaire d'organismes exerçant un pouvoir délégué, comme, par exemple, les relations de travail, les télécommunications, les marchés financiers et les relations économiques internationales. Une gestion prudente de ces secteurs nécessite souvent le recours à des experts ayant à leur actif des années d'expérience et une connaissance spécialisée des activités qu'ils sont chargés de surveiller. [p. 1336]

[216] Au milieu des années 1990, la Cour a accepté que la spécialisation et la volonté du législateur de laisser aux décideurs administratifs le soin de trancher certaines questions étaient des facteurs indissociables et essentiels dans l'analyse de la norme de contrôle applicable. Elle a souligné que « [l']expertise [du tribunal] est de la plus haute importance pour ce qui est de déterminer l'intention du législateur quant au degré de retenue dont il faut faire preuve à l'égard de la décision d'un tribunal [. . .] [m]ême lorsque la loi habilitante du tribunal prévoit expressément l'examen par voie d'appel » (*Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, p. 335). Parmi les facteurs dont on pouvait tenir compte pour établir la norme de contrôle applicable, l'expertise a été jugée « le plus important » (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 50).

[217] Conformément à ces arrêts, notre Cour a invoqué l'expertise spécialisée d'une commission des valeurs mobilières afin d'expliquer la raison pour laquelle les décisions de cette dernière avaient droit

2019 SCC 65 (CanLII)

was a statutory right of appeal. Writing for a unanimous Court, Iacobucci J. explained that "the concept of the specialization of duties requires that deference be shown to decisions of specialized tribunals on matters which fall squarely within the tribunal's expertise" (*Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at p. 591; see also *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at pp. 1745-46). Critically, the Court's willingness to show deference demonstrated that specialization outweighed a statutory appeal as the most significant indicator of legislative intent.

à la déférence dans le cadre d'un contrôle judiciaire, même lorsqu'il existait un droit d'appel prévu par la loi. S'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, le juge Iacobucci a expliqué que « le concept de la spécialisation des fonctions exige des cours de justice qu'elles fassent preuve de retenue envers l'opinion du tribunal spécialisé sur des questions qui relèvent directement de son champ d'expertise » (*Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, p. 591; voir également *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, p. 1745-1746). Fait crucial, la volonté de la Cour de faire preuve de déférence démontrait que la spécialisation l'emportait sur les droits d'appel conférés par la loi en tant qu'indicateur le plus révélateur de l'intention du législateur.

[218] In *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, the Court reformulated the pragmatic and functional approach, engaging four slightly different factors from those in *Bibeault*, namely: (1) whether there was a privative clause, or conversely, a right of appeal; (2) the expertise of the decision-maker on the matter in question relative to the reviewing court; (3) the purpose of the statute as a whole, and of the provision in particular; and (4) the nature of the problem, i.e., whether it was a question of law, fact, or mixed law and fact (paras. 29-37). Instead of using these factors to answer whether a question was jurisdictional, *Pushpanathan* deployed them to discern how much deference the legislature intended an administrative decision to receive on judicial review. *Pushpanathan* confirmed three standards of review: patent unreasonableness, reasonableness *simpliciter*, and correctness (para. 27; see also *Southam*, at paras. 55-56).

[218] Dans *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, la Cour a reformulé l'analyse pragmatique et fonctionnelle, en faisant intervenir quatre facteurs légèrement différents de ceux énoncés dans *Bibeault*, à savoir : (1) l'existence d'une clause privative ou, à l'inverse, d'un droit d'appel; (2) l'expertise du décideur sur la question en cause par rapport à la cour de révision; (3) l'objet de la loi dans son ensemble et de la disposition en cause; (4) la nature du problème, c'est-à-dire à savoir s'il s'agit d'une question de droit, de fait ou d'une question mixte de droit et de fait (par. 29-37). Au lieu de recourir à ces facteurs pour répondre à la question de savoir si la question touchait à la compétence, la Cour les a employés dans *Pushpanthan* pour discerner le degré de déférence que le législateur entendait accorder à une décision administrative en contrôle judiciaire. L'arrêt *Pushpanathan* a confirmé trois normes de contrôle : la norme de la décision manifestement déraisonnable, la norme de la décision raisonnable *simpliciter* et la norme de la décision correcte (par. 27; voir également *Southam*, par. 55-56).

[219] Significantly, *Pushpanathan* did not disturb the finding reaffirmed in *Southam* that specialized expertise was the most important factor in determining whether a deferential standard applied. Specialized expertise thus remained integral to the calibration of legislative intent, even in the face of statutory

[219] Fait significatif, l'arrêt *Pushpanathan* n'a pas modifié la conclusion reprise dans l'arrêt *Southam* suivant laquelle l'expertise spécialisée était le facteur le plus important pour déterminer si une norme commandant la déférence s'appliquait. L'expertise spécialisée a donc continué à jouer un rôle essentiel

2019 SCC 65 (CanLII)

rights of appeal (see *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, at paras. 21 and 29-34; *Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 S.C.R. 672, at para. 45; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 650, at paras. 88-92 and 100).

[220] Next came *Dunsmuir*, which sought to simplify the pragmatic and functional analysis while maintaining respect for the specialized expertise of administrative decision-makers. The Court merged the three standards of review into two: reasonableness and correctness. *Dunsmuir* also wove together the deferential threads running through the Court's administrative law jurisprudence, setting out a presumption of deferential review for certain categories of questions, including those where the decision-maker had expertise or was interpreting its "home" statute (paras. 53-54, per Bastarache and LeBel JJ., and para. 124, per Binnie J., concurring). Certain categories of issues remained subject to correctness review, including constitutional questions regarding the division of powers, true questions of jurisdiction, questions of law that were both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise, and questions about jurisdictional lines between tribunals (paras. 58-61). Where the standard of review had not been satisfactorily determined in the jurisprudence, four contextual factors — the presence or absence of a privative clause, the purpose of the tribunal, the nature of the question at issue and the expertise of the tribunal — remained relevant to the standard of review analysis (para. 64).

[221] Notably, *Dunsmuir* did not mention statutory rights of appeal as one of the contextual factors, and left undisturbed their marginal role in the standard of review analysis. Instead, the Court explicitly affirmed the links between deference, the specialized expertise of administrative decision-makers and legislative intent. Justices LeBel and Bastarache held that "deference requires respect for the legislative choices to leave some matters in the hands of

pour discerner la volonté du législateur, même en présence d'un droit d'appel prévu par la loi (voir *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, par. 21 et 29-34; *Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 R.C.S. 672, par. 45; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650, par. 88-92 et 100).

[220] Vint ensuite l'arrêt *Dunsmuir*, qui visait à simplifier l'analyse pragmatique et fonctionnelle tout en préservant le respect de l'expertise spécialisée des décideurs administratifs. La Cour a fusionné les trois normes de contrôle en deux : celle de la décision raisonnable et celle de la décision correcte. L'arrêt *Dunsmuir* a tissé le fil conducteur de toute la jurisprudence de la Cour en droit administratif en énonçant une présomption de contrôle empreint de déférence pour certaines catégories de questions, y compris celles pour lesquelles le décideur possède une expertise ou interprète sa loi constitutive (par. 53-54, les juges Bastarache et LeBel; et par. 124, motifs concordants du juge Binnie). Certaines catégories de questions demeuraient assujetties à la norme de la décision correcte, notamment les questions constitutionnelles touchant au partage des pouvoirs, les véritables questions de compétence, les questions de droit qui étaient à la fois d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangères au domaine d'expertise du décideur, et les questions concernant la délimitation des compétences respectives des tribunaux administratifs (par. 58-61). Si la jurisprudence n'avait pas déjà établi de façon satisfaisante la norme de contrôle applicable, on pouvait encore tenir compte des quatre facteurs contextuels suivants pour déterminer la norme de contrôle applicable : l'existence ou l'inexistence d'une clause privative, la raison d'être du tribunal administratif, son expertise et la nature de la question en cause (par. 64).

[221] Fait intéressant à signaler, l'arrêt *Dunsmuir* ne mentionnait pas les droits d'appel prévus par la loi au nombre des facteurs contextuels et n'a pas modifié le rôle secondaire réservé à ces facteurs dans l'analyse de la norme de contrôle. La Cour a plutôt affirmé explicitement les liens qui existaient entre la déférence, l'expertise spécialisée des décideurs administratifs et l'intention du législateur. Les juges LeBel et Bastarache ont déclaré que « la déférence commande

2019 SCC 65 (CanLII)

2019 SCC 65 (CanLII)

administrative decision makers, for the processes and determinations that draw on particular expertise and experiences, and for the different roles of the courts and administrative bodies within the Canadian constitutional system" (para. 49). They noted that "in many instances, those working day to day in the implementation of frequently complex administrative schemes have or will develop a considerable degree of expertise or field sensitivity to the imperatives and nuances of the legislative regime" (para. 49, citing David J. Mullan, "Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?" (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, at p. 93).

[222] Post-*Dunsmuir*, this Court continued to stress that specialized expertise is the basis for making administrative decision-makers, rather than the courts, the appropriate forum to decide issues falling within their mandates (see *Khosa*, at para. 25; *R. v. Conway*, [2010] 1 S.C.R. 765, at para. 53; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, [2013] 3 S.C.R. 895, at paras. 30-33). Drawing on the concept of specialized expertise, the Court's post-*Dunsmuir* cases expressly confirmed a presumption of reasonableness review for an administrative decision-maker's interpretation of its home or closely-related statutes (see *Alberta Teachers' Association*, at paras. 39-41). As Gascon J. explained in *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 46:

> Deference is in order where the Tribunal acts within its specialized area of expertise . . . (*Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at paras. 166-68; *Mowat*, at para. 24). In *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paras. 30, 34 and 39, the Court noted that, on judicial review of a decision of a specialized administrative tribunal interpreting and applying its enabling statute, it should be presumed that the standard of review is reasonableness (*Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135, at para. 55; *Canadian Artists' Representation v. National Gallery of*

[. . .] le respect de la volonté du législateur de s'en remettre, pour certaines choses, à des décideurs administratifs, de même que des raisonnements et des décisions fondés sur une expertise et une expérience dans un domaine particulier, ainsi que de la différence entre les fonctions d'une cour de justice et celles d'un organisme administratif dans le système constitutionnel canadien » (par. 49). Ils ont fait remarquer que [TRADUCTION] « dans beaucoup de cas, les personnes qui se consacrent quotidiennement à l'application de régimes administratifs souvent complexes possèdent ou acquièrent une grande connaissance ou sensibilité à l'égard des impératifs et des subtilités des régimes législatifs en cause » (par. 49, citant David J. Mullan, « Establishing the Standard of Review : The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, p. 93).

[222] Dans sa jurisprudence post-*Dunsmuir*, notre Cour a continué d'insister sur le fait que l'expertise spécialisée des décideurs administratifs était la raison pour laquelle ces derniers, et non les cours, constituaient l'instance appropriée pour trancher les questions relevant de leur mandat (voir *Khosa*, par. 25; *R. c. Conway*, [2010] 1 R.C.S. 765, par. 53; *McLean* c. *Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 30-33). S'inspirant du concept de l'expertise spécialisée, les décisions rendues par la Cour après l'arrêt *Dunsmuir* ont expressément confirmé la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable lorsqu'un décideur administratif interprète sa loi constitutive ou des lois qui y sont étroitement liées (voir *Alberta Teachers' Association*, par. 39-41). Ainsi que le juge Gascon l'a expliqué dans l'arrêt *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 46 :

> Lorsque le Tribunal agit à l'intérieur de son champ d'expertise [. . .] la déférence s'impose (*Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 166-168; *Mowat*, par. 24). Dans *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 30, 34 et 39, la Cour rappelle que, lors du contrôle judiciaire de la décision d'un tribunal administratif spécialisé qui interprète et applique sa loi constitutive, il y a lieu de présumer que la norme de contrôle est la décision raisonnable (*Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135, par. 55; *Front des artistes canadiens*

Canada, 2014 SCC 42, [2014] 2 S.C.R. 197 ("*NGC*"), at para. 13; *Khosa*, at para. 25; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at paras. 26 and 28; *Dunsmuir*, at para. 54).

[223] And in *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, [2016] 2 S.C.R. 293, the majority recognized:

> The presumption of reasonableness is grounded in the legislature's choice to give a specialized tribunal responsibility for administering the statutory provisions, and the expertise of the tribunal in so doing. Expertise arises from the specialization of functions of administrative tribunals like the Board which have a habitual familiarity with the legislative scheme they administer . . . . [E]xpertise is something that inheres in a tribunal itself as an institution: ". . . at an institutional level, adjudicators . . . can be presumed to hold relative expertise in the interpretation of the legislation that gives them their mandate, as well as related legislation that they might often encounter in the course of their functions." [Citation omitted; para. 33.]

[224] The presumption of deference, therefore, operationalized the Court's longstanding jurisprudential acceptance of the "specialized expertise" principle in a workable manner, continuing the deferential path Dickson J. first laid out in *C.U.P.E.*

[225] As for statutory rights of appeal, they continued to be seen as either an irrelevant factor in the standard of review analysis or one that yielded to specialized expertise. So firmly entrenched was this principle that in cases like *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, [2009] 2 S.C.R. 764, *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, [2011] 1 S.C.R. 160, *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Utilities Commission)*, [2015] 3 S.C.R. 219, and *Canada (Attorney General) v. Igloo Vikski Inc.*, [2016] 2 S.C.R. 80, the Court applied the reasonableness standard without even *referring* to the presence of an appeal clause. When appeal clauses *were* discussed, the Court consistently confirmed that they did not oust the application of judicial review principles.

c. Musée des beaux-arts du Canada, 2014 CSC 42, [2014] 2 R.C.S. 197 (« *MBA* »), par. 13; *Khosa*, par. 25; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 26 et 28; *Dunsmuir*, par. 54).

[223] Dans l'arrêt *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, [2016] 2 R.C.S. 293, la majorité a reconnu ce qui suit :

> La présomption d'application de la norme de la décision raisonnable repose sur le choix du législateur de confier à un tribunal administratif spécialisé la responsabilité d'appliquer les dispositions législatives, ainsi que sur l'expertise de ce tribunal en la matière. L'expertise découle de la spécialisation des fonctions des tribunaux administratifs qui, comme le Comité, appliquent un régime législatif qui leur est familier [. . .] C'est [. . .] quelque chose d'inhérent au tribunal administratif en tant qu'institution : « . . . sur le plan institutionnel, on peut présumer que les arbitres [. . .] possèdent une expertise relative dans l'interprétation de la loi dont ils tiennent leur mandat ainsi que des dispositions législatives connexes qu'ils sont souvent appelés à appliquer dans l'exercice de leurs fonctions. » [Référence omise; par. 33.]

[224] La présomption de déférence a par conséquent permis d'employer le principe de « l'expertise spécialisée » qui était reconnu depuis longtemps par la jurisprudence de notre Cour, confirmant ainsi le principe de la déférence dont le juge Dickson avait posé les jalons dans l'arrêt *S.C.F.P.*

[225] Pour ce qui est des droits d'appel conférés par la loi, ils ont continué d'être perçus comme un facteur non pertinent dans l'analyse de la norme de contrôle ou comme un facteur qui devait céder le pas à l'expertise spécialisée. Ce principe était si fermement ancré que, dans des arrêts comme *Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, [2009] 2 R.C.S. 764, *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, [2011] 1 R.C.S. 160, *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Utilities Commission)*, [2015] 3 R.C.S. 219, et *Canada (Procureur général) c. Igloo Vikski Inc.*, [2016] 2 R.C.S. 80, la Cour a appliqué la norme de la décision raisonnable sans même *mentionner* l'existence d'une disposition conférant un droit d'appel. Et, lorsqu'elle a *effectivement* parlé des dispositions prévoyant un droit d'appel, la Cour a systématiquement confirmé qu'elles n'excluaient pas l'application des principes du contrôle judiciaire.

2019 SCC 65 (CanLII)

[226] In *Khosa*, Binnie J. explicitly endorsed *Pezim* and rejected "the idea that in the absence of express statutory language . . . a reviewing court is 'to apply a correctness standard as it does in the regular appellate context'" (para. 26). This reasoning was followed in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [2011] 3 S.C.R. 471 ("*Mowat*"), where the Court confirmed that "care should be taken not to conflate" judicial and appellate review (para. 30; see also para. 31). In *McLean*, decided two years after *Mowat*, the majority cited *Pezim* and other cases for the proposition that "general administrative law principles still apply" on a statutory appeal (see para. 21, fn. 2). Similarly, in *Mouvement laïque*, Gascon J. affirmed that

> [w]here a court reviews a decision of a specialized administrative tribunal, the standard of review must be determined on the basis of administrative law principles. This is true regardless of whether the review is conducted in the context of an application for judicial review or of a statutory appeal . . . . [para. 38]

[227] In *Edmonton East*, the Court considered — and again rejected — the argument that statutory appeals should form a new category of correctness review. As the majority noted, "recognizing issues arising on statutory appeals as a new category to which the correctness standard applies — as the Court of Appeal did in this case — would go against strong jurisprudence from this Court" (para. 28). Even the dissenting judges in *Edmonton East*, although of the view that the wording of the relevant statutory appeal clause and legislative scheme pointed to the correctness standard, nonetheless unequivocally stated that "a statutory right of appeal is not a new 'category' of correctness review" (para. 70).

[226] Dans l'arrêt *Khosa*, le juge Binnie a explicitement souscrit à l'arrêt *Pezim* et rejeté « la thèse selon laquelle il faut, en l'absence d'une disposition législative expresse ou nécessairement implicite, que la cour de révision "applique la norme de la décision correcte, comme elle le fait normalement en appel" » (par. 26). Ce raisonnement a été suivi dans l'arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [2011] 3 R.C.S. 471 (« *Mowat* »), dans lequel la Cour a confirmé qu'« il faut se garder de [. . .] confondre » le contrôle judiciaire et l'appel (par. 30; voir également par. 31). Dans l'arrêt *McLean*, rendu deux ans après la décision *Mowat*, la majorité a cité l'arrêt *Pezim* et d'autres décisions à l'appui de la proposition suivant laquelle « les principes généraux de droit administratif s'appliquent tout de même » en cas d'appel prévu par la loi (voir par. 21, note en bas de page 2). De façon similaire, dans l'arrêt *Mouvement laïque*, le juge Gascon a affirmé que

> [l]orsqu'une cour de justice contrôle la décision d'un tribunal administratif spécialisé, la norme d'intervention doit être déterminée en fonction des principes du droit administratif. C'est le cas lorsque le contrôle s'exerce par suite d'une demande de révision judiciaire, mais aussi lorsqu'il procède par voie d'appel prévu par une loi . . . [par. 38]

[227] Dans l'affaire *Edmonton East*, la Cour a examiné — et de nouveau rejeté — l'argument voulant que les appels prévus par la loi doivent constituer une nouvelle catégorie révisable selon la norme de la décision correcte. Selon la majorité, « il serait contraire à la jurisprudence bien établie de la Cour de considérer — comme l'a fait la Cour d'appel en l'espèce — que les questions se soulevant dans le cadre d'un appel prévu par la loi forment une nouvelle catégorie de questions à laquelle s'applique la norme de la décision correcte » (par. 28). Dans l'arrêt *Edmonton East*, même s'ils estimaient qu'il appert du libellé de la disposition législative prévoyant un droit d'appel et de l'économie de la loi que la norme applicable était celle de la décision correcte, les juges dissidents ont néanmoins déclaré sans équivoque qu'« un droit d'appel statutaire ne forme pas une nouvelle "catégorie" à laquelle s'applique la norme de la décision correcte » (par. 70).

2019 SCC 65 (CanLII)

[228] By the time these appeals were heard, contextual factors had practically disappeared from the standard of review analysis, replaced by a presumption of deference subject only to the correctness exceptions set out in *Dunsmuir* — which explicitly did *not* include statutory rights of appeal. In other words, the Court was well on its way to realizing *Dunsmuir*'s promise of a simplified analysis. Justice Gascon recognized as much last year in *Canadian Human Rights Commission*:

> *This contextual approach should be applied sparingly*. As held by the majority of this Court in *Alberta Teachers*, it is inappropriate to "retreat to the application of a full standard of review analysis where it can be determined summarily" . . . . After all, the "contextual approach can generate uncertainty and endless litigation concerning the standard of review" (*Capilano* [*Edmonton East*], at para. 35). The presumption of reasonableness review and the identified categories will generally be sufficient to determine the applicable standard. In the exceptional cases where such a contextual analysis may be justified to rebut the presumption, it need not be a long and detailed one (*Capilano* [*Edmonton East*], at para. 34). Where it has been done or referred to in the past, the analysis has been limited to determinative factors that showed a clear legislative intent justifying the rebuttal of the presumption (see, e.g., *Rogers*, at para. 15; *Tervita*, at paras. 35-36; see also, *Saguenay*, at paras. 50-51). [Emphasis added; para. 46.]

[229] In sum, for four decades, our standard of review jurisprudence has been clear and unwavering about the foundational role of specialized expertise and the limited role of statutory rights of appeal. Where confusion persists, it concerns the relevance of the contextual factors in *Dunsmuir*, the meaning of "true questions of jurisdiction" and how best to conduct reasonableness review. That was the backdrop against which these appeals were heard and argued. But rather than ushering in a simplified next act, these appeals have been used to rewrite the

[228] Au moment où les présents pourvois ont été entendus, les facteurs contextuels avaient pratiquement disparu de l'analyse de la norme de contrôle pour être remplacés par une présomption de déférence, sous réserve seulement des exceptions relatives à l'application de la norme de la décision correcte énoncées dans l'arrêt *Dunsmuir* — qui *n'*incluaient explicitement *pas* les droits d'appel conférés par la loi. En d'autres termes, la Cour était en bonne voie de réaliser la promesse d'une analyse simplifiée qu'elle avait faite dans l'arrêt *Dunsmuir*. C'est bien ce qu'a reconnu le juge Gascon l'an dernier dans l'arrêt *Commission canadienne des droits de la personne* :

> *Cette approche contextuelle devrait être appliquée avec parcimonie*. Comme l'ont déclaré les juges majoritaires de la Cour dans l'arrêt *Alberta Teachers*, il est inapproprié de « revenir à l'analyse exhaustive lorsqu'une démarche sommaire permet de déterminer la norme de contrôle » [. . .] En effet, le « recours à une analyse contextuelle peut être source d'incertitude et d'interminables litiges au sujet de la norme de contrôle applicable » (*Capilano* [*Edmonton East*], par. 35). La présomption d'application de la norme de la décision raisonnable et les catégories déjà énumérées suffiront généralement pour déterminer la norme de contrôle applicable. Dans les cas exceptionnels où il serait justifié de recourir à une analyse contextuelle pour repousser la présomption, celle-ci n'a pas à être longue et détaillée (*Capilano* [*Edmonton East*], par. 34). Dans les situations où tel était le cas, ou lorsqu'il en a été question par le passé, l'analyse ne portait que sur les facteurs déterminants qui révélaient une intention claire du législateur justifiant la réfutation de la présomption (voir, p. ex., *Rogers*, par. 15; *Tervita*, par. 35-36; voir également *Saguenay*, par. 50-51). [Italique ajouté; par. 46.]

[229] En somme, pendant quatre décennies, notre jurisprudence en matière de norme de contrôle a été claire et constante en ce qui concerne le rôle essentiel de l'expertise spécialisée et le rôle limité des droits d'appel conférés par la loi. La seule zone d'ombre qui subsiste a trait à la pertinence des facteurs contextuels énoncés dans l'arrêt *Dunsmuir*, au sens de l'expression « questions touchant vraiment à la compétence » et à la meilleure façon de procéder à un contrôle selon la norme de la décision raisonnable. C'est dans ce contexte que les présents pourvois ont été entendus

2019 SCC 65 (CanLII)

whole script, reassigning to the courts the starring role Dicey ordained a century ago.

et plaidés. Mais au lieu d'ajouter une nouvelle scène simplifiée au film, les présents pourvois ont servi de prétexte pour récrire tout le scénario et réattribuer aux cours judiciaires le rôle principal que Dicey leur avait confié il y a un siècle.

The Majority's Reasons

[230] The majority's framework rests on a flawed and incomplete conceptual account of judicial review, one that unjustifiably ignores the specialized expertise of administrative decision-makers. Although the majority uses language endorsing a "presumption of reasonableness review", this presumption now rests on a totally new understanding of legislative intent and the rule of law. By prohibiting any consideration of well-established foundations for deference, such as "expertise . . . institutional experience . . . proximity and responsiveness to stakeholders . . . prompt[ness], flexib[ility], and efficien[cy]; and . . . access to justice", the majority reads out the foundations of the modern understanding of legislative intent in administrative law.

Les motifs de la majorité

[230] Le cadre établi par la majorité repose sur une conception du contrôle judiciaire qui est à la fois erronée et incomplète et qui néglige sans raison valable l'expertise spécialisée des décideurs administratifs. Bien que la majorité emploie des termes cautionnant une « présomption d'application de la norme de la décision raisonnable », cette présomption repose maintenant sur une compréhension totalement nouvelle de l'intention du législateur et de la primauté du droit. En interdisant toute prise en compte des postulats pourtant bien établis du principe de la déférence, comme « [l']expertise [. . .] l'expérience institutionnelle [. . .] la proximité des décideurs et des intervenants ainsi que la réceptivité de ces derniers [. . .] la rapidité, la souplesse et l'efficacité et [. . .] l'accès à la justice », la majorité fait fi des fondements de la conception moderne de l'intention du législateur en droit administratif.

[231] In particular, such an approach ignores the possibility that specialization and other advantages are embedded into the legislative choice to delegate particular subject matters to administrative decision-makers. Giving proper effect to the legislature's choice to "delegate authority" to an administrative decision-maker requires understanding the *advantages* that the decision-maker may enjoy in exercising its mandate (*Dunsmuir*, at para. 49). As Iacobucci J. observed in *Southam*:

> Presumably if Parliament entrusts a certain matter to a tribunal and not (initially at least) to the courts, *it is because the tribunal enjoys some advantage that judges do not*. For that reason alone, review of the decision of a tribunal should often be on a standard more deferential than correctness. [Emphasis added; para. 55.]

[231] En particulier, cette approche ne tient pas compte de la possibilité que la spécialisation fasse partie intégrante, avec d'autres avantages, du choix du législateur de déléguer certaines questions à des décideurs administratifs. Pour donner l'effet voulu à la volonté du législateur de « déléguer des pouvoirs » aux décideurs administratifs, il faut comprendre les *avantages* que peut comporter l'exercice, par ces décideurs, de leur mandat (*Dunsmuir*, par. 49). Comme le juge Iacobucci l'a fait observer dans l'arrêt *Southam* :

> Si le Parlement confie l'examen de certaines questions à un tribunal administratif plutôt qu'aux tribunaux ordinaires (du moins en première instance), *il est permis de présumer que c'est parce que le tribunal administratif apporte un certain avantage que les juges ne sont pas en mesure d'offrir*. Pour cette seule raison, le contrôle des décisions d'un tribunal administratif doit souvent se faire non pas en regard de la norme de la décision correcte, mais en fonction d'une norme exigeant de faire montre de retenue. [Italiques ajoutés; par. 55.]

2019 SCC 65 (CanLII)

[232] Chief among those advantages are the institutional expertise and specialization inherent to administering a particular mandate on a daily basis. Those appointed to administrative tribunals are often chosen precisely because their backgrounds and experience align with their mandate (Van Harten et al., at p. 15; Régimbald, at p. 463). Some administrative schemes explicitly require a degree of expertise from new members as a condition of appointment (*Edmonton East*, at para. 33; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at para. 29; Régimbald, at p. 462). As institutions, administrative bodies also benefit from specialization as they develop "habitual familiarity with the legislative scheme they administer" (*Edmonton East*, at para. 33) and "grappl[e] with issues on a repeated basis" (*Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, at para. 53). Specialization and expertise are further enhanced by continuing education and through meetings of the membership of an administrative body to discuss policies and best practices (Finn Makela, "Acquired Expertise of Administrative Tribunals and the Standard of Judicial Review: The Case of Grievance Arbitrators and Human Rights Law" (2013), 17 *C.L.E.L.J.* 345, at p. 349). In addition, the blended membership of some tribunals fosters special institutional competence in resolving "polycentric" disputes (*Pushpanathan*, at para. 36; *Dr. Q*, at paras. 29-30; *Pezim*, at pp. 591-92 and 596).

[233] All this equips administrative decision-makers to tackle questions of law arising from their mandates. In interpreting their enabling statutes, for example, administrative actors may have a particularly astute appreciation for the on-the-ground consequences of particular legal interpretations; of statutory context; of the purposes that a provision or legislative scheme are meant to serve; and of specialized terminology used in their administrative setting. Coupled with this Court's acknowledgment that legislative provisions often admit of multiple reasonable interpretations, the advantages

[232] Parmi ces avantages, mentionnons au premier chef l'expertise institutionnelle et la spécialisation inhérentes à l'exécution quotidienne d'un mandat particulier. Les personnes nommées pour siéger à des tribunaux administratifs sont souvent choisies précisément parce que leurs antécédents et leur expérience cadrent avec le mandat qu'elles sont appelées à remplir (Van Harten et autres, p. 15; Régimbald, p. 463). Certains régimes administratifs assujettissent précisément la nomination de nouveaux membres à la possession par ceux-ci d'un certain degré d'expertise (*Edmonton East*, par. 33; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, par. 29; Régimbald, p. 462). En tant qu'institutions, les organismes administratifs ont l'avantage de se spécialiser au fur et à mesure qu'ils sont appelés à appliquer « un régime législatif qui leur est familier » (*Edmonton East*, par. 33) et qu'ils « se prononce[nt] sur des questions de façon répétée » (*Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, par. 53). La spécialisation et l'expertise sont encore renforcées par la formation continue et par des réunions où les membres des organismes administratifs discutent de politiques et de pratiques exemplaires (Finn Makela, « Acquired Expertise of Administrative Tribunals and the Standard of Judicial Review : The Case of Grievance Arbitrators and Human Rights Law » (2013), 17 *C.L.E.L.J.* 345, p. 349). En outre, la composition mixte de certains tribunaux administratifs favorise le développement d'une compétence institutionnelle particulière pour régler les différends « polycentriques » (*Pushpanathan*, par. 36; *Dr. Q*, par. 29-30; *Pezim*, p. 591-592 et 596).

[233] Les décideurs administratifs sont ainsi outillés pour s'attaquer aux questions de droit relevant de leur mandat. Lorsqu'ils interprètent leur loi habilitante, par exemple, les acteurs administratifs sont particulièrement bien placés pour saisir avec justesse les conséquences concrètes d'interprétations juridiques particulières, le contexte législatif, les objectifs qu'une disposition ou un régime législatifs sont censés viser et la terminologie spécialisée employée dans leur domaine administratif. Lorsqu'on y ajoute la reconnaissance par notre Cour du fait que les dispositions législatives se prêtent souvent

2019 SCC 65 (CanLII)

stemming from specialization and expertise provide a robust foundation for deference to administrative decision-makers on legal questions within their mandate (*C.U.P.E.*, at p. 236; *McLean*, at para. 37). As Professor H. W. Arthurs said:

> There is no reason to believe that a judge who reads a particular regulatory statute once in his life, perhaps in worst-case circumstances, can read it with greater fidelity to legislative purpose than an administrator who is sworn to uphold that purpose, who strives to do so daily, and is well-aware of the effect upon the purpose of the various alternate interpretations. There is no reason to believe that a legally-trained judge is better qualified to determine the existence or sufficiency or appropriateness of evidence on a given point than a trained economist or engineer, an arbitrator selected by the parties, or simply an experienced tribunal member who decides such cases day in and day out. There is no reason to believe that a judge whose entire professional life has been spent dealing with disputes one by one should possess an aptitude for issues which arise often because an administrative system dealing with cases in volume has been designed to strike an appropriate balance between efficiency and effective rights of participation.

("Protection against Judicial Review" (1983), 43 *R. du B.* 277, at p. 289)

[234] Judges of this Court have endorsed both this passage and the broader proposition that specialization and expertise justify the deference owed to administrative decision-makers (*National Corn Growers*, at p. 1343, per Wilson J., concurring). As early as *C.U.P.E.*, Dickson J. fused expertise and legislative intent by explaining that an administrative body's specialized expertise can be essential to achieving the purposes of a statutory scheme:

> The Act calls for a delicate balance between the need to maintain public services, and the need to maintain collective bargaining. Considerable sensitivity and unique

à de multiples interprétations raisonnables, les avantages conférés par la spécialisation et l'expertise constituent une raison convaincante de faire preuve de déférence envers les décideurs administratifs sur les questions juridiques relevant de leur mandat (*S.C.F.P.*, p. 236; *McLean*, par. 37). Ainsi que l'a dit le professeur H. W. Arthurs :

> [TRADUCTION] Il n'y a aucune raison de croire que le juge appelé une seule fois dans sa vie à interpréter une loi de nature réglementaire — peut-être dans des conditions très peu enviables — soit en mesure de l'interpréter en respectant davantage l'objet de la loi que ne le ferait l'administrateur qui s'est engagé à faire respecter cet objet, qui s'efforce chaque jour de le faire et qui est bien conscient de l'effet qu'auront sur la réalisation de l'objet les différentes interprétations possibles. Il n'y a aucune raison de croire qu'un juge ayant une formation juridique est mieux qualifié pour décider de l'existence d'éléments de preuve se rapportant à un point donné ou pour se prononcer sur leur caractère suffisant ou leur pertinence que ne l'est l'économiste ou l'ingénieur de formation, l'arbitre choisi par les parties ou simplement le membre expérimenté d'un tribunal administratif appelé à trancher quotidiennement de tels cas. Il n'y a aucune raison de croire qu'un juge ayant consacré toute sa carrière à régler un seul litige à la fois possède une aptitude à trancher des questions qui, souvent, naissent du fait qu'un organisme administratif qui traite des affaires en grand nombre est conçu pour d'établir un juste équilibre entre l'efficacité et les droits effectifs de participation.

(« Protection against Judicial Review » (1983), 43 *R. du B.* 277, p. 289)

[234] Des juges de notre Cour ont souscrit à ce passage, ainsi qu'à l'idée plus générale suivant laquelle la spécialisation et l'expertise justifient la déférence due aux décideurs administratifs (*National Corn Growers*, p. 1343, motifs concordants de la juge Wilson). Déjà dans l'arrêt *S.C.F.P.*, le juge Dickson fusionnait l'expertise et l'intention du législateur en expliquant que l'expertise spécialisée d'un organisme administratif pouvait s'avérer essentielle à la réalisation des objectifs du régime législatif en cause :

> Cette loi établit un équilibre délicat entre le besoin de maintenir des services publics et le besoin de préserver la négociation collective. Pour atteindre ce double but,

2019 SCC 65 (CanLII)

expertise on the part of Board members is all the more required if the twin purposes of the legislation are to be met. [p. 236]

[235] Over time, specialized expertise would become the core rationale for deferring to administrative decision-makers (*Bradco Construction*, at p. 335; *Southam*, at para. 50; Audrey Macklin, "Standard of Review: Back to the Future?", in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context* (3rd ed. 2018), 381, at pp. 397-98). Post-*Dunsmuir*, the Court has been steadfast in confirming the central role of specialization and expertise, affirming their connection to legislative intent, and recognizing that they give administrative decision-makers the "interpretative upper hand" on questions of law (*McLean*, at para. 40; see also *Conway*, at para. 53; *Mowat*, at para. 30; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 13; *Doré v. Barreau du Québec*, [2012] 1 S.C.R. 395, at para. 35; *Mouvement laïque*, at para. 46; *Khosa*, at para. 25; *Edmonton East*, at para. 33).

[236] Although the majority's approach extolls respect for the legislature's "institutional design choices", it accords no weight to the institutional advantages of specialization and expertise that administrative decision-makers possess in resolving questions of law. In so doing, the majority disregards the historically accepted reason *why* the legislature intended to delegate authority to an administrative actor.

[237] Nor are we persuaded by the majority's claim that "if administrative decision makers are understood to possess specialized expertise on all questions that come before them, the concept of expertise ceases to assist a reviewing court in attempting to distinguish questions for which applying the reasonableness standard is appropriate from those for which it is not". Here, the majority sets up a false choice: expertise must either be assessed on a case-by-case basis or play no role at all in a theory of judicial review.

les membres de la Commission doivent donc faire preuve d'une grande sensibilité à ces questions et d'une habileté unique. [p. 236]

[235] Avec le temps, l'expertise spécialisée est devenue la principale raison invoquée pour justifier la déférence envers les décideurs administratifs (*Bradco Construction*, p. 335; *Southam*, par. 50; Audrey Macklin, « Standard of Review : Back to the Future? » dans Colleen M. Flood et Lorne Sossin, dir., *Administrative Law in Context* (3e éd. 2018), 381, p. 397-398). Depuis l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour n'a cessé de confirmer le rôle central que jouent la spécialisation et l'expertise, de confirmer le lien entre celles-ci et l'intention du législateur et de reconnaître qu'elles confèrent aux décideurs administratifs un « privilège en matière d'interprétation » sur les questions de droit (*McLean*, par. 40; voir également *Conway*, par. 53; *Mowat*, par. 30; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 13; *Doré c. Barreau du Québec*, [2012] 1 R.C.S. 395, par. 35; *Mouvement laïque*, par. 46; *Khosa*, par. 25; *Edmonton East*, par. 33).

[236] Même si l'approche préconisée par la majorité prône le respect des « choix d'organisation institutionnelle » du législateur, elle n'accorde aucun poids aux avantages institutionnels que possèdent les décideurs administratifs du fait de leur spécialisation et de leur expertise lorsqu'il s'agit de trancher des questions de droit. Ce faisant, la majorité ne tient pas compte de la raison historiquement reconnue *pour laquelle* le législateur souhaitait déléguer des pouvoirs à des acteurs administratifs.

[237] Nous ne sommes pas non plus convaincues par l'affirmation des juges majoritaires suivant laquelle « s'il est tenu pour acquis que le décideur administratif possède une expertise spécialisée en ce qui concerne l'ensemble des questions dont il est saisi, la notion d'expertise ne permet plus à la cour de révision de distinguer les questions auxquelles il y a lieu d'appliquer la norme de la décision raisonnable de celles auxquelles il n'y a pas lieu de l'appliquer ». En l'espèce, la majorité propose un faux dilemme : soit l'expertise doit être évaluée au cas par cas, soit elle ne joue aucun rôle dans la théorie du contrôle judiciaire.

2019 SCC 65 (CanLII)

[238] We disagree. While not every decision-maker necessarily has expertise on every issue raised in an administrative proceeding, reviewing courts do not engage in an individualized, case-by-case assessment of specialization and expertise. The theory of deference is based not only on the legislative choice to delegate decisions, but also on institutional expertise and on "the reality that . . . those working day to day in the implementation of frequently complex administrative schemes have or will develop a considerable degree of expertise or field sensitivity to the imperatives and nuances of the legislative regime" (*Khosa*, at para. 25; see also *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, [2011] 3 S.C.R. 616, at para. 53; *Edmonton East*, at para. 33).

[239] The exclusion of expertise, specialization and other institutional advantages from the majority's standard of review framework is not merely a theoretical concern. The removal of the current "conceptual basis" for deference opens the gates to expanded correctness review. The majority's "presumption" of deference will yield all too easily to justifications for a correctness-oriented framework.

[240] In the majority's framework, deference gives way whenever the "rule of law" demands it. The majority's approach to the rule of law, however, flows from a court-centric conception of the rule of law rooted in Dicey's 19th century philosophy.

[241] The rule of law is not the rule of courts. A pluralist conception of the rule of law recognizes that courts are not the exclusive guardians of law, and that others in the justice arena have shared responsibility for its development, including administrative decision-makers. *Dunsmuir* embraced this more inclusive view of the rule of law by acknowledging that the "court-centric conception of the rule of law" had to be "reined in by acknowledging that the courts do not have a monopoly on deciding all questions

[238] Nous sommes en désaccord. Bien que les décideurs ne possèdent pas tous nécessairement une expertise sur chacune des questions soulevées dans une procédure administrative, les cours de révision ne procèdent pas à une évaluation individualisée, au cas par cas, de la spécialisation et de l'expertise. La théorie de la déférence repose non seulement sur le choix du législateur de déléguer certaines décisions, mais aussi sur l'expertise institutionnelle et sur le fait que « les personnes qui se consacrent quotidiennement à l'application de régimes administratifs souvent complexes possèdent ou acquièrent une grande connaissance ou sensibilité à l'égard des impératifs et des subtilités des régimes législatifs en cause » (*Khosa*, par. 25; voir également *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, [2011] 3 R.C.S. 616, par. 53; *Edmonton East*, par. 33).

[239] L'évacuation, par les juges majoritaires, de l'expertise, de la spécialisation et d'autres avantages institutionnels de leur cadre d'analyse ne pose pas problème seulement sur le plan théorique. La suppression du « fondement conceptuel » qui justifie actuellement la déférence ouvre les portes à un contrôle judiciaire élargi fondé sur la norme de la décision correcte. La « présomption » de déférence de la majorité ne s'inclinera que trop facilement devant les raisons invoquées pour justifier un cadre axé sur la norme de la décision correcte.

[240] Selon le cadre proposé par la majorité, la déférence est éclipsée chaque fois que la « primauté du droit » l'exige. La façon dont la majorité conçoit la primauté du droit découle toutefois d'une conception judiciarisée de celle-ci dont les origines remontent au XIX^{e} siècle, plus précisément aux théories de Dicey.

[241] La primauté du droit n'est pas la primauté des cours. Une conception pluraliste de la primauté du droit reconnaît que les cours ne sont pas les gardiens exclusifs du droit et que d'autres acteurs dans l'arène de la justice — dont les décideurs administratifs — ont également la responsabilité de l'élaborer. L'arrêt *Dunsmuir* a adhéré à cette vision plus inclusive de la primauté du droit en reconnaissant qu'il fallait « temp[érer] la conception judiciarisée de la primauté du droit [. . .] par la reconnaissance du fait

2019 SCC 65 (CanLII)

of law" (para. 30). As discussed in *Dunsmuir*, the rule of law is understood as meaning that administrative decision-makers make legal determinations within their mandate, and not that only judges decide questions of law with an unrestricted license to substitute their opinions for those of administrative actors through correctness review (see McLachlin, *Administrative Tribunals and the Courts: An Evolutionary Relationship*; The Hon. Thomas A. Cromwell, "What I Think I've Learned About Administrative Law" (2017), 30 *C.J.A.L.P.* 307, at p. 308; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, [2016] 1 S.C.R. 770, at para. 31, per Abella J.).

[242] Moreover, central to any definition of the rule of law is access to a fair and efficient dispute resolution process, capable of dispensing timely justice (*Hryniak v. Mauldin*, [2014] 1 S.C.R. 87, at para. 1). This is an important objective for all litigants, from the sophisticated consumers of administrative justice, to, most significantly, the particularly vulnerable ones (Angus Grant and Lorne Sossin, "Fairness in Context: Achieving Fairness Through Access to Administrative Justice", in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context* (3rd ed. 2018), 341, at p. 342). For this reason, access to justice is at the heart of the legislative choice to establish a robust system of administrative law (Grant and Sossin, at pp. 342 and 369-70; Van Harten, et al., at p. 17; Régimbald, at pp. 2-3; McLachlin, *Administrative Tribunals and the Courts: An Evolutionary Relationship*). As Morissette J.A. has observed:

> . . . the aims of administrative law . . . generally gravitate towards promoting access to justice. The means contemplated are costless or inexpensive, simple and expeditious procedures, expertise of the decision-makers, coherence of reasons, consistency of results and finality of decisions.

(Yves-Marie Morissette, "What is a 'reasonable decision'?" (2018), 31 *C.J.A.L.P.* 225, at p. 236)

que les cours de justice n'ont pas le pouvoir exclusif de statuer sur toutes les questions de droit » (par. 30). Comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Dunsmuir*, la primauté du droit signifie que les décideurs administratifs prennent des décisions juridiques dans le cadre de leur mandat et non que seuls les juges peuvent trancher des questions de droit et ont carte blanche pour substituer leur opinion à celle des acteurs administratifs par le biais d'un contrôle selon la norme de la décision correcte (voir McLachlin, « Tribunaux administratifs et tribunaux judiciaires : une relation en évolution »; l'hon. Thomas A. Cromwell, « What I Think I've Learned About Administrative Law » (2017), 30 *R.C.D.A.P.* 307, p. 308; *Wilson c. Énergie atomique Canada Ltée.*, [2016] 1 R.C.S. 770, par. 31, la juge Abella).

[242] De plus, un des aspects essentiels de toute définition de la primauté du droit est l'accès équitable et efficace à un mécanisme de règlement des différends propre à rendre justice en temps opportun (*Hryniak c. Mauldin*, [2014] 1 R.C.S. 87, par. 1). Il s'agit d'un objectif important pour tous les justiciables, des consommateurs avertis de la justice administrative jusqu'aux citoyens les plus vulnérables — et de manière plus significative pour ces derniers (Angus Grand et Lorne Sossin, « Fairness in Context : Achieving Fairness Through Access to Administrative Justice », dans Colleen M. Flood et Lorne Sossin, dir., *Administrative Law in Context* (3e éd. 2018), 341, p. 342). Pour cette raison, l'accès à la justice est au cœur du choix du législateur d'instaurer un système de droit administratif solide (Grant et Sossin, p. 342 et 369-370; Van Harten et autres, *Administrative Law*, p. 17; Régimbald, p. 2-3; McLachlin, *Administrative Tribunals and the Courts : An Evolutionary Relationship*). Comme le juge d'appel Morissette l'a fait observer :

> [TRADUCTION] . . . les objectifs du droit administratif [. . .] sont en règle générale axés sur la promotion de l'accès à la justice. Parmi les moyens envisagés, mentionnons les mesures peu coûteuses, simples et expéditives, l'expertise des décideurs, la cohérence des motifs, l'uniformité des résultats et le caractère définitif des décisions.

(Yves-Marie Morissette, « What is a "reasonable decision"? » (2018), 31 *R.C.D.A.P.* 225, p. 236)

2019 SCC 65 (CanLII)

[243] These goals are compromised when a narrow conception of the "rule of law" is invoked to impose judicial hegemony over administrative decision-makers. Doing so perverts the purpose of establishing a parallel system of administrative justice, and adds unnecessary expense and complexity for the public.

[244] The majority even calls for a reformulation of the "questions of central importance" category from *Dunsmuir* and permits courts to substitute their opinions for administrative decision-makers on "questions of central importance to the legal system as a whole", even if those questions fall squarely within the mandate and expertise of the administrative decision-maker. As noted in *Canadian Human Rights Commission*, correctness review was permitted only for questions "of central importance to the legal system *and* outside the specialized expertise of the adjudicator" (para. 28 (emphasis in original)). Broadening this category from its original characterization unduly expands the issues available for judicial substitution. Issues of discrimination, labour rights, and economic regulation of the securities markets (among many others) theoretically raise questions of vital importance for Canada and its legal system. But by ignoring administrative decision-makers' expertise on these matters, this category will inevitably provide more "room . . . for both mistakes and manipulation" (Andrew Green, "Can There Be Too Much Context in Administrative Law? Setting the Standard of Review in Canadian Administrative Law" (2014), 47 *U.B.C. L. Rev.* 443, at p. 483). We would leave *Dunsmuir*'s description of this category undisturbed.[1]

[245] We also disagree with the majority's reformulation of "legislative intent" to include, for the first time, an invitation for courts to apply correctness

[243] Ces objectifs sont compromis lorsqu'on invoque une conception étroite de la « primauté du droit » pour imposer l'hégémonie judiciaire aux décideurs administratifs. Ce faisant, on pervertit l'objectif d'établir un système parallèle de justice administrative et on augmente inutilement les coûts et la complexité pour le public.

[244] Les juges majoritaires vont même jusqu'à réclamer une reformulation de la catégorie des « questions d'importance capitale » tirée de l'arrêt *Dunsmuir* qui permettrait aux cours de substituer leur opinion à celle des décideurs administratifs sur des questions qui sont « d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble », même si ces questions relèvent nettement du mandat et de l'expertise du décideur administratif. Tel que la Cour l'a signalé dans *Commission canadienne des droits de la personne*, le contrôle selon la norme de la décision correcte n'était permis que pour les questions « d'importance capitale pour le système juridique *et* qui échappent au domaine d'expertise de l'arbitre » (par. 28 (en italique dans l'original)). Étendre cette catégorie par rapport à son acception initiale a pour conséquence d'étendre indûment les questions pour lesquelles les cours peuvent substituer leur propre opinion à celle des décideurs administratifs. En théorie, les enjeux de discrimination, de droits des travailleurs et de réglementation économique des marchés des valeurs mobilières (pour n'en mentionner que quelques-uns) soulèvent des questions qui revêtent une importance vitale pour le Canada et son système juridique. Mais en ignorant l'expertise des décideurs administratifs sur les questions susmentionnées, cette catégorie fera immanquablement augmenter le [TRADUCTION] « risque d'erreurs et de manipulation » (Andrew Green, « Can There Be Too Much Context in Administrative Law? Setting the Standard of Review in Canadian Administrative Law » (2014), 47 *U.B.C. L. Rev.* 443, p. 483). Nous estimons qu'il n'y a pas lieu de modifier la définition de cette catégorie proposée dans l'arrêt *Dunsmuir*[1].

[245] Nous sommes également en désaccord avec la reformulation de la notion de « l'intention du législateur » proposée par la majorité, qui invite pour

[1] Other than one of the two *amici*, no one asked us to modify this category.

[1] À part l'un des deux *amici curiae*, personne ne nous a demandé de modifier cette catégorie.

2019 SCC 65 (CanLII)

review to legal questions whenever an administrative scheme includes a right of appeal. We do not see how appeal rights represent a "different institutional structure" that requires a more searching form of review. The mere fact that a statute contemplates a reviewing role for a court says nothing about the *degree of deference* required in the review process. Rights of appeal reflect different choices by different legislatures to permit review for different reasons, on issues of fact, law, mixed fact and law, and discretion, among others. Providing parties with a right of appeal can serve several purposes entirely unrelated to the standard of review, including outlining: where the appeal will take place (sometimes, at a different reviewing court than in the routes provided for judicial review); who is eligible to take part; when materials must be filed; how materials must be presented; the reviewing court's powers on appeal; any leave requirements; and the grounds on which the parties may appeal (among other things). By providing this type of structure and guidance, statutory appeal provisions may allow legislatures to promote efficiency and access to justice, in a way that exclusive reliance on the judicial review procedure would not have.

[246] In reality, the majority's position on statutory appeal rights, although couched in language about "giv[ing] effect to the legislature's institutional design choices", hinges almost entirely on a textualist argument: the presence of the word "appeal" indicates a legislative intent that courts apply the same standards of review found in civil appellate jurisprudence.

[247] The majority's reliance on the "presumption of consistent expression" in relation to the single word "appeal" is misplaced and disregards long-accepted institutional distinctions between how

la première fois les cours de révision à appliquer la norme de contrôle de la décision correcte à des questions de droit lorsqu'un régime administratif prévoit un droit d'appel. Nous ne voyons pas en quoi l'existence de droits d'appel crée un « régime institutionnel différent » qui commanderait un contrôle plus fouillé. Le simple fait qu'une loi envisage la possibilité pour une cour de justice d'exercer un contrôle ne permet pas de tirer de conclusions quant au *degré de déférence* requis lors du contrôle en question. Les droits d'appel reflètent les divers choix faits par diverses législatures pour permettre le contrôle judiciaire, pour diverses raisons, notamment le contrôle des questions de fait, des questions de droit, des questions mixtes de fait et de droit et de la façon dont a été exercé un pouvoir discrétionnaire. Le fait d'accorder aux parties un droit d'appel peut servir plusieurs fins totalement étrangères à la norme de contrôle, notamment préciser quelle cour sera saisie de l'appel (parfois, il peut s'agir d'une cour de révision différente de celle habituellement chargée de statuer sur les demandes de contrôle judiciaire), qui est admissible, quand les documents doivent être déposés, sous quelle forme ils doivent être présentés, les pouvoirs de la cour de révision en appel, les exigences à respecter pour obtenir l'autorisation d'interjeter appel et les moyens d'appel dont les parties peuvent se prévaloir. En prévoyant ce type de structure et de balises, les dispositions législatives en matière d'appel permettent aux législatures de promouvoir l'efficacité et l'accès à la justice d'une manière qui n'aurait pas été possible si l'on s'en était remis exclusivement au contrôle judiciaire.

[246] En réalité, même si, au chapitre des droits d'appel conférés par la loi, la majorité évoque le « respec[t] [des] choix d'organisation institutionnelle du législateur », sa position repose presque exclusivement sur un argument textuel suivant lequel la présence du mot « appel » indique que le législateur voulait que les cours de révision appliquent les mêmes normes de contrôle que celles que les cours d'appel appliquent dans leurs arrêts en matière civile.

[247] Le fait que la majorité invoque la « présomption d'uniformité d'expression » en se fondant uniquement sur le mot « appel » est malavisé et néglige les distinctions institutionnelles qui sont reconnues

2019 SCC 65 (CanLII)

courts and administrative decision-makers function. The language in each setting is different; the mandates are different; the policy bases are different. The idea that *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, must be inflexibly applied to every right of "appeal" within a statute — with no regard for the broader purposes of the statutory scheme or the practical implications of greater judicial involvement within it — is entirely unsupported by our jurisprudence.

[248] In addition, the majority's claim that legislatures "d[o] not speak in vain" is irreconcilable with its treatment of privative clauses, which play no role in its standard of review framework. If, as the majority claims, Parliament's decision to provide appeal routes must influence the standard of review analysis, there is no principled reason why Parliament's decision via privative clauses to *prohibit* appeals should not be given comparable effect.[2]

[249] In any event, legislatures in this country have known for at least 25 years since *Pezim* that this Court has not treated statutory rights of appeal as a determinative reflection of legislative intent regarding the standard of review (*Pezim*, at p. 590). Against this reality, the continued use by legislatures of the term "appeal" cannot be imbued with the intent that the majority retroactively ascribes to it; doing so is inconsistent with the principle that legislatures are presumed to enact legislation in compliance with existing common law rules (Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation* (3rd ed. 2016), at p. 315).

depuis longtemps en ce qui concerne le mode de fonctionnement des cours et des décideurs administratifs. Les mots employés dans chaque contexte sont différents, les mandats sont différents et les considérations de principe sont différentes. L'idée selon laquelle il faut appliquer de façon inflexible l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, à tous les droits d'« appel » accordés par une loi sans égard aux objectifs plus larges du régime législatif ou aux conséquences pratiques d'une plus grande intervention judiciaire dans ce régime ne trouve aucun appui dans notre jurisprudence.

[248] De plus, l'affirmation de la majorité suivant laquelle le législateur « ne parle pas pour ne rien dire » est inconciliable avec son interprétation des clauses privatives, qui ne jouent aucun rôle dans son cadre d'analyse de la norme de contrôle. Si, comme la majorité le prétend, le choix du Parlement de conférer des droits d'appel doit influencer l'analyse de la norme de contrôle, il n'y a aucune raison de principe pour laquelle la décision du Parlement d'*interdire* les appels au moyen de clauses privatives ne devrait pas avoir d'effet comparable[2].

[249] En tout état de cause, les législatures canadiennes savent depuis au moins 25 ans, depuis l'arrêt *Pezim*, que notre Cour ne considère pas les droits d'appel accordés par une loi comme une expression déterminante de l'intention du législateur en ce qui concerne la norme de contrôle applicable (*Pezim*, p. 590). Face à cette réalité, l'emploi systématique du terme « appel » par les législatures ne saurait s'expliquer par l'intention que la majorité lui prête rétroactivement; cette façon de procéder est incompatible avec le principe suivant lequel les législatures sont présumées adopter des lois conformément aux règles de common law existantes (Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation* (3e éd. 2016), p. 315).

[2] The "constitutional concerns" cited by the majority are no answer to this dilemma — nothing in *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220, prevents privative clauses from influencing the *standard* of review, as they did for years under the pragmatic and functional approach and in *C.U.P.E.* (David Dyzenhaus, "Dignity in Administrative Law: Judicial Deference in a Culture of Justification" (2012), 17 *Rev. Const. Stud.* 87, at p. 103; David Mullan, "Unresolved Issues on Standard of Review in Canadian Judicial Review of Administrative Action – The Top Fifteen!" (2013), 42 *Adv. Q.* 1, at p. 21).

[2] Les « préoccupations constitutionnelles » citées par la majorité ne constituent pas une solution à ce dilemme : rien dans l'arrêt *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, n'empêche les clauses privatives d'influencer la *norme* de contrôle, comme c'était le cas pendant des années selon l'analyse pragmatique et fonctionnelle, ainsi que dans l'arrêt *S.C.F.P.* (David Dyzenhaus, « Dignity in Administrative Law : Judicial Deference in a Culture of Justification » (2012), 17 *R. études const.* 87, p. 103; David Mullan, « Unresolved Issues on Standard of Review in Canadian Judicial Review of Administrative Action — the Top Fifteen! » (2013), 42 *Adv. Q.* 1, p. 21).

2019 SCC 65 (CanLII)

[250] Those legislatures, moreover, understood from our jurisprudence that this Court was committed to respecting *standards* of review that were statutorily prescribed, as British Columbia alone has done.[3] We agree with the Attorney General of Canada's position in the companion appeals of *Bell Canada v. Canada (Attorney General)*, [2019] 4 S.C.R. 845, that, absent exceptional circumstances, the existence of a statutory right of appeal does not displace the presumption that the standard of reasonableness applies.[4] The majority, however, has inexplicably chosen the template proposed by the *amici*,[5] recommending a sweeping overhaul of our approach to legislative intent and to the determination of the standard of review.

[251] The result reached by the majority means that hundreds of administrative decision-makers subject to different kinds of statutory rights of appeal — some in highly specialized fields, such as broadcasting, securities regulation and international trade — will now be subject to an irrebuttable presumption of correctness review. This has the potential to cause a stampede of litigation. Reviewing courts will have license to freely revisit legal questions on matters squarely within the expertise of administrative decision-makers, even if they are of no broader consequence outside of their administrative regimes. Even if specialized decision-makers provide reasonable interpretations of highly technical statutes with which they work daily, even if they provide internally consistent interpretations

[250] Ces législatures ont d'ailleurs compris, à la lumière de notre jurisprudence, que notre Cour s'était engagée à respecter les *normes* de contrôle prescrites par la loi, un choix législatif qui n'a été exercé que par la Colombie-Britannique[3]. Nous souscrivons à la position du procureur général du Canada dans les pourvois connexes *Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, [2019] 4 R.C.S. 845, selon laquelle, sauf en présence de circonstances exceptionnelles, un droit d'appel conféré par la loi n'écarte pas la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable[4]. La majorité a toutefois retenu, pour une raison inconnue, le modèle proposé par les *amici curiae*[5], qui recommandent une refonte complète de notre vision de l'intention du législateur et de la manière dont nous déterminons la norme de contrôle applicable.

[251] Le résultat auquel arrive la majorité signifie que des centaines de décideurs administratifs soumis à différents types de droit d'appel conférés par la loi — certains dans des domaines hautement spécialisés comme la radiodiffusion, la réglementation des valeurs mobilières et le commerce international — seront désormais assujettis à une présomption irréfragable d'application de la norme de la décision correcte. Cela risque de provoquer une avalanche de litiges. Il sera désormais loisible aux cours de révision de réexaminer à leur guise des questions de droit portant sur des enjeux qui relèvent carrément de l'expertise des décideurs administratifs, même si leurs conséquences ne débordent pas le cadre du régime administratif de ces décideurs. Même si les

[3] See *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45. Quebec's recent attempt to introduce such legislation is another example of a legislature which understood that it was free to set standards of review, and that the mere articulation of a right of appeal did not dictate what those standards would be: see Bill 32, *An Act mainly to promote the efficiency of penal justice and to establish the terms governing the intervention of the Court of Québec with respect to applications for appeal*, 1st Sess., 42nd Leg., 2019.

[4] The notion that legislative intent finds determinative expression in statutory rights of appeal found no support in the submissions of four of the five attorneys general who appeared before us.

[5] Even the *amici* did not go so far as to say that *all* appeal clauses were indicative of a legislative intent for courts to substitute their views on questions of law.

[3] Voir *l'Administrative Tribunal Act*, S.B.C. 2004, c. 45. La tentative récente du Québec d'adopter une loi semblable est un autre exemple d'une législature qui a compris qu'elle était libre d'établir des normes de contrôle et que la simple existence d'un droit d'appel ne dictait pas la nature des normes en question. Voir le projet de loi 32, *Loi visant principalement à favoriser l'efficacité de la justice pénale et à établir les modalités d'intervention de la Cour du Québec dans un pourvoi en appel*, 42e lég., 1re sess., 2019.

[4] L'idée selon laquelle la volonté du législateur trouve son expression la plus éloquente dans les droits d'appel prévus par une loi ne trouve appui dans aucune des observations formulées par quatre des cinq procureurs généraux qui ont comparu devant nous.

[5] Même les *amici curiae* ne sont pas allés jusqu'à affirmer que *toutes* les dispositions créant un droit d'appel témoignaient de l'intention du législateur de permettre aux cours de substituer leur opinion à celle des décideurs administratifs sur des questions de droit.

2019 SCC 65 (CanLII)

responsive to the parties' submissions and consistent with the text, context and purpose of the governing scheme, the administrative body's past practices and decisions, the common law, prior judicial rulings and international law, those interpretations can still be set aside by a reviewing court that simply takes a different view of the relevant statute. This risks undermining the integrity of administrative proceedings whenever there is a statutory right of appeal, rendering them little more than rehearsals for a judicial appeal — the inverse of the legislative intent to establish a specialized regime and entrust certain legal and policy questions to non-judicial actors.

décideurs spécialisés proposent des interprétations valables de lois très techniques avec lesquelles ils travaillent quotidiennement, même s'ils proposent des interprétations intrinsèquement cohérentes qui tiennent compte des observations des parties et qui sont conformes au texte, au contexte et à l'objet du régime applicable, ainsi qu'aux pratiques et décisions antérieures de l'organe administratif, à la common law, aux décisions judiciaires antérieures et au droit international, ces interprétations pourront toujours être écartées par la cour de révision qui a simplement un point de vue différent sur la loi applicable. Cela risque de compromettre l'intégrité des procédures administratives chaque fois que la loi prévoit un droit d'appel et de réduire les procédures administratives à guère plus qu'une répétition générale en vue d'un appel judiciaire, ce qui est le contraire de l'intention du législateur de créer un régime spécialisé et de confier à des acteurs non judiciaires certaines questions de politique et de droit.

[252] Ironically, the majority's approach will be a roadblock to its promise of simplicity. Elevating appeal clauses to indicators of correctness review creates a two-tier system of administrative law: one tier that defers to the expertise of administrative decision-makers where there is no appeal clause; and another tier where such clauses permit judges to substitute their own views of the legal issues at the core of those decision-makers' mandates. Within the second tier, the application of appellate law principles will inevitably create confusion by encouraging segmentation in judicial review (*Mouvement laïque*, at para. 173, per Abella J., concurring in part; see also Paul Daly, "Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness" (2016), 62 *McGill L.J.* 527, at pp. 542-43; the Hon. Joseph T. Robertson, "Identifying the Review Standard: Administrative Deference in a Nutshell" (2017), 68 *U.N.B.L.J.* 145, at p. 162). Courts will be left with the task of identifying palpable and overriding errors for factual questions, extricating legal issues from questions of mixed fact and law, reviewing questions of law *de novo*, and potentially having to apply judicial review and appellate standards interchangeably if an applicant challenges in one proceeding multiple aspects of an administrative decision, some falling

[252] Ironiquement, la démarche proposée par la majorité créera un obstacle à la réalisation de sa promesse de simplicité. En élevant des dispositions créant un droit d'appel au rang d'indicateurs d'un contrôle assujetti à la norme de la décision correcte, on crée un système de droit administratif à deux vitesses dans lequel on aurait, d'une part, un système dans le cadre duquel les juges s'en remettent à l'expertise des décideurs administratifs lorsqu'il n'existe pas de dispositions d'appel et, d'autre part, un autre système selon lequel l'existence de telles dispositions permettrait au juge de substituer à l'opinion du décideur administratif sa propre opinion sur les questions de droit au cœur même du mandat de ces décideurs. Dans ce dernier cas, l'application des principes de droit en matière d'appel créera inévitablement de la confusion en favorisant le fractionnement du contrôle judiciaire (*Mouvement laïque*, par. 173, motifs concordants en partie de la juge Abella; voir également Paul Daly, « Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness » (2016), 62 *R.D. McGill* 527, p. 542-543; l'hon. Joseph T. Robertson, « Identifying the Review Standard : Administrative Deference in a Nutshell » (2017), 68 *R.D. U.N.-B.* 145, p. 162). Il reviendra aux cours de déceler les erreurs manifestes et déterminantes dans le cas des questions de fait, à

2019 SCC 65 (CanLII)

within an appeal clause and others not. It is an invitation to complexity and a barrier to access to justice.

[253] The majority's reasons "roll back the *Dunsmuir* clock to an era where some courts asserted a level of skill and knowledge in administrative matters which further experience showed they did not possess" (*Khosa*, at para. 26). The reasons elevate statutory rights of appeal to a determinative factor based on a formalistic approach that ignores the legislature's intention to leave certain legal and policy questions to specialized administrative decision-makers. This unravelling of Canada's carefully developed, deferential approach to administrative law returns us to the "black letter law" approach found in *Anisminic* and cases like *Metropolitan Life* whereby specialized decision-makers were subject to the pre-eminent determinations of a judge. Rather than building on *Dunsmuir*, which recognized that specialization is fundamentally intertwined with the legislative choice to delegate particular subject matters to administrative decision-makers, the majority's reasons banish expertise from the standard of review analysis entirely, opening the door to a host of new correctness categories which remain open to further expansion. The majority's approach not only erodes the presumption of deference; it erodes confidence in the existence — and desirability — of the "shared enterprises in the administrative state" of "[l]aw-making and legal interpretation" between courts and administrative decision-makers (Stack, at p. 310).

[254] But the aspect of the majority's decision with the greatest potential to undermine both the integrity

dissocier les questions de droit des questions mixtes de fait et de droit, à procéder à un examen *de novo* des questions de droit et éventuellement à se voir contraints d'appliquer de façon interchangeable les normes du contrôle judiciaire et les normes d'appel lorsqu'un demandeur conteste dans la même instance plusieurs aspects de la décision administrative dont certains relèvent d'une disposition créant un droit d'appel et d'autres non. Il s'agit d'une incitation à la complexité et d'un obstacle à l'accès à la justice.

[253] Les motifs de la majorité nous font « retourner à l'époque où certains tribunaux judiciaires s'attribuaient, en matière administrative, certaines compétences et connaissances qu'ils se sont en fait avérés ne pas posséder » (*Khosa*, par. 26). La majorité élève les droits d'appel prévus par la loi au rang de facteurs déterminants en appliquant une approche formaliste qui néglige la volonté du législateur de laisser à des décideurs administratifs spécialisés le soin de trancher certaines questions de droit et de politique. Cet effritement d'une conception canadienne du droit administratif qui a été élaborée avec soin et qui repose sur la déférence nous ramène à la démarche fondée sur des « règles de droit immuables » que l'on trouve notamment dans l'arrêt *Anisminic* et dans des affaires comme *Metropolitan Life*, où des décideurs spécialisés étaient à la merci des décisions souveraines d'un ou d'une juge. Plutôt que de s'appuyer sur l'arrêt *Dunsmuir*, qui reconnaissait que la spécialisation était indissociable de la volonté du législateur de déléguer certaines questions à des décideurs administratifs, les motifs de la majorité évacuent totalement l'expertise de l'analyse relative à la norme de contrôle, ouvrant ainsi la porte à la création d'une multitude de nouvelles catégories de normes de contrôle fondées sur la décision correcte dont la portée risque elle aussi d'être élargie. L'approche de la majorité affaiblit non seulement la présomption de déférence, mais mine aussi la confiance envers l'existence — et l'opportunité — de favoriser une [TRADUCTION] « participation commune [des cours et des décideurs administratifs] au fonctionnement de l'État administratif en ce qui concerne l'élaboration et l'interprétation du droit » (Stack, p. 310).

[254] Mais l'aspect de la décision de la majorité qui risque le plus de compromettre l'intégrité des

2019 SCC 65 (CanLII)

of this Court's decisions, and public confidence in the stability of the law, is its disregard for precedent and *stare decisis*.

[255] *Stare decisis* places significant limits on this Court's ability to overturn its precedents. Justice Rothstein described some of these limits in *Canada v. Craig*, [2012] 2 S.C.R. 489, the case about horizontal *stare decisis* on which the majority relies:

> The question of whether this Court should overrule one of its own prior decisions was addressed recently in *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3. At paragraph 56, Chief Justice McLachlin and LeBel J., in joint majority reasons, noted that overturning a precedent of this Court is a step not to be lightly undertaken. *This is especially so when the precedent represents the considered views of firm majorities* (para. 57).
>
> Nonetheless, this Court has overruled its own decisions on a number of occasions. (See *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1353, *per* Lamer C.J., for the majority; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683.) *However, the Court must be satisfied based on compelling reasons that the precedent was wrongly decided and should be overruled . . . .*
>
> Courts must proceed with caution when deciding to overrule a prior decision. In *Queensland v. Commonwealth* (1977), 139 C.L.R. 585 (H.C.A.), at p. 599, Justice Gibbs articulated the required approach succinctly:
>
> > No Justice is entitled to ignore the decisions and reasoning of his predecessors, and to arrive at his own judgment as though the pages of the law reports were blank, or as though the authority of a decision did not survive beyond the rising of the Court. A Justice, unlike a legislator, cannot introduce a programme of reform which sets at nought decisions formerly made and principles formerly established. It is only after the most careful and respectful consideration of the earlier decision, and after giving due weight to all the circumstances, that a Justice may give effect to his own opinions in preference to an earlier decision of the Court. [Emphasis added; paras. 24-26.]

décisions de notre Cour et d'ébranler la confiance du public à l'égard de la stabilité du droit est son mépris des précédents et de la règle du *stare decisis*.

[255] La règle du *stare decisis* limite considérablement la capacité de notre Cour d'infirmer ses propres précédents. Le juge Rothstein a précisé certaines de ces limites dans l'arrêt *Canada c. Craig*, [2012] 2 R.C.S. 489, qui est la décision relative à l'application de la règle du *stare decisis* par une juridiction du même degré sur laquelle la majorité se fonde :

> Notre Cour a récemment examiné, dans *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, si elle devait écarter l'une de ses propres décisions. Au paragraphe 56, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel soulignent, dans leurs motifs conjoints pour la majorité, qu'il ne convient pas d'écarter un précédent à la légère. *C'est particulièrement vrai lorsque le précédent exprime l'avis réfléchi de majorités claires* (par. 57).
>
> Il est malgré tout arrivé à plusieurs reprises que la Cour écarte ses propres décisions. (Voir *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, p. 1353, le juge en chef Lamer pour la majorité; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683.) *Il lui faut toutefois être convaincue, pour des raisons impérieuses, que la décision est erronée et qu'elle devrait être écartée . . .*
>
> La prudence est de mise lorsqu'il s'agit de décider de rompre avec une décision antérieure. Dans *Queensland c. Commonwealth* (1977), 139 C.L.R. 585 (H.C.A.), p. 599, le juge Gibbs a articulé de façon concise l'approche qui s'impose :
>
> > [TRADUCTION] Nul juge ne peut ignorer les décisions et le raisonnement de ses prédécesseurs et arriver à ses propres conclusions comme si la jurisprudence n'existait pas, ou qu'une décision cessait d'être opposable dès l'ajournement d'une session. Contrairement au législateur, le juge ne peut entreprendre une réforme qui réduit à néant les décisions antérieures et les principes établis précédemment. Ce n'est qu'après avoir examiné la décision antérieure de la cour le plus attentivement et le plus respectueusement possible, et après avoir dûment considéré toutes les circonstances, que le juge peut faire primer sa propre opinion sur elle. [Italiques ajoutés, par. 24-26.]

2019 SCC 65 (CanLII)

[256] Apex courts in several jurisdictions outside Canada have similarly stressed the need for caution and compelling justification before departing from precedent. The United States Supreme Court refrains from overruling its past decisions absent a "special justification", which must be over and above the belief that a prior case was wrongly decided (*Kimble v. Marvel Entertainment, LLC*, 135 S. Ct. 2401 (2015), at p. 2409; see also *Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc.*, 573 U.S. 258 (2014), at p. 266; *Kisor v. Wilkie*, 139 S. Ct. 2400 (2019), at pp. 2418 and 2422; Bryan A. Garner et al., *The Law of Judicial Precedent* (2016), at pp. 35-36).

[257] Similarly, the House of Lords "require[d] much more than doubts as to the correctness of [a past decision] to justify departing from it" (*Fitzleet Estates Ltd. v. Cherry* (1977), 51 T.C. 708, at p. 718), an approach that the United Kingdom Supreme Court continues to endorse (*R. v. Taylor*, [2016] UKSC 5, [2016] 4 All E.R. 617, at para. 19; *Willers v. Joyce (No. 2)*, [2016] UKSC 44, [2017] 2 All E.R. 383, at para. 7; *Knauer v. Ministry of* Justice, [2016] UKSC 9, [2016] 4 All E.R. 897, at paras. 22-23).

[258] New Zealand's Supreme Court views "caution, often considerable caution" as the "touchstone" of its approach to horizontal *stare decisis*, and has emphasized that it will not depart from precedent "merely because, if the matter were being decided afresh, the Court might take a different view" (*Couch v. Attorney-General (No. 2)*, [2010] NZSC 27, [2010] 3 N.Z.L.R. 149, at paras. 105, per Tipping J., and 209, per McGrath J.).

[259] Restraint and respect for precedent also guide the High Court of Australia and South Africa's Constitutional Court when applying *stare decisis* (*Lee v. New South Wales Crime Commission*, [2013] HCA 39, 302 A.L.R. 363, at paras. 62-66 and 70; *Camps Bay Ratepayers' and Residents' Association v. Harrison*, [2010] ZACC 19, 2011 (4) S.A. 42, at pp. 55-56; *Buffalo City Metropolitan Municipality*

[256] À l'étranger, certaines des juridictions les plus élevées ont également souligné la nécessité de faire preuve de prudence et d'invoquer des raisons impérieuses avant de s'écarter d'un précédent. La Cour suprême des États-Unis refuse d'écarter ses propres décisions à moins qu'il existe une [TRADUCTION] « justification spéciale », qui doit être plus que la simple conviction qu'une décision antérieure était mal fondée (*Kimble c. Marvel Entertainment, LLC*, 135 S. Ct. 2401 (2015), p. 2409; voir aussi *Halliburton Co. c. Erica P. John Fund, Inc.*, 573 U.S. (2014), p. 266; *Kisor c. Wilkie*, 139 S. Ct. 2400 (2019), p. 2418 et 2422; Bryan A. Garner et autres, *The Law of Judicial Precedent* (2016), p. 35-36).

[257] De même, la Chambre des lords [TRADUCTION] « exige bien davantage qu'un doute sur le bien-fondé d'une [décision antérieure] pour justifier de s'en écarter » (*Fitzleet Estates Ltd. c. Cherry* (1977), 51 T.C. 708, p. 718), une approche à laquelle souscrit toujours la Cour suprême du Royaume-Uni (*R. c. Taylor*, [2016] UKSC 5, [2016] 4 All E.R. 617, par. 19; *Willers c. Joyce (No. 2)*, [2016] UKSC 44, [2017] 2 All E.R. 383, par. 7; *Knauer c. Ministry of Justice*, [2016] UKSC 9, [2016] 4 All E.R. 897, par. 22-23).

[258] Pour sa part, la Cour suprême de la Nouvelle-Zélande considère [TRADUCTION] « la prudence, souvent une prudence considérable » comme la « pierre angulaire » de l'application de la règle du *stare decisis* par une juridiction du même degré, ajoutant qu'elle refuse d'écarter un précédent « pour la simple raison que, si la question était jugée de nouveau, la Cour pourrait adopter un point de vue différent » (*Couch c. Attorney General (No. 2)*, [2010] NZSC 27, [2010] 3 N.Z.L.R. 149, par. 105, le juge Tipping, et par. 209, le juge McGrath).

[259] La retenue et le respect des précédents guident également la Haute Cour de l'Australie et la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud dans l'application de la règle du *stare decisis* (*Lee c. New South Wales Crime Commission*, [2013] HCA 39, 302 A.L.R. 363, par. 62-66 et 70; *Camps Bay Ratepayers' and Residents' Association c. Harrison*, [2010] Z.A.C.C. 19, 2011 (4) S.A. 42, p. 55-56;

2019 SCC 65 (CanLII)

v. Asla Construction (Pty) Ltd., [2019] ZACC 15, 2019 (4) S.A. 331, at para. 65).

[260] The virtues of horizontal *stare decisis* are widely recognized. The doctrine "promotes the even-handed, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process" (*Kimble*, at p. 2409, citing *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991), at p. 827). This Court has stressed the importance of *stare decisis* for "[c]ertainty in the law" (*Canada (Attorney General) v. Bedford*, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 38; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at p. 849; *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518, at p. 527). Other courts have described *stare decisis* as a "foundation stone of the rule of law" (*Michigan v. Bay Mills Indian Community*, 572 U.S. 782 (2014), at p. 798; *Kimble*, at p. 2409; *Kisor*, at p. 2422; see also *Camps Bay*, at pp. 55-56; Jeremy Waldron, "*Stare Decisis* and the Rule of Law: A Layered Approach" (2012), 111 *Mich. L. Rev.* 1, at p. 28; Lewis F. Powell, Jr., "*Stare Decisis* and Judicial Restraint" (1990), 47 *Wash. & Lee L. Rev.* 281, at p. 288).

[261] Respect for precedent also safeguards this Court's institutional legitimacy. The precedential value of a judgment of this Court does not "expire with the tenure of the particular panel of judges that decided it" (*Plourde v. Wal-Mart Canada Corp.*, [2009] 3 S.C.R. 465, at para. 13). American cases have stressed similar themes:

There is . . . a point beyond which frequent overruling would overtax the country's belief in the Court's good faith. Despite the variety of reasons that may inform and justify a decision to overrule, we cannot forget that such a decision is usually perceived (and perceived correctly) as, at the least, a statement that a prior decision was wrong. There is a limit to the amount of error that can plausibly be imputed to prior Courts. If that limit should be exceeded, disturbance of prior rulings would be taken as evidence that justifiable reexamination of principle had given way to drives for particular results in the short term.

Buffalo City Metropolitan Authority c. Asla Construction (Pty) Ltd., [2019] Z.A.C.C. 15, 2019 (4) S.A. 331, par. 65).

[260] Les vertus de l'application de la règle du *stare decisis* par une juridiction du même degré sont largement reconnues. La doctrine [TRADUCTION] « favorise le développement uniforme, prévisible et cohérent des principes de droit, favorise la confiance envers les décisions judiciaires et contribue à l'intégrité, réelle et perçue, du processus judiciaire » (*Kimble*, p. 2409, citant *Payne c. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991), p. 827). Notre Cour a reconnu l'importance que revêt la règle du *stare decisis* pour assurer la « certitude du droit » (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 38; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, p. 849; *Ministre des Affaires indiennes et du Nord c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518, p. 527). D'autres cours ont qualifié la règle du *stare decisis* de [TRADUCTION] « pierre d'assise de la primauté du droit » (*Michigan c. Bay Mills Indian Community*, 572 U.S. 782 (2014), p. 798; *Kimble*, p. 2409; *Kisor*, p. 2422; voir également *Camps Bay*, p. 55-56; Jeremy Waldron, « *Stare Decisis* and the Rule of Law : A Layered Approach » (2012), 111 *Mich. L. Rev.* 1, p. 28; Lewis F. Powell, Jr., « *Stare Decisis* and Judicial Restraint » (1990), 47 *Wash. & Lee L. Rev.* 281, p. 288).

[261] Le respect des précédents préserve également la légitimité institutionnelle de notre Cour. Les décisions de notre Cour ne perdent pas leur valeur de précédent « avec le départ de l'un ou de plusieurs des juges qui y ont participé » (*Plourde c. Wal-Mart Canada Corp.*, [2009] 3 R.C.S. 465, par. 13). Des idées similaires ont été évoquées dans la jurisprudence américaine :

[TRADUCTION] Au-delà d'un certain point, si la Cour infirme fréquemment ses décisions, sa bonne foi risque d'être mise en doute. Malgré les différentes raisons pouvant permettre de comprendre et de justifier une décision d'écarter un jugement précédent, il ne faut pas oublier que cette décision est habituellement perçue — à juste titre — comme, à tout le moins, une affirmation du fait qu'une décision antérieure était erronée. Il y a une limite aux erreurs qui peuvent vraisemblablement être imputées aux tribunaux ayant siégé avant la formation actuelle. Si cette limite devait être franchie, la modification d'une décision précédente

2019 SCC 65 (CanLII)

The legitimacy of the Court would fade with the frequency of its vacillation.

(*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, Governor of Pennsylvania*, 505 U.S. 833 (1992), at p. 866; see also *Florida Department of Health and Rehabilitative Services v. Florida Nursing Home Association*, 450 U.S. 147 (1981), at p. 153, per Stevens J., concurring.)

[262] Several scholars have made this point as well (see e.g., Michael J. Gerhardt, *The Power of Precedent* (2008), at p. 18; Garner et al., at p. 391). Aharon Barak has warned that

overruling precedent damages the public's conception of the judicial role, and undermines the respect in which the public holds the courts and its faith in them. Precedent should not resemble a ticket valid only for the day of purchase.

("Overruling Precedent" (1986), 21 *Is.L.R.* 269, at p. 275)

[263] The majority's reasons, in our view, disregard the high threshold required to overturn one of this Court's decisions. The justification for the majority abandoning this Court's long-standing view of how statutory appeal clauses impact the standard of review analysis is that this Court's approach was "unsound in principle" and criticized by judges and academics. The majority also suggests that the Court's decisions set up an "unworkable and unnecessarily complex" system of judicial review. Abandoning them, the majority argues, would promote the values underlying *stare decisis*, namely "clarity and certainty in the law". In doing so, the majority discards several of this Court's bedrock administrative law principles.

[264] The majority leaves unaddressed the most significant rejection of this Court's jurisprudence

serait considérée comme une preuve du fait que le réexamen légitime de principes a cédé devant la volonté d'obtenir un résultat particulier à court terme. La Cour perdrait de sa légitimité en raison de la fréquence de ses hésitations.

(*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Casey, Governor of Pennsylvania*, 505 U.S. 833 (1992), p. 866; voir également *Florida Department of Health and Rehabilitative Services c. Florida Nursing Home Association*, 450 U.S. 147 (1981), p. 153, motifs concordants du juge Stevens.)

[262] Plusieurs universitaires ont exprimé un point de vue semblable (voir, p. ex., Michael J. Gerhardt, *The Power of Precedent* (2008), p. 18; Garner et autres, p. 391). Selon Aharon Barak,

[TRADUCTION] l'abandon d'un précédent ternit la perception qu'a le public du rôle de la magistrature et mine son respect et sa confiance envers elle. Le précédent ne devrait pas ressembler à un billet valide le jour de l'achat seulement.

(« Overruling Precedent » (1986), 21 *Is.L.R.* 269, p. 275)

[263] À notre avis, les motifs de la majorité ne tiennent pas compte du critère rigoureux auquel il faut satisfaire pour pouvoir écarter l'une des décisions de notre Cour. La majorité justifie son abandon de la conception bien établie de notre Cour quant à l'effet des dispositions législatives créant un droit d'appel sur l'analyse de la norme de contrôle en affirmant que cette approche était « non fondé[e] en principe » et qu'elle avait fait l'objet de critiques tant de la part des juges que des auteurs. La majorité avance aussi l'idée que les décisions de notre Cour ont établi un système de contrôle judiciaire « inapplicable et indûment complexe ». De l'avis de la majorité, l'abandon de ces décisions irait de pair avec les valeurs qui sous-tendent la doctrine du *stare decisis*, soit « la clarté et [. . .] la certitude du droit ». Ce faisant, la majorité ne tient pas compte de plusieurs des principes fondamentaux établis par notre Cour en droit administratif.

[264] La majorité n'explique pas dans ses motifs l'aspect le plus important de son rejet de la

2019 SCC 65 (CanLII)

in its reasons — its decision to change the entire "conceptual basis" for judicial review by excluding specialization, expertise and other institutional advantages from the analysis. The lack of any justification for this foundational shift — repeatedly invoked by the majority to sanitize further overturning of precedent — undercuts the majority's stated respect for *stare decisis* principles.

[265] The majority explains its decision to overrule the Court's prior decisions about appeal clauses by asserting that these precedents had "no satisfactory justification". It does not point, however, to any arguments different from those heard and rejected by other panels of this Court over the decades whose decisions are being discarded. Instead, the majority substitutes its own preferred approach to interpreting statutory rights of appeal — an approach rejected by several prior panels of this Court in a line of decisions stretching back three decades. The rejection of such an approach was explicitly reaffirmed *no fewer than four times in the past ten years* (*Khosa*, at para. 26; *Mowat*, at paras. 30-31; *Mouvement laïque*, at para. 38; *Edmonton East*, at paras. 27-31; see also *McLean*, at para. 21).

[266] Overruling these judgments flouts *stare decisis* principles, which prohibit courts from overturning past decisions which "simply represen[t] a preferred choice with which the current Bench does not agree" (*Couch*, at para. 105; see also *Knauer*, at para. 22; *Casey*, at p. 864). "[T]he entire idea of *stare decisis* is that judges do not get to reverse a decision just because they never liked it in the first instance" (*Knick v. Township of Scott, Pennsylvania*, 139 S. Ct. 2162 (2019), at p. 2190, per Kagan J., dissenting). As the United States Supreme Court noted in *Kimble*:

> . . . an argument that we got something wrong — even a good argument to that effect — cannot by itself justify scrapping settled precedent. Or otherwise said, it is not

jurisprudence de notre Cour, à savoir sa décision de modifier tout le « fondement conceptuel » du contrôle judiciaire en excluant de l'analyse la spécialisation, l'expertise et d'autres avantages institutionnels. L'absence totale de raisons justifiant ce revirement majeur — que la majorité invoque à maintes reprises pour racheter l'abandon de précédents — décrédibilise ses affirmations quant à son respect des principes du *stare decisis*.

[265] La majorité explique sa décision d'écarter les jugements antérieurs de notre Cour portant sur des dispositions législatives créant un droit d'appel en affirmant que « rien ne saurait justifier [ces jugements] de façon satisfaisante ». Elle n'avance toutefois aucun argument différent de ceux qu'ont entendus et rejetés pendant des décennies d'autres formations de notre Cour dont les décisions sont aujourd'hui écartées. La majorité remplace plutôt cette jurisprudence constante par l'approche qu'elle privilégie en matière d'interprétation des droits d'appel conférés par la loi — approche qui a été rejetée par plusieurs formations antérieures de notre Cour dans une série de décisions qui s'étirent sur trois décennies et qui ont été confirmées de manière explicite *pas moins de quatre fois au cours des dix dernières années* (*Khosa*, par. 26; *Mowat*, par. 30-31; *Mouvement laïque*, par. 38; *Edmonton East*, par. 27-31; voir également *McLean*, par. 21).

[266] L'abandon de ces jugements bafoue les principes du *stare decisis* qui interdisent aux cours d'écarter des décisions antérieures qui [TRADUCTION] « représentent simplement une solution antérieurement retenue à laquelle la formation actuelle ne souscrit pas » (*Couch*, par. 105; voir aussi *Knauer*, par. 22; *Casey*, p. 864). [TRADUCTION] « [L]e principe du *stare decisis* tient à l'idée que les juges ne devraient pas pouvoir infirmer une décision pour la seule et unique raison qu'ils ne l'ont jamais aimé au départ » (*Knick c. Township of Scott, Pennsylvania*, 139 S. Ct. 2162 (2019), p. 2190, motifs dissidents de la juge Kagan). Ainsi que la Cour suprême des États-Unis l'a souligné dans l'arrêt *Kimble* :

> [TRADUCTION] . . . l'argument selon lequel quelque chose nous a échappé — si valable soit-il — ne saurait à lui seul justifier l'abandon d'un précédent établi. En d'autres mots,

2019 SCC 65 (CanLII)

alone sufficient that we would decide a case differently now than we did then. To reverse course, we require as well what we have termed a "special justification" — over and above the belief "that the precedent was wrongly decided." [Citation omitted; p. 2409.]

[267] But it is the unprecedented wholesale rejection of an entire body of jurisprudence that is particularly unsettling. The affected cases are too numerous to list in full here. It includes many decisions conducting deferential review even in the face of a statutory right of appeal (*Pezim*; *Southam*; *Committee for Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)*, [2001] 2 S.C.R. 132; *Dr. Q*; *Ryan*; *Cartaway*; *VIA Rail*; *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec v. Proprio Direct inc.*, [2008] 2 S.C.R. 195; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, [2009] 2 S.C.R. 678; *McLean*; *Bell Canada (2009)*; *ATCO Gas*; *Mouvement laïque*; *Igloo Vikski*; *Edmonton East*) and bedrock judgments affirming the relevance of administrative expertise to the standard of review analysis and to "home statute" deference (*C.U.P.E.*; *National Corn Growers*; *Domtar Inc.*; *Bradco Construction*; *Southam*; *Pushpanathan*; *Alberta Teachers' Association*; *Canadian Human Rights Commission*, among many others).

[268] Most of those decisions were decided unanimously or by strong majorities. At no point, however, does the majority acknowledge this Court's strong reluctance to overturn precedents that "represen[t] the considered views of firm majorities" (*Craig*, at para. 24; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, [2011] 2 S.C.R. 3, at para. 57; see also *Nishi v. Rascal Trucking Ltd.*, [2013] 2 S.C.R. 438, at paras. 23-24), or to overrule decisions of a "recent vintage" (*Fraser*, at para. 57; see also *Nishi*, at para. 23). The decisions the majority *does* rely on, by contrast, involved overturning usually only one precedent and almost always an older one: *Craig* overruled a

il ne suffit pas de dire que nous en arriverions à une décision différente de celle que nous avions prise à l'époque. Pour faire marche arrière, nous devons également pouvoir invoquer ce que nous avons appelé une « justification spéciale » — qui est plus que la simple conviction que « la décision précédente était erronée ». [Référence omise; p. 2409.]

[267] Cependant, c'est le rejet en bloc sans précédent de tout un arsenal jurisprudentiel qui est particulièrement troublant. Les arrêts touchés sont trop nombreux pour qu'on en dresse la liste ici. Au nombre de ceux-ci figurent de nombreuses décisions rendues aux termes d'un contrôle fondé sur la déférence en dépit de l'existence d'un droit d'appel conféré par la loi (*Pezim*; *Southam*; *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, [2001] 2 R.C.S. 132; *Dr. Q*; *Ryan*; *Cartaway*; *VIA Rail*; *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct inc.*, [2008] 2 R.C.S. 195; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, [2009] 2 R.C.S. 678; *McLean*; *Bell Canada (2009)*; *ATCO Gas*; *Mouvement laïque*; *Igloo Vikski*; *Edmonton East*), ainsi que des arrêts fondamentaux confirmant la pertinence de l'expertise administrative tant pour l'analyse de la norme de contrôle que pour la déférence envers l'interprétation donnée par les tribunaux administratifs à leur « loi constitutive » (voir *S.C.F.P.*; *National Corn Growers*; *Domtar Inc.*; *Bradco Construction*; *Southam*; *Pushpanathan*; *Alberta Teachers' Association*; *Commission canadienne des droits de la personne*, parmi tant d'autres).

[268] La plupart de ces décisions ont été rendues par des formations unanimes ou par de fortes majorités. Cependant, la majorité ne reconnaît nulle part en l'espèce la grande réticence de notre Cour à renverser des précédents qui « exprime[nt] l'avis réfléchi de majorités claires » (*Craig*, par. 24; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 57; voir également *Nishi c. Rascal Trucking Ltd.*, [2013] 2 R.C.S. 438, par. 23 et 24), ou des décisions à « caractère récent » (*Fraser*, par. 57; voir également *Nishi*, par. 23). En revanche, les décisions sur lesquelles s'appuie la majorité concernaient des situations dans lesquelles un seul précédent avait

2019 SCC 65 (CanLII)

34-year-old precedent; *R. v. Henry*, [2005] 3 S.C.R. 609, overruled a 19-year-old precedent (and another 15-year-old precedent, in part); and the dissenting judges in *Bernard* would have overruled a 10-year-old precedent.

[269] The majority's decision to overturn precedent also has the potential to disturb settled interpretations of many statutes that contain a right of appeal. Under the majority's approach, every existing interpretation of such statutes by an administrative body that has been affirmed under a reasonableness standard of review will be open to fresh challenge. In *McLean*, for example, this Court acknowledged that a limitations period in British Columbia's *Securities Act*[6] had two reasonable interpretations, but deferred to the one the Commission preferred based on deferential review. We see no reason why an individual in the same situation as Ms. McLean could not now revisit our Court's decision through the statutory right of appeal in the *Securities Act*, and insist that a new reviewing court offer *its* definitive view of the relevant limitations period now that appeal clauses are interpreted to permit judicial substitution rather than deference.

[270] The majority does not address the chaos that such legal uncertainty will generate for those who rely on settled interpretations of administrative statutes to structure their affairs, despite the fact that protecting these reliance interests is a well-recognized and especially powerful reason for respecting precedent (Garner et al., at pp. 404-11; Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent* (2008), at pp. 118-19; *Kimble*, at pp. 2410-11). By changing the entire status quo, the majority's approach will undermine legal certainty — "the foundational principle

[6] R.S.B.C. 1996, c. 418, s. 159.

été écarté et, le plus souvent, une décision plus ancienne; l'arrêt *Craig* infirme une décision remontant à 34 ans; l'arrêt *R. c. Henry*, [2005] 3 R.C.S. 609, infirme une décision remontant à 19 ans (et une autre, écartée en partie, remontant à 15 ans), et, dans l'arrêt *Bernard*, les juges dissidents auraient infirmé une décision rendue une dizaine d'années plus tôt.

[269] La décision de la majorité de renverser une jurisprudence risque également de bousculer les interprétations établies de nombreuses lois prévoyant un droit d'appel. Suivant l'approche de la majorité, chaque interprétation existante de ces lois par un organisme administratif qui a été confirmée en appliquant la norme de contrôle de la décision raisonnable sera susceptible d'être remise en question. Par exemple, dans l'arrêt *McLean*, notre Cour a reconnu qu'un délai de prescription prévu par la *Securities Act*[6] de la Colombie-Britannique se prêtait à deux interprétations valables, mais elle a retenu celle que la Commission privilégiait, en procédant à un contrôle empreint de déférence. Nous ne voyons aucune raison qui empêcherait une personne se trouvant dans la même situation que M^me^ McLean de solliciter le réexamen de la décision de notre Cour en exerçant le droit d'appel accordé par la *Securities Act* et en demandant avec insistance à une cour de cours de révision d'offrir *sa propre* interprétation définitive du délai de prescription pertinent, dès lors que les dispositions législatives conférant un droit d'appel sont désormais interprétées de façon à permettre aux cours de substituer leur décision à celle qu'ils examinent plutôt que de procéder au contrôle de cette décision selon le principe de la déférence.

[270] La majorité ne propose aucune solution pour contrer le chaos que cette incertitude juridique engendrerait pour celles et ceux qui se fient aux interprétations établies des lois administratives pour organiser leurs affaires, même si la nécessité de protéger ses intérêts liés à une confiance raisonnable constitue une raison particulièrement impérieuse et bien reconnue de respecter les précédents (Garner et autres, p. 404-411; Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent* (2008), p. 118-119; *Kimble*, p. 2410-2411). En modifiant complètement le *statu*

[6] R.S.B.C. 1996, c. 418, art. 159.

2019 SCC 65 (CanLII)

upon which the common law relies" (*Bedford*, at para. 38; see also Cromwell, at p. 315).

[271] Moreover, if this Court had for over 30 years significantly misconstrued the purpose of statutory appeal routes by failing to recognize what *this* majority has ultimately discerned — that in enacting such routes, legislatures were unequivocally directing courts to review *de novo* every question of law that an administrative body addresses, regardless of that body's expertise — legislatures across Canada were free to clarify this interpretation and endorse the majority's favoured approach through legislative amendment. Given the possibility — and continued absence — of legislative correction, the case for overturning our past decisions is even less compelling (*Binus v. The Queen*, [1967] S.C.R. 594, at p. 601; see also *Kimble*, at p. 2409; *Kisor*, at pp. 2422-23; *Bilski v. Kappos*, *Under Secretary of Commerce for Intellectual Property and Director, Patent and Trademark Office*, 561 U.S. 593 (2010), at pp. 601-2).

[272] Each of these rationales for adhering to precedent — consistent affirmation, reliance interests and the possibility of legislative correction — was recently endorsed by the United States Supreme Court in *Kisor*. There, the Court invoked *stare decisis* to uphold two administrative law precedents which urged deference to administrative agencies when they interpreted ambiguous provisions in their regulations (*Bowles, Price Administrator v. Seminole Rock & Sand Co.*, 325 U.S. 410 (1945); *Auer v. Robbins*, 519 U.S. 452 (1997)). Writing for the majority on the issue of *stare decisis*, Justice Kagan explained at length why the doctrine barred the Court from overturning *Auer* or *Seminole Rock*. To begin, Justice Kagan reiterated the importance of *stare decisis* and the need for special justification to overcome its demands. She then explained that *stare decisis* carried even greater force than usual when applied to two decisions that had been affirmed by a "long line of precedents" going back 75 years or more and cited by

quo, l'approche de la majorité porte un dur coup au principe de la « certitude du droit », soit « l'assise fondamentale de la common law » (*Bedford*, par. 38; voir aussi Cromwell, p. 315).

[271] Par ailleurs, si notre Cour s'était, pendant plus d'une trentaine d'années, méprise fortement sur l'objet des voies d'appel prévues par la loi en ne reconnaissant pas ce que la majorité *en l'espèce* a finalement saisi — c'est-à-dire le fait qu'en adoptant ces mécanismes, le législateur confiait sans équivoque aux cours de justice le mandat de procéder à un examen *de novo* de chaque question de droit dont traite un organisme administratif, indépendamment de l'expertise de cet organisme —, il aurait alors été loisible aux législatures de l'ensemble du Canada de clarifier cette interprétation et d'adopter l'approche privilégiée par la majorité au moyen d'une modification législative. Étant donné la possibilité — et l'absence continue — d'intervention du législateur, les arguments militant en faveur du renversement de nos décisions antérieures sont encore moins convaincants (*Binus c. The Queen*, [1967] R.C.S. 594, p. 601; voir également *Kimble*, p. 2409; *Kisor*, p. 2422-2423; *Bilski c. Kappos, Under Secretary of Commerce for Intellectual Property and Director, Patent and Trademark Office*, 561 U.S. 593 (2010), p. 601-602).

[272] La Cour suprême des États-Unis, dans l'arrêt *Kisor*, a récemment approuvé chacune des raisons invoquées pour respecter les précédents : la constance, les intérêts liés à la confiance raisonnable et la possibilité d'intervention législative. Dans cet arrêt, la Cour a invoqué la règle du *stare decisis* pour confirmer deux précédents en matière de droit administratif qui exhortaient les cours de révision à faire preuve de déférence à l'égard de l'interprétation, par les organismes administratifs, de dispositions ambiguës de leurs règlements (*Bowles, Price Administrator c. Seminole Rock & Sand Co.*, 325 U.S. 410 (1945); *Auer c. Robbins*, 519 U.S. 452 (1997)). S'exprimant au nom de la majorité sur la question de la règle du *stare decisis*, la juge Kagan a expliqué en long et en large les raisons pour lesquelles la doctrine empêchait la Cour d'infirmer les arrêts *Auer* et *Seminole Rock*. D'abord, elle a rappelé l'importance de la règle du *stare decisis* et la nécessité d'établir une justification spéciale permettant d'outrepasser ses

2019 SCC 65 (CanLII)

lower courts thousands of times (p. 2422). She noted that overturning the challenged precedents would cast doubt on many settled statutory interpretations and invite relitigation of cases (p. 2422). Finally, Justice Kagan reasoned that Congress remained free to overturn the cases if the Court had misconstrued legislative intent:

> . . . even if we are wrong about *Auer*, "Congress remains free to alter what we have done." In a constitutional case, only we can correct our error. But that is not so here. Our deference decisions are "balls tossed into Congress's court, for acceptance or not as that branch elects." And so far, at least, Congress has chosen acceptance. It could amend the APA or any specific statute to require the sort of *de novo* review of regulatory interpretations that Kisor favors. Instead, for approaching a century, it has let our deference regime work side-by-side with both the APA and the many statutes delegating rulemaking power to agencies. It has done so even after we made clear that our deference decisions reflect a presumption about congressional intent. And it has done so even after Members of this Court began to raise questions about the doctrine. Given that history — and Congress's continuing ability to take up Kisor's arguments — we would need a particularly "special justification" to now reverse *Auer*. [Citations omitted; pp. 2422-23.]

[273] In the face of these compelling reasons for adhering to precedent, many of which have found resonance in this Court's jurisprudence, the majority's reliance on "judicial and academic criticism" falls far short of overcoming the demands of *stare decisis*. It is hard to see why the *obiter* views of the handful of Canadian judges referred to by the majority should be determinative or even persuasive. The majority omits the views of any academics or judges who *have*

exigences. Elle a ensuite expliqué que la règle du *stare decisis* revêtait encore plus d'importance que d'habitude lorsqu'elle s'appliquait à deux décisions confirmées par [TRADUCTION] « une jurisprudence constante » remontant à au moins 75 ans et qui avait par ailleurs été citée des milliers de fois par des juridictions inférieures (p. 2422). Elle a ajouté que l'abandon des précédents contestés soulèverait des doutes quant à une foule d'interprétations législatives établies et favoriserait la remise en question des décisions (p. 2422). Enfin, la juge Kagan a fait remarquer qu'il était loisible au Congrès d'annuler la jurisprudence si la Cour avait mal interprété l'intention du législateur :

> [TRADUCTION] . . . même si nous avons tort au sujet de l'arrêt *Auer*, « il est toujours loisible au Congrès de modifier notre décision ». En matière constitutionnelle, seule notre Cour peut corriger ses erreurs. Cependant, telle n'est pas la situation qui se présente en l'espèce. Lorsque nous optons pour la retenue à l'égard d'une décision, la balle est dans le camp du Congrès, qui est libre d'accepter ou non notre décision. Jusqu'à maintenant du moins, le Congrès a choisi de l'accepter. Il aurait pu modifier l'APA ou une loi spécifique afin d'exiger le type de contrôle *de novo* des interprétations des règlements que Kisor privilégie. Or, pendant près d'un siècle, le Congrès a plutôt permis que notre régime axé sur la déférence fonctionne de pair avec l'APA et les nombreuses lois qui délèguent un pouvoir de réglementation à des organismes administratifs. Le Congrès a continué d'agir ainsi même après que nous eûmes précisé que nos décisions en matière de déférence traduisaient une présomption concernant l'intention du Congrès, et même après que des juges de notre Cour eurent commencé à exprimer des doutes au sujet de la doctrine. Compte tenu de ce passé — et de la possibilité qui s'offre encore au Congrès de reprendre les arguments de Kisor —, nous aurions besoin d'une « justification spéciale » particulièrement importante pour écarter maintenant l'arrêt *Auer*. [Références omises; p. 2422-2423.]

[273] Au vu de ces raisons impérieuses de respecter les précédents, dont bon nombre ont trouvé écho dans la jurisprudence de notre Cour, l'argument des « critiques judiciaires et doctrinales » invoqué par la majorité est très loin de supplanter les exigences de la règle du *stare decisis*. Il est difficile de comprendre pourquoi les remarques incidentes de quelques juges canadiens citées par la majorité devraient être déterminantes, ou même convaincantes. La majorité

2019 SCC 65 (CanLII)

voiced support for a strong presumption of deference without identifying our approach to statutory rights of appeal as cause for concern (Dyzenhaus, "Dignity in Administrative Law: Judicial Deference in a Culture of Justification", at p. 109; Green, at pp. 489-90; Matthew Lewans, *Administrative Law and Judicial Deference* (2016); Jonathan M. Coady, "The Time Has Come: Standard of Review in Canadian Administrative Law" (2017), 68 *U.N.B.L.J.* 87; the Hon. John M. Evans, "Standards of Review in Administrative Law" (2013), 26 *C.J.A.L.P.* 67, at p. 79; the Hon. John M. Evans, "Triumph of Reasonableness: But How Much Does It Really Matter?" (2014), 27 *C.J.A.L.P.* 101; Jerry V. DeMarco, "Seeking Simplicity in Canada's Complex World of Judicial Review" (2019), 32 *C.J.A.L.P.* 67).

[274] A selective assortment of criticism is not evidence of generalized criticism or unworkability. This Court frequently tackles contentious, high-profile cases that engender strong and persisting divisions of opinion. The public looks to us to definitively resolve those cases, regardless of the composition of the Court. As Hayne J. noted in *Lee*:

To regard the judgments of this Court as open to reconsideration whenever a new argument is found more attractive than the principle expressed in a standing decision is to overlook the function which a final court of appeal must perform in defining the law. In difficult areas of the law, differences of legal opinion are inevitable; before a final court of appeal, the choice between competing legal solutions oftentimes turns on the emphasis or weight given by each of the judges to one factor against a countervailing factor. . . . *In such cases, the decision itself determines which solution is, for the purposes of the current law, correct*. It is not to the point to argue in the next case that, leaving the particular decision out of account, another solution is better supported by legal theory. *Such an approach would diminish the authority and finality of the judgments of this Court.* As the function of defining the law is vested in the Court rather than in the justices who compose it, a decision of the Court will be followed in

passe sous silence l'avis des juges et des universitaires qui *se sont* prononcés en faveur de l'existence d'une forte présomption d'application de la norme de la décision raisonnable, sans dire que notre vision des droits d'appel statutaires a de quoi inquiéter (Dyzenhaus, « Dignity in Administrative Law : Judicial Deference in a Culture of Justification », p. 109; Green, p. 489-490; Matthew Lewans, *Administrative Law and Judicial Deference* (2016); Jonathan M. Coady, « The Time Has Come : Standard of Review in Canadian Administrative Law » (2017), 68 *R.D. U.N.-B.* 87; Cromwell, « What I Think I've Learned About Administrative Law », p. 314-316; l'hon. John M. Evans, « Standards of Review in Administrative Law » (2013), 26 *R.C.D.A.P.* 67, p. 79; l'hon. John M. Evans, « Triumph of Reasonableness : But How Much Does It Really Matter? » (2014), 27 *R.C.D.A.P.* 101; Jerry V. DeMarco, « Seeking Simplicity in Canada's Complex World of Judicial Review » (2019), 32 *R.C.D.A.P.* 67).

[274] Un assortiment sélectif de critiques ne constitue pas une preuve de critiques généralisées ou d'inapplicabilité. Notre Cour est fréquemment appelée à statuer sur des affaires très contestées et médiatisées qui donnent lieu à des divergences d'opinions marquées et persistantes. Le public s'en remet à nous pour trancher définitivement ces litiges, peu importe la composition de la Cour. Ainsi que l'a expliqué le juge Hayne dans l'arrêt *Lee* :

[TRADUCTION] Dire que les jugements de notre Cour sont susceptibles de réexamen chaque fois qu'un nouvel argument est jugé plus intéressant que le principe exposé dans une décision précédente revient à occulter le rôle que doit jouer un tribunal d'appel de dernier ressort appelé à définir le droit. Lorsqu'il s'agit de domaines de droit complexes, les divergences d'opinions juridiques sont inévitables; devant un tribunal d'appel de dernier ressort, le choix entre des solutions juridiques opposées dépend dans bien des cas de l'importance que chacun des juges accorde à un facteur plutôt qu'à un autre. [. . .] *En pareil cas, la décision elle-même permet de déterminer laquelle des solutions est la bonne, eu égard à l'état actuel du droit*. Il n'est pas utile de soutenir ultérieurement que, si l'on fait abstraction de la décision en cause, une autre solution bénéficie d'appuis plus solides dans la doctrine. *Cette approche saperait l'autorité et le caractère définitif des jugements de notre Cour.* Étant donné qu'il appartient

2019 SCC 65 (CanLII)

subsequent cases by the Court, however composed, subject to the exceptional power which resides in the Court to permit reconsideration.

Accordingly, as one commentator has put the point: "the previous decision is to be treated as the primary premise from which other arguments follow, and not just as one potential premise among an aggregate of competing premises". [Emphasis in original; footnote omitted.]

(paras. 65-66, citing *Baker v. Campbell* (1983), 153 C.L.R. 52 (H.C.A.), at pp. 102-3.)

[275] This Court, in fact, has been clear that "criticism of a judgment is not sufficient to justify overruling it" (*Fraser*, at para. 86). Differences of legal and public opinion are a natural by-product of contentious cases like *R. v. Jordan*, [2016] 1 S.C.R. 631, or even *Housen*, which, as this Court acknowledged, was initially applied by appeal courts with "varying degrees of enthusiasm" (*H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, at para. 76; see also Paul M. Perell, "The Standard of Appellate Review and The Ironies of Housen v. Nikolaisen" (2004), 28 *Adv. Q.* 40, at p. 53; Mike Madden, "Conquering the Common Law Hydra: A Probably Correct and Reasonable Overview of Current Standards of Appellate and Judicial Review" (2010), 36 *Adv. Q.* 269, at pp. 278-79 and 293; Paul J. Pape and John J. Adair, "Unreasonable review: The losing party and the palpable and overriding error standard" (2008), 27 *Adv. J.* 6, at p. 8; Geoff R. Hall, "Two Unsettled Questions in the Law of Contractual Interpretation: A Call to the Supreme Court of Canada" (2011), 50 *Can. Bus. L.J.* 434, at p. 436).

[276] To justify circumventing this Court's jurisprudence, the majority claims that the precedents being overturned *themselves* departed from the approach to statutory rights of appeal under the pragmatic and functional test. That, with respect, is wrong. Ever since *Bell Canada (1989)* and in several subsequent decisions outlined earlier in these reasons, statutory rights of appeal have played little or no role in the standard of review analysis. Moreover, in pre-*Dunsmuir* cases, statutory rights of appeal were still seen as only one

à la Cour, plutôt qu'aux juges qui la composent, de définir le droit, ses décisions seront suivies dans les affaires subséquentes portées à son attention, quelle que soit sa composition, sous réserve du pouvoir exceptionnel de la Cour d'en permettre le réexamen.

En conséquence, comme un auteur l'a souligné, « la décision précédente doit être considérée comme la prémisse de base dont découleront d'autres arguments, et non simplement comme une prémisse possible parmi un ensemble de prémisses opposées ». [En italique dans l'original; note en bas de page omise.]

(par. 65-66, citant *Baker c. Campbell* (1983), 153 C.L.R. 52 (H.C.A.), p. 102-103.)

[275] Notre Cour a en fait mentionné clairement que « la critique d'un jugement ne saurait justifier son renversement » (*Fraser*, par. 86). Les divergences d'opinions d'ordre juridique et public découlent naturellement d'arrêts litigieux tels que *R. c. Jordan*, [2016] 1 R.C.S. 631, ou même *Housen*, qui, comme la reconnu notre Cour, avait été appliqué au départ par les cours d'appel avec « un enthousiasme variable » (*H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, par. 76; voir aussi Paul M. Perell, « The Standard of Appellate Review and the Ironies of Housen v. Nikolaisen » (2004), 28 *Adv. Q.* 40, p. 53; Mike Madden, « Conquering the Common Law Hydra : A Probably Correct and Reasonable Overview of Current Standards of Appellate and Judicial Review » (2010), 36 *Adv. Q.* 269, p. 278-279 et 293; Paul J. Pape et John J. Adair, « Unreasonable Review : The Losing Party and the Palpable and Overriding Error Standard » (2008), 27 *Adv. J.* 6, p. 8; Geoff R. Hall, « Two Unsettled Questions in the Law of Contractual Interpretation : A Call to the Supreme Court of Canada » (2011), 50 *Rev. can. dr. comm.* 434, p. 436).

[276] Pour justifier le fait de contourner la jurisprudence de notre Cour, la majorité prétend que les précédents renversés s'écartent *eux-mêmes* de la manière dont l'analyse pragmatique et fonctionnelle aborde les droits d'appel conférés par la loi. Avec égards, cette affirmation est inexacte. Depuis l'arrêt *Bell Canada (1989)* et dans plusieurs décisions subséquentes décrites précédemment dans les présents motifs, les droits d'appel accordés par la loi ne sont presque pas ou pas du tout entrés en ligne de compte

2019 SCC 65 (CanLII)

factor among others — and *not* as unequivocal indicators of correctness review (see, for example, *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, at paras. 27-33; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, at paras. 23-24; *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 4 S.C.R. 45, at paras. 149-51). Our pre- and post-*Dunsmuir* cases on statutory rights of appeal shared in common an unwavering commitment to determining the standard of review in administrative proceedings using administrative law principles, even when appeal rights were involved.

dans l'analyse relative à la norme de contrôle. De surcroît, dans les arrêts antérieurs à *Dunsmuir*, les droits d'appel conférés par la loi n'étaient encore perçus que comme un facteur parmi d'autres et *non* comme des indices sans équivoque d'un contrôle selon la norme de la décision correcte (voir, par exemple, *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, par. 27-33; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, par. 23-24; *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, par. 149-151). Tant nos décisions qui ont précédé l'arrêt *Dunsmuir* que celles qui l'ont suivi sur les droits d'appel conférés par la loi ont eu en commun l'engagement indéfectible à déterminer la norme de contrôle applicable dans une instance administrative au moyen des principes de droit administratif, même lorsque les droits d'appel entrent en jeu.

[277] For the majority, the elimination of the contextual factors appears to have justified the reconstruction of the whole judicial review framework. Yet the elimination of the contextual analysis was all but complete in our post-*Dunsmuir* jurisprudence, and does not support the foundational changes to judicial review in the majority's decision. Neither that development, nor the majority's assertion that our precedents have proven "unclear and unduly complex", justifies the conclusion that *all* of our administrative law precedents — even those unconnected to the practical difficulties in applying *Dunsmuir* — are suddenly fair game.

[277] Pour la majorité, l'élimination des facteurs contextuels semble justifier un remaniement de fond en comble de l'ensemble du cadre d'analyse du contrôle judiciaire. Pourtant, l'élimination de l'analyse contextuelle était pratiquement achevée dans notre jurisprudence post-*Dunsmuir* et elle ne justifie pas les modifications fondamentales apportées au contrôle judiciaire par les juges majoritaires. Ni ces changements ni l'affirmation de la majorité selon laquelle notre jurisprudence n'est « pas clair[e] et [est] indûment complex[e] » ne permettent du jour au lendemain d'affirmer qu'on peut légitimement remettre en question *toutes* les décisions que nous avons rendues en droit administratif — même celles qui n'ont rien à voir avec les problèmes d'ordre pratique engendrés par l'application de l'arrêt *Dunsmuir*.

[278] This Court is overturning a long line of well-established and recently-affirmed precedents in a whole area of law, including several unanimous or strong majority judgments. There is no principled justification for such a dramatic departure from this Court's existing jurisprudence.

[278] Notre Cour provoque ainsi un revirement jurisprudentiel qui concerne l'ensemble d'un domaine du droit en écartant une longue série de précédents bien établis et récemment confirmés, dont plusieurs arrêts rendus à l'unanimité ou à forte majorité. Il n'existe aucune raison logique justifiant une rupture aussi nette avec la jurisprudence existante de la Cour.

2019 SCC 65 (CanLII)

Going Forward

[279] In our view, a more modest approach to modifying our past decisions, one that goes no further than necessary to clarify the law and its application, is justified. "[W]hen a court does choose to overrule its own precedents, it should do so carefully, with moderation, and with due regard for all the important considerations that undergird the doctrine" (Garner et al., at pp. 41-42). Such an approach to changing precedent preserves the integrity of the judicial process and, at a more conceptual level, of the law itself as a social construct. Michael J. Gerhardt summarized this approach eloquently:

> Judicial modesty is . . . a disposition to respect precedents (as embodying the opinions of others), to learn from their and others' experiences, and to decide cases incrementally to minimize conflicts with either earlier opinions of the Court or other constitutional actors. [p. 7]

[280] Judicial modesty promotes the responsible development of the common law. Lord Tom Bingham described that process in his seminal work, *The Rule of Law* (2010):

> . . . it is one thing to move the law a little further along a line on which it is already moving, or to adapt it to accord with modern views and practices; it is quite another to seek to recast the law in a radically innovative or adventurous way, because that is to make it uncertain and unpredictable, features which are the antithesis of the rule of law. [pp. 45-46]

(See also Robert J. Sharpe, *Good Judgment: Making Judicial Decisions* (2018), at p. 93; Beverley McLachlin, "The Role of the Supreme Court of Canada in Shaping the Common Law", in Paul Daly, ed., *Apex Courts and the Common Law* (2019), 25, at p. 35; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670; *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 842, at para. 42; *R. v. Kang-Brown*, [2008] 1 S.C.R. 456, at paras. 14-16, per LeBel J., and 73-74, per Binnie J., concurring.)

Un regard vers l'avenir

[279] À notre avis, il y a lieu, lorsque vient le temps de modifier nos décisions antérieures, d'adopter une approche plus modeste qui ne prévoit la modification que de ce qui est nécessaire — et pas plus — pour clarifier le droit et son application. [TRADUCTION] « [L]orsqu'un tribunal choisit d'écarter ses propres précédents, il doit le faire avec prudence et modération et en tenant dûment compte de toutes les considérations importantes qui sous-tendent la doctrine » (Garner et autres, p. 41-42). Cette approche en matière de modification de la jurisprudence préserve l'intégrité du processus judiciaire et, sur un plan plus théorique, celle du droit lui-même en tant que construit social. Michael J. Gerhardt résume cette approche avec éloquence :

> [TRADUCTION] La modestie judiciaire est [. . .] une disposition à respecter les précédents (qui incarnent les opinions d'autrui), par la volonté de tirer des leçons de leur expérience et de celle des autres, et à trancher les affaires de façon progressive pour minimiser toute contradiction avec les opinions antérieures de la Cour ou d'autres acteurs constitutionnels. [p. 7]

[280] La modestie judiciaire favorise une évolution responsable de la common law. Lord Bingham a expliqué cette conception dans son ouvrage célèbre, *The Rule of Law* (2010) :

> [TRADUCTION] . . . c'est une chose de poursuivre la tendance déjà entamée par le droit ou encore d'adapter celui-ci aux perspectives et aux réalités actuelles; c'en est une autre de chercher à reformuler le droit d'une manière radicalement novatrice ou hasardeuse : on rend ainsi le droit incertain et imprévisible, des éléments qui sont l'antithèse de la primauté du droit. [p. 45-46]

(Voir également Robert J. Sharpe, *Good Judgment : Making Judicial Decisions* (2018), p. 93; Beverley McLachlin, « The Role of the Supreme Court of Canada in Shaping the Common Law », dans Paul Daly, dir., *Apex Courts and the Common Law* (2019), 25, p. 35; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 670; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 842, par. 42; *R. c. Kang-Brown*, [2008] 1 R.C.S. 456, par. 14-16, le juge LeBel, et par. 73-74, motifs concordants du juge Binnie.)

2019 SCC 65 (CanLII)

[281] Lord Bingham's comments highlight that a nuanced balance must be struck between maintaining the stability of the common law and ensuring that the law is flexible and responsive enough to adapt to new circumstances and shifts in societal norms. *Stare decisis* plays a critical role in maintaining that balance and upholding the rule of law. When *stare decisis* is respected, precedent acts as a stabilizing force: providing certainty as to what the law is, consistency that allows those subject to the law to order their affairs accordingly, and continuity that protects reliance on those legal consequences. *Stare decisis* is at the heart of the iterative development of the common law, fostering progressive, incremental and responsible change.

[282] So what do we suggest? We support a standard of review framework with a meaningful rule of deference, based on *both* the legislative choice to delegate decision-making authority to an administrative actor *and* on the specialized expertise that these decision-makers possess and develop in applying their mandates. Outside of the three remaining correctness categories from *Dunsmuir* — and absent clear and explicit legislative direction on the *standard* of review — administrative decisions should be reviewed for reasonableness. Like the majority, we support eliminating the category of "true questions of jurisdiction" and foreclosing the use of the contextual factors identified in *Dunsmuir.* These developments introduce incremental changes to our judicial review framework, while respecting its underlying principles and placing the ball in the legislatures' court to modify the standards of review if they wish.

[283] To the extent that concerns were expressed about the quality of administrative decision making by some interveners who represented particularly vulnerable groups, we agree that they must be taken seriously. But the solution does not lie in authorizing more incursions into the administrative system by

[281] Il ressort des propos de lord Bingham qu'on doit trouver un équilibre subtil entre le maintien de la stabilité de la common law et l'assurance que le droit est suffisamment souple et réceptif pour s'adapter à de nouvelles réalités et à l'évolution des normes sociales. La règle du *stare decisis* joue un rôle essentiel pour maintenir cet équilibre et assurer le respect de la primauté du droit. Lorsque la règle du *stare decisis* est respectée, la jurisprudence agit comme une force stabilisatrice : elle offre une certitude quant à l'état du droit, assure une uniformité qui permet aux justiciables d'organiser leurs affaires en conséquence, et garantit une pérennité qui permet aux justiciables de se fier aux conséquences juridiques qu'elle prévoit. La règle du *stare decisis* est au cœur du développement itératif de la common law, ce qui favorise son évolution progressive, graduelle et responsable.

[282] Alors, que suggérons-nous? Nous sommes en faveur d'un cadre d'analyse de la norme de contrôle qui repose sur une règle de déférence significative et fondée *à la fois* sur le choix du législateur de déléguer des pouvoirs décisionnels à des acteurs administratifs *et* sur l'expertise spécialisée que ces décideurs possèdent et acquièrent au fur et à mesure qu'ils s'acquittent de leur mandat. Exception faite des trois catégories qui demeurent assujetties à la norme de la décision correcte établies dans l'arrêt *Dunsmuir* — et à défaut de directives claires et explicites du législateur sur la *norme* de contrôle applicable —, c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique au contrôle judiciaire des décisions administratives. À l'instar de la majorité, nous sommes en faveur de l'élimination de la catégorie des « questions touchant véritablement à la compétence » et de l'abandon des facteurs contextuels évoqués dans l'arrêt *Dunsmuir*. Ces propositions incorporent des changements progressifs dans notre cadre d'analyse de contrôle judiciaire tout en respectant ses principes sous-jacents et en laissant au législateur le soin de modifier les normes de contrôle, s'il le souhaite.

[283] Nous sommes d'accord pour dire qu'il faut prendre au sérieux les réserves exprimées par certains intervenants représentant des groupes particulièrement vulnérables au sujet de la qualité des décisions administratives. Mais la solution ne passe pas selon nous par la possibilité pour des juges généralistes

2019 SCC 65 (CanLII)

generalist judges who lack the expertise necessary to implement these sensitive mandates. Any perceived shortcomings in administrative decision making are not solved by permitting *de novo* review of every legal decision by a court and, as a result, adding to the delay and cost of obtaining a final decision. The solution lies instead in ensuring the proper qualifications and training of administrative decision-makers. Like courts, administrative actors are fully capable of, and responsible for, improving the quality of their own decision-making processes, thereby strengthening access to justice in the administrative justice system.

[284] We also acknowledge that this Court should offer additional direction on conducting reasonableness review.[7] We fear, however, that the majority's multi-factored, open-ended list of "constraints" on administrative decision making will encourage reviewing courts to dissect administrative reasons in a "line-by-line treasure hunt for error" (*Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, [2013] 2 S.C.R. 458, at para. 54). These "constraints" may function in practice as a wide-ranging catalogue of hypothetical errors to justify quashing an administrative decision — a checklist with unsettling similarities to the series of "jurisdictional errors" spelled out in *Anisminic* itself.

[285] Structuring reasonableness review in this fashion effectively imposes on administrative decision-makers a higher standard of justification than that applied to trial judges. Such an approach undercuts deference and revives a long-abandoned posture of suspicion towards administrative decision making. We are also concerned by the majority's warning that

[7] Consistent with requests from some commentators and some of the interveners at these hearings, including the Canadian Bar Association and the Council of Canadian Administrative Tribunals (see also Mullan, at pp. 76-78).

qui n'ont pas l'expertise nécessaire pour exécuter ces mandats délicats de s'immiscer encore plus dans la justice administrative. On ne corrige pas ce que l'on estime être une lacune dans la prise de décisions administratives en permettant aux cours de procéder à un examen *de novo* de chaque décision juridique et, ce faisant, en allongeant les délais et en augmentant les frais engagés pour obtenir une décision définitive. La solution réside plutôt dans le fait de s'assurer que les décideurs administratifs possèdent les qualifications et la formation requises. À l'instar des cours, les acteurs administratifs sont tout à fait en mesure d'améliorer la qualité de leur processus décisionnel et il leur incombe de le faire, améliorant du coup l'accès à la justice administrative.

[284] Nous reconnaissons également que notre Cour devrait fournir des balises supplémentaires quant à la façon de procéder à un contrôle judiciaire fondé sur la norme de la décision raisonnable[7]. Nous craignons toutefois que la liste multifactorielle et non limitative des « contraintes » à la prise de décisions administratives dressée par la majorité n'incite les cours de révision à disséquer les motifs administratifs et à se lancer dans « une chasse au trésor, phrase par phrase, à la recherche d'une erreur » (*Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, Local 30 c. Irving Pulp & Paper, Ltd*, [2013] 2 R.C.S. 458, par. 54). En pratique, ces « contraintes » risquent de se transformer en un vaste catalogue d'erreurs hypothétiques qui peuvent servir à justifier l'annulation d'une décision administrative et devenir une liste de contrôle offrant des similitudes troublantes avec la série d'« erreurs de compétence » énoncées dans l'arrêt *Anisminic* lui-même.

[285] Cette façon de structurer le contrôle selon la norme de la décision raisonnable astreint effectivement les décideurs administratifs à une norme de justification plus exigeante que celle qui s'applique aux juges de première instance. Cette approche sape la déférence et ravive, à l'égard des décisions administratives, une attitude de méfiance qui avait été

[7] Pour répondre aux vœux formulés par certains commentateurs et certains des intervenants en l'espèce, dont l'Association du Barreau canadien et le Conseil des tribunaux administratifs canadiens (voir aussi Mullan, p. 76-78).

2019 SCC 65 (CanLII)

administrative decision-makers cannot "arrogate powers to themselves that they were never intended to have", an unhelpful truism that risks reintroducing the tortured concept of "jurisdictional error" by another name.

[286] We would advocate a continued approach to reasonableness review which focuses on the concept of *deference* and what it requires of reviewing courts. Curial deference, after all, is *the* hallmark of reasonableness review, setting it apart from the substitution of opinion permitted under the correctness standard. The choice of a particular standard of review — whether described as "correctness", "reasonableness" or in other terms — is fundamentally about "whether or not a reviewing court should defer"[8] to an administrative decision (see *Dunsmuir*, at para. 141, per Binnie J., concurring; Régimbald, at pp. 539-40). If courts, therefore, are to properly conduct "reasonableness" review, they must properly understand what deference means.

[287] In our view, deference imposes three requirements on courts conducting reasonableness review. It informs the attitude a reviewing court must adopt towards an administrative decision-maker; it affects how a court frames the question it must answer on judicial review; and it affects how a reviewing court evaluates challenges to an administrative decision.

[288] First and foremost, deference is an "attitude of the court" conducting reasonableness review (*Dunsmuir*, at para. 48). Deference mandates respect for the legislative choice to entrust a decision to administrative actors rather than to the courts, and

[8] Factum of the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers, at para. 5; factum of the intervener the Council of Canadian Administrative Tribunals, at paras. 24-26.

mise au rancart depuis longtemps. Nous sommes par ailleurs préoccupés par la mise en garde de la majorité selon laquelle les décideurs administratifs ne peuvent « s'arroger des pouvoirs que le législateur n'a jamais voulu [leur] conférer », une évidence inutile qui risque de réintroduire sous un autre vocable le concept tortueux d'« erreur de compétence ».

[286] Nous préconisons le maintien d'une conception du contrôle judiciaire selon la norme de la raisonnabilité qui est centrée sur le principe de la *déférence* et sur ce qui est exigé des cours de révision. Après tout, la retenue judiciaire est *la* marque distinctive du contrôle selon la norme de la décision raisonnable et ce qui le distingue de la norme de la décision correcte, laquelle permet à la cour de substituer son opinion à celle du décideur administratif. Le choix d'une norme de contrôle particulière — qu'on la qualifie de norme de la décision « correcte » ou « raisonnable » ou autrement — consiste essentiellement à déterminer si la cour de révision « devrait ou non faire montre de déférence »[8] à l'égard d'une décision administrative (voir *Dunsmuir*, par. 141, motifs concordants du juge Binnie; Régimbald, p. 539-540). Par conséquent, pour que les cours puissent mener à bien un contrôle « fondé sur la norme de la décision raisonnable », elles doivent bien comprendre le sens du mot « déférence ».

[287] À notre avis, le principe de la déférence soumet à trois exigences les cours de révision qui procèdent à un contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Il influence l'attitude que la cour de révision doit adopter à l'égard du décideur administratif; il influence la façon dont la cour formule la question à laquelle elle doit répondre lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire et il influe sur la façon dont elle évalue la contestation dont fait l'objet la décision administrative.

[288] D'abord et avant tout, la déférence est « une attitude de la cour » qui effectue un contrôle selon la norme de la décision raisonnable (*Dunsmuir*, par. 48). Le principe de la déférence commande le respect du choix du législateur de confier à des

[8] Mémoire de l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés, par. 5; mémoire de l'intervenant le Conseil des tribunaux administratifs canadiens, par. 24-26.

2019 SCC 65 (CanLII)

for the important role that administrative decision-makers play in upholding and applying the rule of law (*Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, at para. 131, per LeBel J., concurring). Deference also requires respect for administrative decision-makers, their specialized expertise and the institutional setting in which they operate (*Dunsmuir*, at paras. 48-49). Reviewing courts must pay "respectful attention" to the reasons offered for an administrative decision, make a genuine effort to understand why the decision was made, and give the decision a fair and generous construction in light of the entire record (*Newfoundland Nurses*, at paras. 11-14 and 17).

[289] Second, deference affects how a court frames the question it must answer when conducting judicial review. A reviewing court does not ask how it would have resolved an issue, but rather, whether the answer provided by the administrative decision-maker has been shown to be unreasonable (*Khosa*, at paras. 59 and 61-62; *Dunsmuir*, at para. 47). Framing the inquiry in this way ensures that the administrative decision under review is the focus of the analysis.

[290] This Court has often endorsed this approach to conducting reasonableness review. In *Ryan*, for example, Iacobucci J. explained:

> . . . when deciding whether an administrative action was unreasonable, a court should not at any point ask itself what the correct decision would have been. . . . The standard of reasonableness does not imply that a decision-maker is merely afforded a "margin of error" around what the court believes is the correct result.
>
> . . . Unlike a review for correctness, there will often be no single right answer to the questions that are under review against the standard of reasonableness. . . . Even if there could be, notionally, a single best answer, it is not the court's role to seek this out when deciding if the decision was unreasonable. [paras. 50-51]

acteurs administratifs plutôt qu'aux cours de justice le soin de rendre certaines décisions et la reconnaissance du rôle important que jouent les décideurs administratifs pour faire respecter et appliquer le principe de la primauté du droit (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, par. 131, motifs concordants du juge LeBel). Le principe de la déférence commande aussi le respect des décideurs administratifs, de leur expertise spécialisée et du cadre institutionnel dans lequel ils évoluent (*Dunsmuir*, par. 48-49). Les cours de révision doivent accorder une « attention respectueuse » aux motifs donnés à l'appui d'une décision administrative, s'efforcer sincèrement de comprendre la décision et interpréter la décision de façon équitable et généreuse, en tenant compte de l'ensemble du dossier (*Newfoundland Nurses*, par. 11-14 et 17).

[289] En deuxième lieu, le principe de la déférence influe sur la façon dont une cour formule la question à laquelle elle doit répondre lorsqu'elle effectue un contrôle judiciaire. La cour de révision ne cherche pas à savoir comment elle aurait résolu la question, mais plutôt s'il a été démontré que la réponse donnée par le décideur administratif était déraisonnable (*Khosa*, par. 59, 61-62; *Dunsmuir*, par. 47). En circonscrivant ainsi l'examen, on s'assure que l'analyse est bel et bien centrée sur la décision administrative à l'examen.

[290] Notre Cour a souvent cautionné cette vision du contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable. Dans l'arrêt *Ryan*, par exemple, le juge Iacobucci explique :

> . . . lorsqu'elle décide si une mesure administrative est déraisonnable, la cour ne doit à aucun moment se demander ce qu'aurait été la décision correcte. [. . .] La norme de la décision raisonnable n'implique pas que l'instance décisionnelle dispose simplement d'une « marge d'erreur » par rapport à ce que la cour estime être la solution correcte.
>
> . . . À la différence d'un examen selon la norme de la décision correcte, il y a souvent plus d'une seule bonne réponse aux questions examinées selon la norme de la décision raisonnable. [. . .] Même dans l'hypothèse où il y aurait une réponse meilleure que les autres, le rôle de la cour n'est pas de tenter de la découvrir lorsqu'elle doit décider si la décision est déraisonnable. [par. 50-51]

2019 SCC 65 (CanLII)

(See also *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178, at p. 214; *Toronto (City)*, at paras. 94-95, per LeBel J., concurring; *VIA Rail*, at para. 101; *Mason v. Minister of Citizenship and Immigration*, 2019 FC 1251, at para. 22 (CanLII), per Grammond J.; Régimbald, at p. 539; Sharpe, at pp. 204 and 208; Paul Daly, "The Signal and the Noise in Administrative Law" (2017), 68 *U.N.B.L.J.* 67, at p. 85; Evans, "Triumph of Reasonableness: But How Much Does It Really Matter?", at p. 107.)

[291] Third, deferential review impacts how a reviewing court evaluates challenges to an administrative decision. Deference requires the applicant seeking judicial review to bear the onus of showing that the decision was unreasonable (*Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, [2018] 1 S.C.R. 83, at para. 108; *Mission Institution v. Khela*, [2014] 1 S.C.R. 502, at para. 64; *May v. Ferndale Institution*, [2005] 3 S.C.R. 809, at para. 71; *Ryan*, at para. 48; *Southam*, at para. 61; *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115, at p. 130). Focusing on whether the applicant has demonstrated that the decision is unreasonable reinforces the central role that administrative decisions play in a properly deferential review process, and confirms that the decision-maker does not have to persuade the court that its decision is reasonable.

[292] Assessing whether a decision is reasonable also requires a qualitative assessment. Reasonableness is a concept that pervades the law but is difficult to define with precision (*Dunsmuir*, at para. 46). It requires, by its very nature, a fact-specific inquiry that involves a certain understanding of common experience. Reasonableness cannot be reduced to a formula or a checklist of factors, many of which will not be relevant to a particular decision. Ultimately, whether an administrative decision is reasonable will depend on the context (*Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, [2012] 1 S.C.R. 5, at para. 18). Administrative law covers an infinite variety of decisions and decision-making contexts, as LeBel J.

(Voir également *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178, p. 214; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, par. 94-95, motifs concordants du juge LeBel; *VIA Rail*, par. 101; *Mason c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 FC 1251, par. 22 (CanLII), le juge Grammond; Régimbald, p. 539; Sharpe, p. 204 et 208; Paul Daly, « The Signal and the Noise in Administrative Law » (2017), 68 *R.D. U.N.-B.* 67, p. 85; Evans, « Triumph of Reasonableness : But How Much Does It Really Matter? », p. 107.)

[291] Troisièmement, le contrôle fondé sur le principe de la déférence influence la façon dont la cour de révision évalue la contestation dont fait l'objet la décision administrative. La déférence fait reposer sur les épaules du demandeur le fardeau de démontrer que la décision faisant l'objet du contrôle judiciaire est déraisonnable (*Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et Développement du Nord)*, [2018] 1 R.C.S. 83, par. 108; *Établissement de Mission c. Khela*, [2014] 1 R.C.S. 502, par. 64; *May c. Établissement Ferndale*, [2005] 3 R.C.S. 809, par. 71; *Ryan*, par. 48; *Southam*, par. 61; *Northern Telecom c. Travailleurs en communication*, [1980] 1 R.C.S. 115, p. 130). Limiter ainsi l'analyse à la question de savoir si le demandeur a démontré que la décision est déraisonnable renforce le rôle essentiel que jouent les décisions administratives dans le cadre d'un contrôle dûment axé sur le principe de la déférence et confirme que le décideur n'a pas à convaincre la cour de justice que sa décision est raisonnable.

[292] L'évaluation du caractère raisonnable d'une décision nécessite également une évaluation qualitative. La raisonnabilité est un concept omniprésent dans notre droit, mais difficile à définir avec précision (*Dunsmuir*, par. 46). Ce concept exige, de par sa nature même, une analyse factuelle qui implique une certaine compréhension des réalités courantes. Le caractère raisonnable ne peut être réduit à une formule ou à une liste de facteurs, dont bon nombre ne s'appliqueront pas à une décision particulière. En fin de compte, la question de savoir si une décision administrative est raisonnable dépend du contexte (*Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 18). Le

2019 SCC 65 (CanLII)

colourfully explained in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, at para. 158 (dissenting in part, but not on this point):

> . . . not all administrative bodies are the same. Indeed, this is an understatement. At first glance, labour boards, police commissions, and milk control boards may seem to have about as much in common as assembly lines, cops, and cows! Administrative bodies do, of course, have some common features, but the diversity of their powers, mandate and structure is such that to apply particular standards from one context to another might well be entirely inappropriate.

[293] Deference, in our view, requires approaching each administrative decision on its own terms and in its own context. But we emphasize that the inherently contextual nature of reasonableness review does not mean that the degree of scrutiny applied by a reviewing court varies (*Alberta Teachers' Association*, at para. 47; *Wilson*, at para. 18). It merely means that when assessing a challenge to an administrative decision, a reviewing court must be attentive to all relevant circumstances, including the reasons offered to support the decision, the record, the statutory scheme and the particular issues raised by the applicant, among other factors (see, for example, *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at para. 40; *Newfoundland Nurses*, at para. 18; Van Harten et al., at p. 794). Without this context, it is impossible to determine what constitutes a sufficiently compelling justification to quash a decision under reasonableness review. Context may make a challenge to an administrative decision more or less persuasive — but it does not alter the deferential posture of the reviewing court (*Suresh*, at para. 40).

droit administratif englobe une diversité infinie de décisions et de contextes décisionnels, comme l'a expliqué de façon imagée le juge LeBel dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, para. 158 (dissident en partie, mais pas sur ce point) :

> . . . les organismes administratifs diffèrent les uns des autres. En fait, c'est le moins qu'on puisse dire. À première vue, un conseil des relations de travail, une commission de police et un office de contrôle laitier peuvent paraître avoir autant de points en commun qu'une ligne d'assemblage, un policier et une vache! Les organismes administratifs ont évidemment certaines caractéristiques en commun, mais en raison de la diversité de leurs attributions, de leur mandat et de leur organisation, il peut être totalement inapproprié d'appliquer les mêmes normes d'un contexte à l'autre.

[293] Selon nous, le principe de la déférence commande que l'on considère chaque décision administrative comme un cas d'espèce et qu'on tienne compte du contexte qui lui est propre. Nous tenons toutefois à préciser qu'il n'y a aucune corrélation entre le caractère foncièrement contextuel du contrôle judiciaire effectué selon la norme de la décision raisonnable et le degré d'attention avec lequel la cour de révision effectue son examen (*Alberta Teachers' Association*, par. 47; *Wilson*, par. 18). La nature contextuelle du contrôle judiciaire signifie simplement que, lorsqu'elle est saisie d'une contestation portant sur une décision administrative, la cour de révision doit tenir compte de toutes les circonstances pertinentes, y compris les motifs invoqués au soutien de la décision, le dossier, le régime législatif et les questions particulières soulevées par le demandeur, parmi d'autres facteurs (voir, par exemple, *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 40; *Newfoundland Nurses*, par. 18; Van Harten et autres, p. 794). Sans ce contexte, il est impossible de déterminer ce qui constitue une justification suffisamment convaincante pour annuler une décision à l'issue d'un contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable. Le contexte peut influer sur le degré de persuasion de la contestation dont fait l'objet la décision administrative, mais il n'a aucune incidence sur l'attitude de déférence que doit conserver la cour de révision (*Suresh*, par. 40).

2019 SCC 65 (CanLII)

[294] Deference, however, does not require reviewing courts to shirk their obligation to review the decision. So long as they maintain a respectful attitude, frame the judicial review inquiry properly and demand compelling justification for quashing a decision, reviewing courts are entitled to meaningfully probe an administrative decision. A thorough evaluation by a reviewing court is not "disguised correctness review", as some have used the phrase. Deference, after all, stems from respect, not inattention to detail.

[295] Bearing this in mind, we offer the following suggestions for conducting reasonableness review. We begin with situations where reasons are required.[9]

[296] The administrative decision is the focal point of the review exercise. Where reasons are provided, they serve as the natural starting point to determine whether the decision-maker acted reasonably (*Williams Lake*, at para. 36). By beginning with the reasons offered for the decision, read in light of the surrounding context and the grounds raised to challenge the decision, reviewing courts provide meaningful oversight while respecting the legitimacy of specialized administrative decision making.

[297] Reviewing courts should approach the reasons with respect for the specialized decision-makers, the significant role they have been assigned and the institutional context chosen by the legislator. Reasons should be approached generously, on their own terms. Reviewing courts should be hesitant to second-guess operational implications, practical challenges and on-the-ground knowledge used to justify an administrative decision. Reviewing courts must also remain alert to specialized concepts or language used in an administrative decision that may be unfamiliar to a generalist judge (*Newfoundland Nurses*, at para. 13;

[9] Under the duty of procedural fairness outlined in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 43.

[294] La déférence ne suppose pas pour autant que la cour de révision se dérobe à son devoir de contrôler la décision. Dès lors qu'elle maintient une attitude de respect, qu'elle cerne correctement la question à trancher dans le cadre du contrôle judiciaire et qu'elle exige qu'on lui soumette des raisons impérieuses avant d'annuler une décision, il lui est loisible d'analyser en profondeur la décision administrative dont elle est saisie. Ce faisant, elle ne procède pas à un contrôle « déguisé selon la norme de la décision correcte », pour reprendre l'expression employée par certains. Après tout, la déférence est la marque d'une attitude de respect et non le signe d'un manque d'attention aux détails.

[295] Dans cette optique, nous aimerions proposer quelques pistes qui, selon nous, pourraient baliser le contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable. Nous commencerons par les situations où la décision en question doit être motivée[9].

[296] La décision administrative est le point de mire du contrôle judiciaire. Pour déterminer si le décideur a agi raisonnablement, la cour de révision doit d'abord, cela va de soi, examiner les motifs, s'il en est, qui ont été exposés (*Williams Lake*, par. 36). En se penchant d'abord sur les motifs de la décision, à la lumière du contexte qui l'entoure et des arguments invoqués pour la contester, la cour de révision procède à un véritable contrôle tout en respectant la légitimité du processus décisionnel des autorités administratives spécialisées.

[297] Les cours de révision devraient aborder les motifs dans un esprit de respect envers les décideurs spécialisés, le rôle important qui leur a été confié et le contexte institutionnel choisi par le législateur. Elles devraient interpréter les motifs de façon généreuse, en respectant leur teneur, et se garder de reconsidérer les incidences concrètes, les difficultés d'ordre pratique et les connaissances de terrain invoquées pour justifier la décision administrative. Elles doivent également demeurer attentives aux concepts ou termes spécialisés employés dans une décision administrative que les juges généralistes

[9] Pour respecter l'obligation d'équité procédurale selon l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 43.

2019 SCC 65 (CanLII)

Igloo Vikski, at paras. 17 and 30). When confronted with unfamiliar language or modes of reasoning, judges should acknowledge that such differences are an inevitable, intentional and invaluable by-product of the legislative choice to assign a matter to the administrative system. They may lend considerable force to an administrative decision and, by the same token, render an applicant's challenge to that decision less compelling. Reviewing courts scrutinizing an administrative body's decision under the reasonableness framework should therefore keep in mind that the administrative body holds the "interpretative upper hand" (*McLean*, at para. 40).

[298] Throughout the review process, a court conducting deferential review must view claims of administrative error in context and with caution, cognizant of the need to avoid substituting its opinion for that of those empowered and better equipped to answer the questions at issue. Because judicial substitution is incompatible with deference, reviewing courts must carefully evaluate the challenges raised by an applicant to ensure they go to the *reasonableness* of the administrative decision.

[299] Unsurprisingly, applicants rarely present challenges to an administrative decision as explicit invitations for courts to substitute their opinions for those of administrative actors. Courts, therefore, must carefully probe challenges to administrative decisions to assess whether they amount, in substance, to a mere difference of opinion with how the administrative decision-maker weighed or prioritized the various factors relevant to the decision-making process. Allegations of error may, on deeper examination, simply reflect a legitimate difference in approach by an administrative decision-maker. By rooting out and rejecting such challenges, courts respect the valuable and distinct perspective that administrative bodies bring to answering legal questions, flowing from the considerable expertise and field sensitivity they develop by administering their mandate and working within the intricacies of their

connaissent peut-être moins bien (*Newfoundland Nurses*, par. 13; *Igloo Vikski*, par. 17 et 30). Lorsque les mots employés ou le raisonnement ne leur sont pas familiers, les juges devraient reconnaître que ces différences constituent une conséquence inévitable et inestimable du choix délibéré du législateur de confier la question au système de justice administrative. Ces particularités peuvent conférer une très grande force à une décision administrative et, du coup, affaiblir la contestation dont celle-ci fait l'objet. La cour de révision qui analyse la décision d'un organisme administratif selon la norme de la décision raisonnable devrait donc se rappeler que l'organisme jouit d'un « privilège [. . .] en matière d'interprétation » (*McLean*, par. 40).

[298] Tout au long du contrôle fondé sur le principe de la déférence, la cour doit examiner les allégations d'erreur administrative avec prudence, en tenant compte du contexte et de la nécessité d'éviter de substituer son opinion à celle des personnes qui sont habilitées à répondre aux questions en litige et mieux outillées qu'elle pour le faire. Étant donné que le principe de la déférence lui interdit de substituer son opinion à celle du décideur, la cour de révision doit évaluer avec circonspection les arguments que le demandeur invoque pour contester une décision administrative afin de s'assurer qu'ils concernent le caractère *raisonnable* de celle-ci.

[299] Sans surprise, on constate qu'il est rare que les demandeurs formulent leur contestation d'une décision administrative comme une invitation explicite adressée aux cours de révision de substituer leur opinion à celle des acteurs administratifs. En conséquence, les cours doivent examiner attentivement la contestation d'une décision administrative afin de déterminer si cette contestation tient essentiellement à une simple divergence d'opinions quant à la façon dont le décideur a soupesé ou apprécié les différents facteurs qui entrent en ligne de compte dans le cadre du processus décisionnel. Un examen plus approfondi peut révéler que les allégations d'erreur reflètent simplement l'approche différente légitimement retenue par le décideur administratif. En écartant et en rejetant ces contestations, les cours respectent l'angle distinct et précieux sous lequel les organismes administratifs apportent des réponses à

2019 SCC 65 (CanLII)

statutory context on a daily basis. The understanding and insights of administrative actors enhance the decision-making process and may be more conducive to reaching a result "that promotes effective public policy and administration . . . than the limited knowledge, detachment, and modes of reasoning typically associated with courts of law" (*National Corn Growers*, at pp. 1336-37 (emphasis deleted), per Wilson J., concurring, citing J. M. Evans et al., *Administrative Law: Cases, Text, and Materials* (3rd ed. 1989), at p. 414).

des questions de droit, forts de la grande connaissance et de la sensibilité qu'ils acquièrent en accomplissant leur mandat et en appliquant au quotidien des régimes législatifs complexes. La compréhension éclairée des acteurs administratifs rehausse la qualité du processus décisionnel et permet davantage d'atteindre un résultat [TRADUCTION] « qui favorise l'efficacité des politiques et de l'administration publique [. . .] [que les] connaissances limitées, [le] détachement et [les] modes de raisonnement qui caractérisent normalement les cours de justice » (*National Corn Growers*, p. 1336-1337 (soulignement omis), motifs concordants de la juge Wilson, citant J. M. Evans et autres, *Administrative Law : Cases, Text and Materials* (3e éd. 1989), p. 414).

[300] When resolving challenges to an administrative decision, courts must also consider the *materiality* of any alleged errors in the decision-maker's reasoning. Under reasonableness review, an error is not necessarily sufficient to justify quashing a decision. Inevitably, the weight of an error will depend on the extent to which it affects the decision. An error that is peripheral to the administrative decision-maker's reasoning process, or overcome by more compelling points advanced in support of the result, does not provide fertile ground for judicial review. Ultimately, the role of the reviewing court is to examine the decision as a whole to determine whether it is reasonable (*Dunsmuir*, at para. 47; *Khosa*, at para. 59). Considering the materiality of any impugned errors is a natural part of this exercise, and of reading administrative reasons "together with the outcome" (*Newfoundland Nurses*, at para. 14).

[300] Lorsqu'ils sont saisis d'une contestation d'une décision administrative, les cours de révision doivent également tenir compte de la *gravité* des erreurs dont serait entaché le raisonnement du décideur. Dans le cadre du contrôle judiciaire fondé sur la norme de la décision raisonnable, une erreur ne suffit pas nécessairement en soi à justifier l'annulation d'une décision. La gravité de l'erreur dépend invariablement de la mesure dans laquelle elle influe sur la décision. L'erreur ne peut servir de fondement à une demande de contrôle judiciaire lorsqu'elle est secondaire au regard du raisonnement du décideur administratif ou mineure par rapport aux arguments plus solides invoqués pour justifier le résultat souhaité. En fin de compte, le rôle de la cour de révision consiste à examiner la décision dans son ensemble pour savoir si elle est raisonnable (*Dunsmuir*, par. 47; *Khosa*, par. 59). La prise en compte de la gravité des erreurs reprochées fait naturellement partie de cette opération et de l'examen des motifs de la décision « en corrélation avec le résultat » (*Newfoundland Nurses*, par. 14).

[301] Review of the decision as a whole is especially vital when an applicant alleges that an administrative decision contains material omissions. Significantly, and as this Court has frequently emphasized, administrative decision-makers are not required to consider and comment upon every issue raised by the parties in their reasons (*Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc.*, [2012] 3 S.C.R. 405, at para. 3; *Newfoundland Nurses*, at para. 16, citing *Service Employees' International Union, Local*

[301] L'examen de la décision dans son ensemble est d'autant plus essentiel lorsque le demandeur soutient qu'une décision administrative est entachée de graves omissions. Fait important à souligner, ainsi que notre Cour l'a fait remarquer à maintes reprises, les décideurs administratifs ne sont pas tenus d'examiner et de commenter dans leurs motifs chaque argument soulevé par les parties (*Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.*, [2012] 3 R.C.S. 405, par. 3; *Newfoundland Nurses*, par. 16, citant *Union internationale*

2019 SCC 65 (CanLII)

No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association, [1975] 1 S.C.R. 382, at p. 391). Further, a reviewing court is not restricted to the four corners of the written reasons delivered by the decision-maker and should, if faced with a gap in the reasons, look to the record to see if it sheds light on the decision (*Williams Lake*, at para. 37; *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, [2018] 1 S.C.R. 6, at para. 23; *Newfoundland Nurses*, at para. 15; *Alberta Teachers' Association*, at paras. 53 and 56).

[302] The use of the record and other context to supplement a decision-maker's reasons has been the subject of some academic discussion (see, for example, Mullan, at pp. 69-74). We support a flexible approach to supplementing reasons, which is consistent with the flexible approach used to determine whether administrative reasons must be provided to begin with and sensitive to the "day-to-day realities of administrative agencies" (*Baker*, at para. 44), which may not be conducive to the production of "archival" reasons associated with court judgments (para. 40, citing Roderick A. Macdonald and David Lametti, "Reasons for Decision in Administrative Law" (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 123).

[303] Some materials that may help bridge gaps in a reviewing court's understanding of an administrative decision include: the record of any formal proceedings as well as the materials before the decision-maker, past decisions of the administrative body, and policies or guidelines developed to guide the type of decision under review (see Matthew Lewans, "Renovating Judicial Review" (2017), 68 *U.N.B.L.J.* 109, at pp. 137-38). Reviewing these materials may assist a court in understanding, "by inference", why an administrative decision-maker reached a particular outcome (*Baker*, at para. 44; see also *Williams Lake*, at para. 37; *Mills v. Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal (Ont.)*, 2008 ONCA 436, 237 O.A.C. 71, at paras. 38-39). It may reveal further confirmatory context for a line of reasoning employed by the decision-maker — by showing, for example, that the decision-maker's understanding of the purpose of its statutory mandate finds support in the provision's legislative history

des employés des services, Local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association, [1975] 1 R.C.S. 382, p. 391). De plus, l'examen qu'effectue la cour de révision ne se limite pas à la teneur même des motifs écrits de la décision; lorsqu'elle constate l'existence d'une lacune dans les motifs, la cour doit examiner le dossier pour savoir s'il permet de mieux comprendre la décision (*Williams Lake*, par. 37; *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, [2018] 1 R.C.S. 6, par. 23; *Newfoundland Nurses*, par. 15; *Alberta Teachers' Association*, par. 53 et 56).

[302] Certains théoriciens se sont penchés sur l'utilisation du dossier et d'autres éléments contextuels pour compléter les motifs exposés par le décideur (voir, par exemple, Mullan, p. 69-74). Nous sommes quant à nous en faveur de la possibilité de compléter les motifs, car cette démarche va de pair avec l'approche souple qui sert à déterminer si la décision administrative doit ou non être motivée et tient compte « de la réalité quotidienne des organismes administratifs » (*Baker*, par. 44), laquelle se prête peut-être mal à la production de motifs « d'archives » s'apparentant aux décisions judiciaires (par. 40, citant Roderick A. Macdonald et David Lametti, « Reasons for Decision in Administrative Law » (1990), 3 *R.C.D.A.P.* 123).

[303] Afin de combler les lacunes que comporte la décision administrative dont elle est saisie, la cour de révision pourrait consulter, par exemple, le dossier des actes de procédure officiels, les documents portés à l'attention du décideur, les décisions antérieures de l'organisme administratif, ainsi que les politiques ou lignes directrices élaborées pour l'aider dans sa démarche (voir Matthew Lewans, « Renovating Judicial Review » (2017), 68 *R.D. U.N.-B.* 109, p. 137-138). Après avoir consulté ces documents, la cour sera peut-être davantage en mesure de comprendre, « par déduction », pourquoi un décideur administratif est parvenu à un certain résultat (*Baker*, par. 44; voir également *Williams Lake*, par. 37; *Mills c. Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal (Ont.)*, 2008 ONCA 436, 237 O.A.C. 71, par. 38-39). Il pourra aussi y trouver d'autres éléments contextuels qui viennent corroborer le raisonnement suivi par le décideur. Ces éléments pourraient démontrer, par exemple, que l'interprétation proposée par le décideur en ce qui concerne l'objet

2019 SCC 65 (CanLII)

(*Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 S.C.R. 3, at paras. 25-29). Reviewing the record can also yield responses to the specific challenges raised by an applicant on judicial review, responses that are "consistent with the process of reasoning" applied by the administrative decision-maker (*Igloo Vikski*, at para. 45). In these ways, reviewing courts may legitimately supplement written reasons without "supplant[ing] the analysis of the administrative body" (*Lukács*, at para. 24).

[304] The "adequacy" of reasons, in other words, is not "a stand-alone basis for quashing a decision" (*Newfoundland Nurses*, at para. 14). As this Court has repeatedly confirmed, reasons must instead "be read together with the outcome and serve the purpose of showing whether the result falls within a range of possible outcomes" (*Newfoundland Nurses*, at para. 14; *Halifax (Regional Municipality) v. Canada (Public Works and Government Services)*, [2012] 2 S.C.R. 108, at para. 44; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, [2013] 2 S.C.R. 559, at para. 52; *Williams Lake*, at para. 141, per Rowe J., dissenting, but not on this point). This approach puts substance over form in situations where the basis for a decision by a specialized administrative actor is evident on the record, but not clearly expressed in written reasons. Quashing decisions in such circumstances defeats the purpose of deference and thwarts access to justice by wasting administrative and judicial resources.

[305] In our view, therefore, if an applicant claims that an administrative decision-maker failed to address a relevant factor in reaching a decision, the reviewing court must consider the submissions and record before the decision-maker, and the materiality of any such omission to the decision rendered. An administrative decision-maker's failure, for example, to refer to a particular statutory provision or the full factual record before it does not automatically entitle a reviewing court to conduct a *de novo* assessment of the decision under review. The inquiry must remain focussed on whether the applicant has satisfied the

du mandat que lui a confié la loi trouve appui dans l'historique législatif de la disposition (*Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 3, par. 25-29). En consultant le dossier, la cour pourra également trouver des réponses aux arguments spécifiques invoqués par le demandeur au soutien de sa demande de contrôle judiciaire, c'est-à-dire des réponses qui « [vont] dans le même sens [que] le raisonnement suivi par le décideur » (*Igloo Vikski*, par. 45). Voilà comment les cours de révision peuvent légitimement compléter les motifs écrits sans « supplanter l'analyse de l'organisme administratif » (*Lukács*, par. 24).

[304] En d'autres termes, l'« insuffisance » des motifs « [ne] permet [pas] à elle seule de casser une décision » (*Newfoundland Nurses*, par. 14). Ainsi que notre Cour l'a affirmé à maintes reprises, les motifs doivent plutôt « être examinés en corrélation avec le résultat et ils doivent permettre de savoir si celui-ci fait partie des issues possibles » (*Newfoundland Nurses*, par. 14; *Halifax (Regional Municipality) c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [2012] 2 R.C.S. 108, par. 44; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 2 R.C.S. 559, par. 52; *Williams Lake*, par. 141, motifs dissidents du juge Rowe, mais non sur ce point). Cette approche privilégie le fond plutôt que la forme dans les situations où le fondement de la décision rendue par un acteur administratif spécialisé est évident au vu du dossier, mais n'est pas exposé clairement dans ses motifs écrits. L'annulation des décisions dans ces circonstances va à l'encontre de l'objet du principe de la déférence et fait entrave à l'accès à la justice en entraînant un gaspillage des ressources administratives et judiciaires.

[305] En conséquence, à notre avis, si le demandeur reproche au décideur administratif de ne pas avoir tenu compte d'un facteur pertinent pour en arriver à sa décision, la cour de révision doit examiner les arguments et le dossier dont le décideur était saisi, ainsi que l'importance relative de l'omission par rapport à la décision rendue. Si le décideur a omis, par exemple, de mentionner une disposition législative précise ou l'ensemble du dossier factuel complet porté à son attention, la cour de révision n'a pas automatiquement le droit de procéder à un examen *de novo* de la décision contestée. L'analyse

2019 SCC 65 (CanLII)

burden of showing that the omission renders the decision reached unreasonable.

[306] We acknowledge that respecting the line between reasonableness and correctness review has posed a particular challenge for judges when reviewing interpretation by administrative decision-makers of their statutory mandates. Judges routinely interpret statutes and have developed a template for how to scrutinize words in that context. But the same deferential approach we have outlined above must apply with equal force to statutory interpretation cases. When reviewing an administrative decision involving statutory interpretation, a court should not assess the decision by determining what, in its own view, would be a reasonable interpretation. Such an approach "imperils deference" (Paul Daly, "Unreasonable Interpretations of Law" (2014), 66 *S.C.L.R.* (2d) 233, at p. 250).

[307] We agree with Justice Evans that "once [a] court embarks on its own interpretation of the statute to determine the reasonableness of the tribunal's decision, there seems often to be little room for deference" (Evans, "Triumph of Reasonableness: But How Much Does It Really Matter?", at p. 109; see also *Mason*, at para. 34; Dyzenhaus, "Dignity in Administrative Law: Judicial Deference in a Culture of Justification", at p. 108; Daly, "Unreasonable Interpretations of Law", at pp. 254-55). We add that a *de novo* interpretation of a statute, conducted as a prelude to "deferential" review, necessarily omits a vital piece of the interpretive puzzle: the perspective of the front-line, specialized administrative body that routinely applies the statutory scheme in question (Dyzenhaus, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", at p. 304; Paul Daly, "Deference on Questions of Law" (2011), 74 *Mod. L. Rev.* 694). By placing that perspective at the heart of the judicial review inquiry, courts display respect for administrative specialization and expertise, and for the legislative choice to delegate certain questions to non-judicial bodies.

doit se limiter à déterminer si le demandeur s'est déchargé du fardeau qui lui incombait d'établir que l'omission rend la décision contestée déraisonnable.

[306] Nous reconnaissons qu'il est particulièrement difficile pour les juges de respecter la ligne de démarcation entre la norme de la décision raisonnable et celle de la décision correcte lorsqu'ils sont appelés à réviser l'interprétation que des décideurs administratifs ont donnée à leur mandat statutaire. Les juges interprètent quotidiennement des lois et ils ont mis au point une grille dont ils se servent pour analyser les mots dans ce contexte. Ils doivent toutefois conserver la même attitude de déférence dont nous avons déjà parlé lorsqu'ils interprètent une disposition législative. Lorsqu'elle révise une décision administrative portant sur l'interprétation d'une disposition législative, la cour de révision ne devrait pas évaluer la décision en tentant de déterminer l'interprétation qui, à son avis, serait raisonnable. Pareille attitude [TRADUCTION] « met en péril la déférence » (Paul Daly, « Unreasonable Interpretations of Law » (2014), 66 *S.C.L.R.* (2d) 233, p. 250).

[307] Nous convenons avec le juge Evans que [TRADUCTION] « dès lors que la cour se lance dans sa propre interprétation de la loi pour déterminer si la décision du tribunal administratif était raisonnable, il semble y avoir peu de place pour la déférence » (Evans, « Triumph of Reasonableness : But How Much Does It Really Matter? », p. 109; voir également *Mason*, par. 34; Dyzenhaus, « Dignity in Administrative Law : Judicial Deference in a Culture of Justification », p. 108; Daly, « Unreasonable Interpretations of Law », p. 254-255). Ajoutons qu'une interprétation *de novo* d'une loi, effectuée avant un contrôle effectué selon le principe de la déférence, occulte nécessairement un élément essentiel du processus d'interprétation : le point de vue de l'organisme administratif spécialisé qui applique régulièrement le régime législatif en question (Dyzenhaus, « Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », p. 304; Paul Daly, « Deference on Questions of Law » (2011), 74 *Mod. L. Rev.* 694). En plaçant ce point de vue au cœur de leur analyse, les cours de justice témoignent de leur respect à l'endroit des compétences et connaissances spécialisées des organismes administratifs ainsi qu'à l'égard du choix du législateur de déléguer le traitement de certaines questions à des organismes non judiciaires.

2019 SCC 65 (CanLII)

[308] Conversely, by imposing their own interpretation of a statutory provision, courts *undermine* legislative intent to confide a mandate to the decision-maker. Applying a statute will almost always require some interpretation, making the interpretive mandate of administrative decision-makers inherent to their legislative mandate. The decision-maker who applies the statute has primary responsibility for interpreting the provisions in order to carry out their mandate effectively.

[309] Administrative decision-makers performing statutory interpretation should therefore be permitted to be guided by their expertise and knowledge of the practical realities of their administrative regime. In many cases, the "ordinary meaning" of a word or term makes no sense in a specialized context. And in some settings, law and policy are so inextricably at play that they give the words of a statute a meaning unique to a particular specialized context (*National Corn Growers*, at p. 1336, per Wilson J., concurring; *Domtar Inc.*, at p. 800). Further, not only are statutory provisions sometimes capable of bearing more than one reasonable interpretation, they are sometimes drafted in general terms or with "purposeful ambiguity" in order to permit adaptation to future, unknown circumstances (see Felix Frankfurter, "Some Reflections on the Reading of Statutes" (1947), 47 *Colum. L. Rev.* 527, at p. 528). These considerations make it all the more compelling that reviewing courts avoid imposing judicial norms on administrative decision-makers or maintaining a dogmatic insistence on formalism. Where a decision-maker can explain its decision adequately, that decision should be upheld (Daly, "Unreasonable Interpretations of Law", at pp. 233-34, 250 and 254-55).

[310] Justice Brown's reasons in *Igloo Vikski* provide a useful illustration of a properly deferential approach to statutory interpretation. That case involved an interpretation of the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36, as it applies to hockey goaltender gloves. The Canada Border Services Agency had classified the

[308] À l'inverse, en imposant leur propre interprétation d'une disposition législative, les cours de justice *dénaturent* l'intention du législateur de confier un mandat au décideur. Dans presque tous les cas, il est nécessaire d'interpréter les dispositions d'une loi pour les appliquer, de sorte que le mandat que le législateur confie aux décideurs administratifs comporte foncièrement une fonction d'interprétation. Le décideur qui applique la loi est la principale personne chargée d'en interpréter les dispositions afin de s'acquitter efficacement de son mandat.

[309] Lorsqu'ils interprètent des dispositions législatives, les décideurs administratifs devraient donc être autorisés à tabler sur leur compétence spécialisée et sur la connaissance qu'ils ont des réalités pratiques de leur régime administratif. Assez souvent, les mots et les termes ont une signification tout à fait différente de leur « sens ordinaire » lorsqu'ils sont employés dans un domaine spécialisé. Dans certains cas, les règles de droit et les politiques sont si étroitement liées entre elles qu'elles confèrent aux mots d'une loi un sens unique qui est propre à un contexte particulier (*National Corn Growers*, p. 1336, motifs concordants de la juge Wilson; *Domtar Inc.*, p. 800). Qui plus est, non seulement les dispositions législatives peuvent-elles parfois se prêter à plusieurs interprétations raisonnables, mais elles peuvent aussi avoir été rédigées de manière générale ou [TRADUCTION] « délibérément ambiguë » afin de pouvoir être adaptées à des circonstances ultérieures inconnues (voir Felix Frankfurter, « Some Reflections on the Reading of Statutes » (1947), 47 *Colum. L. Rev.* 527, p. 528). Pour toutes ces raisons, il est impératif que les cours de révision évitent d'imposer des normes judiciaires aux décideurs administratifs ou d'insister de façon dogmatique sur le formalisme. Lorsque le décideur peut expliquer sa décision de manière adéquate, cette décision devrait être confirmée (Daly, « Unreasonable Interpretations of Law », p. 233-234, 250 et 254-255).

[310] Les motifs de la décision qu'a rendue le juge Brown dans l'affaire *Igloo Vikski* constituent un bon exemple d'une attitude de déférence à privilégier en matière d'interprétation législative. Cette affaire portait sur l'interprétation du *Tarif des douanes*, L.C. 1997, c. 36, à l'égard de gants de gardien de

2019 SCC 65 (CanLII)

gloves as "[g]loves, mittens [or] mitts". Igloo Vikski argued they should have been classified as sporting equipment. The Canadian International Trade Tribunal ("CITT") confirmed the initial classification. The Federal Court of Appeal reversed the decision.

[311] Acknowledging that the "specific expertise" of the CITT gave it the upper hand over a reviewing court with respect to certain questions of law, Justice Brown determined that the standard of review was reasonableness. Writing for seven other members of the Court, he carefully reviewed the reasons of the CITT and how it had engaged with Igloo Vikski's arguments before turning to the errors alleged by Igloo Vikski and the Federal Court of Appeal. Conceding that the CITT reasons lacked "perfect clarity", Justice Brown nevertheless concluded that the Tribunal's interpretation was reasonable. While he agreed with Igloo Vikski that an alternate interpretation to that given by the CITT was available, the inclusive language of the applicable statute was broad enough to accommodate the CITT's reasonable interpretation. By beginning with the reasons offered for the interpretation and turning to the challenges mounted against it in light of the surrounding context, *Igloo Vikski* provides an excellent example of respectful and properly deferential judicial review.

[312] We conclude our discussion of reasonableness review by addressing cases where reasons are neither required nor available for judicial review. In these circumstances, a reviewing court should remain focussed on whether the decision has been shown to be unreasonable. The reasonableness of the decision may be justified by past decisions of the administrative body (see *Edmonton East*, at paras. 38 and 44-46; *Alberta Teachers' Association*, at paras. 56-64). In other circumstances, reviewing courts may have to assess the reasonableness of the outcome in light of the procedural context surrounding the decision (see *Law Society of British Columbia v. Trinity Western University*, [2018] 2 S.C.R. 293,

but pour le hockey. L'Agence des services frontaliers du Canada avait classé les gants comme des « gants, mitaines et moufles ». Igloo Vikski soutenait qu'ils auraient dû être classés comme des articles de sport. Le Tribunal canadien du commerce extérieur (« TCCE ») a confirmé la classification initiale, mais la Cour d'appel fédérale a infirmé la décision.

[311] Reconnaissant que « l'expertise spécialisée » du TCCE donnait à celui-ci un avantage sur la cour de révision relativement à certaines questions de droit, le juge Brown a décidé que la norme de contrôle était celle de la décision raisonnable. S'exprimant au nom de sept autres membres de la Cour, il a soigneusement passé en revue les motifs de la décision du TCCE et la façon dont le Tribunal avait analysé les arguments d'Igloo Vikski, avant de se pencher sur les erreurs invoquées par celle-ci et par la Cour d'appel fédérale. Reconnaissant que les motifs de la décision du TCCE n'étaient pas « parfaitement limpides », le juge Brown a néanmoins conclu que l'interprétation du Tribunal était raisonnable. Tout en convenant avec Igloo Vikski qu'une autre interprétation que celle donnée par le TCCE était possible, il a précisé que, compte tenu de sa formulation générale, la loi applicable avait une portée suffisamment large pour englober l'interprétation raisonnable faite par le TCCE. L'arrêt *Igloo Vikski*, dans lequel le juge Brown résume d'abord les motifs exposés au soutien de l'interprétation, puis les arguments invoqués pour la contester, eu égard au contexte, représente un excellent exemple d'un contrôle judiciaire respectueux et empreint de la déférence souhaitable.

[312] Nous concluons notre examen du contrôle selon la norme de la raisonnabilité en passant aux situations dans lesquelles le décideur n'est pas tenu de motiver sa décision ou dans lesquelles il est impossible d'obtenir les motifs de la décision aux fins de contrôle judiciaire. En pareil cas, la cour de révision devrait s'en tenir à la question de savoir s'il a été établi que la décision est déraisonnable. Le caractère raisonnable de la décision peut être démontré à l'aide de décisions antérieures de l'organisme administratif (voir *Edmonton East*, par. 38, 44-46; *Alberta Teachers' Association*, par. 56-64). Dans d'autres cas, la cour de révision devra peut-être s'en remettre au contexte procédural entourant

2019 SCC 65 (CanLII)

at paras. 51-56; *Edmonton East*, at paras. 48-60; *Catalyst Paper Corp.*, at paras. 32-36). In all cases, the question remains whether the challenging party has demonstrated that a decision is unreasonable.

[313] In sum, reasonableness review is based on deference to administrative decision-makers and to the legislative intention to confide in them a mandate. Deference must inform the attitude of a reviewing court and the nature of its analysis: the court does not ask how it would have resolved the issue before the administrative decision-maker but instead evaluates whether the decision-maker acted reasonably. The reviewing court starts with the reasons offered for the administrative decision, read in light of the surrounding context and based on the grounds advanced to challenge the reasonableness of the decision. The reviewing court must remain focussed on the reasonableness of the decision viewed as a whole, in light of the record, and with attention to the materiality of any alleged errors to the decision-maker's reasoning process. By properly conducting reasonableness review, judges provide careful and meaningful oversight of the administrative justice system while respecting its legitimacy and the perspectives of its front-line, specialized decision-makers.

Application to Mr. Vavilov

[314] Alexander Vavilov challenges the Registrar of Citizenship's decision to cancel his citizenship certificate. The Registrar concluded that Mr. Vavilov was not a Canadian citizen, and therefore not entitled to a certificate of Canadian citizenship because, although he was born in Canada, his parents were "other representative[s] or employee[s] in Canada of a foreign government" within the meaning of s. 3(2)(a) of the *Citizenship Act*, R.S.C. 1985, c. C-29.

la décision pour apprécier le caractère raisonnable du résultat (voir *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, [2018] 2 R.C.S. 293, par. 51-56; *Edmonton East*, par. 48-60; *Catalyst Paper Corp.*, par. 32-36). Dans tous les cas, la question à trancher demeure celle de savoir si la partie qui conteste la décision a démontré que celle-ci est déraisonnable.

[313] En résumé, le contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable commande la déférence à l'égard des décideurs administratifs et le respect de l'intention du législateur de leur confier un mandat. La déférence doit éclairer l'attitude de la cour de révision et la nature de l'analyse qu'elle mènera : il ne s'agit pas pour elle de déterminer comment elle aurait tranché la question dont le décideur administratif était saisi, mais plutôt de se demander si celui-ci a agi de façon raisonnable. À cette fin, elle examine d'abord les motifs exposés au soutien de la décision administrative à la lumière du contexte et des arguments invoqués par la partie qui affirme qu'elle n'est pas raisonnable. La cour de révision doit faire porter son analyse principalement sur le caractère raisonnable de la décision examinée dans son ensemble, à la lumière du dossier, en tenant compte de la gravité des erreurs dont serait entaché le raisonnement du décideur. En appliquant comme il se doit la norme de la décision raisonnable lors du contrôle judiciaire des décisions contestées devant eux, les juges assurent une surveillance minutieuse et concrète du système de justice administrative tout en respectant la légitimité de celui-ci et le point de vue des décideurs spécialisés de première ligne.

Application à M. Vavilov

[314] Alexander Vavilov conteste la décision de la greffière de la citoyenneté d'annuler son certificat de citoyenneté. La greffière a conclu que M. Vavilov n'était pas un citoyen canadien et que, par conséquent, il n'avait pas droit à un certificat de citoyenneté canadienne parce que, même s'il est né au Canada, ses parents étaient [TRADUCTION] « représentant[s] ou au service d'un gouvernement étranger » au sens de l'al. 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. 1985, c. C-29.

2019 SCC 65 (CanLII)

[315] The first issue is the applicable standard of review. We agree with the majority that reasonableness applies.

[316] The second issue is whether the Registrar was reasonable in concluding that the exception to Canadian citizenship in s. 3(2)(a) applies not only to parents who enjoy diplomatic privileges and immunities, but also to intelligence agents of a foreign government. The onus is therefore on Mr. Vavilov to satisfy the reviewing court that the decision was unreasonable. In our view, he has met that onus.

[317] Mr. Vavilov was born in Canada in 1994. His Russian parents, Elena Vavilova and Andrey Bezrukov, entered Canada at some point prior to his birth, assumed the identities of two deceased Canadians and fraudulently obtained Canadian passports. After leaving Canada to live in France, Mr. Vavilov and his family moved to the United States. While in the United States, Mr. Vavilov's parents became American citizens under their assumed Canadian identities. Mr. Vavilov and his older brother also obtained American citizenship.

[318] In June 2010, agents of the United States Federal Bureau of Investigation arrested Mr. Vavilov's parents and charged them with conspiracy to act as unregistered agents of a foreign government and to commit money laundering. Mr. Vavilov's parents pleaded guilty to the conspiracy charges in July 2010 and were returned to Russia in a spy swap. Around the same time, Mr. Vavilov and his brother travelled to Russia. The American government subsequently revoked Mr. Vavilov's passport and citizenship. In December 2010, he was issued a Russian passport and birth certificate.

[319] From 2010 to 2013, Mr. Vavilov repeatedly sought a Canadian passport. In December 2011, he obtained an amended Ontario birth certificate, showing

[315] La première question à trancher est de savoir quelle est la norme de contrôle applicable. Nous convenons avec la majorité que la norme de la décision raisonnable s'applique.

[316] La seconde question à trancher est de savoir s'il était raisonnable pour la greffière de conclure que l'exception à la règle de la citoyenneté canadienne prévue à l'al. 3(2)a) s'appliquait non seulement aux parents qui bénéficient de privilèges et d'immunités diplomatiques, mais aussi aux agents du renseignement d'un gouvernement étranger. Il incombe donc à M. Vavilov de convaincre la cour de révision que la décision était déraisonnable. À notre avis, il s'est acquitté de ce fardeau.

[317] Monsieur Vavilov est né au Canada en 1994. Ses parents, Elena Vavilova et Andrey Bezrukov, des citoyens russes, sont entrés au Canada quelque temps avant sa naissance, ont usurpé l'identité de deux Canadiens décédés et ont obtenu frauduleusement des passeports canadiens. Après avoir quitté le Canada pour aller vivre en France, M. Vavilov et sa famille ont déménagé aux États-Unis. Pendant qu'ils se trouvaient aux États-Unis, les parents de M. Vavilov ont acquis la citoyenneté américaine grâce à leur fausse identité canadienne. Monsieur Vavilov et son frère aîné ont également obtenu la citoyenneté américaine.

[318] En juin 2010, des agents du Federal Bureau of Investigation des États-Unis ont arrêté les parents de M. Vavilov et les ont accusés de complot en vue d'agir en tant qu'agents non accrédités d'un gouvernement étranger et en vue de se livrer au blanchiment d'argent. Les parents de M. Vavilov ont plaidé coupable à des accusations de complot en juillet 2010 et ont été renvoyés en Russie dans le cadre d'un échange d'espions. Vers la même période, M. Vavilov et son frère se sont rendus en Russie. Le gouvernement américain a subséquemment révoqué le passeport et la citoyenneté de M. Vavilov, qui s'est vu délivrer, en décembre 2010, un passeport et un acte de naissance russes.

[319] De 2010 à 2013, M. Vavilov a tenté à de nombreuses reprises d'obtenir un passeport canadien. En décembre 2011, les autorités ontariennes lui

2019 SCC 65 (CanLII)

his parents' true names and places of birth. Using this birth certificate, Mr. Vavilov applied for and received a certificate of Canadian citizenship in January 2013. Relying on these certificates, Mr. Vavilov applied for an extension of his Canadian passport in early 2013. On July 18, 2013, the Registrar wrote to Mr. Vavilov, informing him that there was reason to believe the citizenship certificate had been erroneously issued and asking him for additional information.

[320] On April 22, 2014, Mr. Vavilov provided extensive written submissions to the Registrar. He argued that the narrow exception set out in s. 3(2) of the Act does not apply to him. Because he was born in Canada, he is entitled to Canadian citizenship. Mr. Vavilov also argued that the Registrar had failed to respect the requirements of procedural fairness.

[321] The Registrar wrote to Mr. Vavilov on August 15, 2014, cancelling his certificate of Canadian citizenship. In her view, because Mr. Vavilov met the two statutory restrictions in s. 3(2) of the Act, he was not a Canadian citizen. First, when Mr. Vavilov was born in Canada, neither of his parents were Canadian citizens or lawfully admitted to Canada for permanent residence. Second, as unofficial agents working for Russia's Foreign Intelligence Service, Mr. Vavilov's parents were "other representative[s] or employee[s] in Canada of a foreign government" within the meaning of s. 3(2)(a).

[322] The Federal Court ([2016] 2 F.C.R. 39) dismissed Mr. Vavilov's application for judicial review. It found that the Registrar had satisfied the requirements of procedural fairness and, applying a correctness standard, determined that the Registrar's interpretation of s. 3(2)(a) was correct. The Federal Court then reviewed the application of s. 3(2)(a) on a reasonableness standard and concluded that the Registrar had reasonably determined that Mr. Vavilov's parents were working in Canada as undercover agents of the Russian government at the time of his birth.

ont délivré un nouvel acte de naissance qui indiquait les vrais noms et lieux de naissance de ses parents. Sur la foi de cet acte de naissance, M. Vavilov a demandé et obtenu un certificat de citoyenneté canadienne en janvier 2013. À l'aide de ces documents, M. Vavilov a demandé la prolongation du délai de validité de son passeport canadien au début de l'année 2013. Le 18 juillet 2013, la greffière a écrit à M. Vavilov pour l'informer qu'il y avait lieu de croire que son certificat de citoyenneté avait été délivré par erreur et l'a invité à fournir des renseignements supplémentaires.

[320] Le 22 avril 2014, M. Vavilov a fait parvenir à la greffière de longues observations écrites dans lesquelles il soutenait que l'exception restreinte prévue au par. 3(2) de la Loi ne s'appliquait pas à lui. Comme il était né au Canada, il avait droit à la citoyenneté canadienne. Monsieur Vavilov a également fait valoir que la greffière n'avait pas respecté les exigences de l'équité procédurale.

[321] Dans une lettre datée du 15 août 2014, la greffière a informé M. Vavilov qu'elle annulait son certificat de citoyenneté canadienne. À son avis, étant donné que M. Vavilov tombait sous le coup des deux restrictions énoncées au par. 3(2) de la Loi, il n'était pas un citoyen canadien. En premier lieu, lorsque M. Vavilov est né au Canada, ses parents n'avaient qualité ni de citoyens canadiens ni de résidents permanents. En second lieu, à titre d'agents non officiels travaillant pour le Service des renseignements extérieurs russe, les parents de M. Vavilov étaient [TRADUCTION] « représentant[s] ou au service d'un gouvernement étranger » au sens de l'al. 3(2)a).

[322] La Cour fédérale ([2016] 2 R.C.F. 39) a rejeté la demande de contrôle judiciaire de M. Vavilov. Elle a conclu que la greffière avait respecté les exigences de l'équité procédurale et, appliquant la norme de la décision correcte, elle a jugé que la greffière avait interprété correctement l'al. 3(2)a). La Cour fédérale a par la suite examiné l'application de cet alinéa selon la norme de la décision raisonnable et jugé qu'il était raisonnable de la part de la greffière de conclure que les parents de M. Vavilov travaillaient au Canada en qualité d'agents d'infiltration du gouvernement russe au moment de sa naissance.

2019 SCC 65 (CanLII)

[323] The Federal Court of Appeal ([2018] 3 F.C.R. 75) allowed the appeal and quashed the Registrar's decision to cancel Mr. Vavilov's citizenship certificate. Writing for the majority, Stratas J.A. agreed that the requirements of procedural fairness were met but held that the Registrar's interpretation of s. 3(2)(a) was unreasonable. In his view, only those who enjoy diplomatic privileges and immunities fall within the exception to citizenship found in s. 3(2)(a). Justice Stratas reached this conclusion after considering the context and purpose of the provision, its legislative history and international law principles related to citizenship and diplomatic privileges and immunities.

[324] As a general rule, administrative decisions are to be judicially reviewed for reasonableness. None of the correctness exceptions apply to the Registrar's interpretation of the Act in this case. As such, the standard of review is reasonableness.

[325] The following provisions of the *Citizenship Act* are relevant to this appeal:

Persons who are citizens

3 (1) Subject to this Act, a person is a citizen if

(a) the person was born in Canada after February 14, 1977;

. . .

Not applicable to children of foreign diplomats, etc.

(2) Paragraph (1)(a) does not apply to a person if, at the time of his birth, neither of his parents was a citizen or lawfully admitted to Canada for permanent residence and either of his parents was

(a) a diplomatic or consular officer or other representative or employee in Canada of a foreign government;

[323] La Cour d'appel fédérale ([2018] 3 R.C.F. 75) a fait droit à l'appel et a cassé la décision par laquelle la greffière avait annulé le certificat de citoyenneté de M. Vavilov. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Stratas a reconnu que les exigences de l'équité procédurale avaient été respectées, mais a estimé que l'interprétation donnée à l'al. 3(2)a) par la greffière n'était pas raisonnable. À son avis, seules les personnes qui jouissent de privilèges et d'immunités diplomatiques étaient visées par l'exception prévue à l'al. 3(2)a). Le juge Stratas est parvenu à cette conclusion après avoir examiné le contexte et l'objet de la disposition, son origine législative et les principes du droit international relatifs à la citoyenneté et aux privilèges et immunités diplomatiques.

[324] En règle générale, il faut contrôler judiciairement les décisions administratives pour juger de leur caractère raisonnable. Aucune des exceptions justifiant le recours à la norme de la décision correcte ne s'applique à l'interprétation par la greffière de la Loi en espèce. En conséquence, la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable.

[325] Les dispositions suivantes de la *Loi sur la citoyenneté* sont pertinentes en l'espèce :

Citoyens

3 (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, a qualité de citoyen toute personne :

a) née au Canada après le 14 février 1977;

. . .

Inapplicabilité aux enfants de diplomates étrangers, etc.

(2) L'alinéa (1)a) ne s'applique pas à la personne dont, au moment de la naissance, les parents n'avaient qualité ni de citoyens ni de résidents permanents et dont le père ou la mère était :

a) agent diplomatique ou consulaire, représentant à un autre titre ou au service au Canada d'un gouvernement étranger;

2019 SCC 65 (CanLII)

(b) an employee in the service of a person referred to in paragraph (a); or

(c) an officer or employee in Canada of a specialized agency of the United Nations or an officer or employee in Canada of any other international organization to whom there are granted, by or under any Act of Parliament, diplomatic privileges and immunities certified by the Minister of Foreign Affairs to be equivalent to those granted to a person or persons referred to in paragraph (a).

The general rule embodied in s. 3(1)(a) of the Act is that persons born in Canada are Canadian citizens. Section 3(2) sets out an exception to this rule. As such, if s. 3(2) applies to Mr. Vavilov, he was never a Canadian citizen.

[326] The specific issue in this case is whether the Registrar's interpretation of the statutory exception to citizenship was reasonable. Reasonableness review entails deference to the decision-maker, and we begin our analysis by examining the reasons offered by the Registrar in light of the context and the grounds argued.

[327] In this case, the Registrar's letter to Mr. Vavilov summarized the key points underlying her decision. In concluding that Mr. Vavilov was not entitled to Canadian citizenship, the Registrar adopted the recommendations of an analyst employed by Citizenship and Immigration Canada. As such, the analyst's report properly forms part of the reasons supporting the Registrar's decision.

[328] The analyst's report sought to answer the question of whether Mr. Vavilov was erroneously issued a certificate of Canadian citizenship. The report identifies the key question in this case as being whether either of Mr. Vavilov's parents was a "representative" or "employee" of a foreign government within the meaning of s. 3(2)(a). Much of the report relates to matters not disputed in this appeal, including the legal status of Mr. Vavilov's parents

b) au service d'une personne mentionnée à l'alinéa a);

c) fonctionnaire ou au service, au Canada, d'une organisation internationale — notamment d'une institution spécialisée des Nations Unies — bénéficiant sous le régime d'une loi fédérale de privilèges et immunités diplomatiques que le ministre des Affaires étrangères certifie être équivalents à ceux dont jouissent les personnes visées à l'alinéa a).

Suivant la règle générale énoncée à l'al. 3(1)a) de la Loi, les personnes nées au Canada ont qualité de citoyens canadiens. Le paragraphe 3(2) prévoit une exception à cette règle, de sorte que, si cette disposition s'applique à M. Vavilov, celui-ci n'a jamais été citoyen canadien.

[326] La question précise à trancher en l'espèce est de savoir si l'interprétation que la greffière a donnée à l'exception prévue par la Loi à la règle de la citoyenneté était raisonnable. Le contrôle effectué en fonction de la norme de la décision raisonnable commande la déférence à l'endroit du décideur et nous débutons notre analyse en examinant les motifs invoqués par la greffière à la lumière du contexte et des moyens plaidés.

[327] Dans le cas qui nous occupe, la greffière a résumé, dans la lettre qu'elle a adressée à M. Vavilov, les principaux motifs à l'appui de sa décision. En concluant que M. Vavilov n'avait pas droit à la citoyenneté canadienne, la greffière a fait sienne les recommandations d'une analyste qui travaillait pour Citoyenneté et Immigration Canada. Ce rapport fait partie à juste titre des motifs à l'appui de la décision de la greffière.

[328] Dans son rapport, l'analyste a tenté de répondre à la question de savoir si un certificat de citoyenneté canadienne avait été délivré par erreur à M. Vavilov. Elle a également précisé que la question clé à trancher en l'espèce était celle de savoir si le père ou la mère de M. Vavilov était un « représentant à un autre titre ou au service » d'un gouvernement étranger au sens de l'al. 3(2)a). Une bonne partie du rapport traite de questions qui ne sont pas contestées

2019 SCC 65 (CanLII)

in Canada and their employment as Russian intelligence agents.

[329] The analyst began her analysis with the text of s. 3(2)(a). In concluding that the provision operates to deny Mr. Vavilov Canadian citizenship, she set out two textual arguments. First, she compared the current version of s. 3(2)(a) to an earlier iteration of the exception found in s. 5(3) of the *Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1970, c. C-19:

Not applicable to children of foreign diplomats, etc.

(3) Subsection (1) does not apply to a person if, at the time of that person's birth, his responsible parent

(*a*) is an alien who has not been lawfully admitted to Canada for permanent residence; and

(*b*) is

(i) a foreign diplomatic or consular officer or a representative of a foreign government accredited to Her Majesty,

(ii) an employee of a foreign government attached to or in the service of a foreign diplomatic mission or consulate in Canada, or

(iii) an employee in the service of a person referred to in subparagraph (i).

[330] The analyst stated that the removal of references to official accreditation or a diplomatic mission indicate that the previous exception was narrower than s. 3(2)(a). She then pointed out that the definition of "diplomatic or consular officer" in s. 35(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, clearly associates these individuals with diplomatic positions. Because the current version of s. 3(2)(a) does not link "other representative or employee in Canada of a foreign government" to a diplomatic mission, the analyst determined "it is reasonable to maintain

dans le présent pourvoi, dont celle du statut juridique des parents de M. Vavilov au Canada et de leur emploi comme agents du renseignement russes.

[329] L'analyste a débuté son analyse par un examen du libellé de l'al. 3(2)a). Pour conclure que cette disposition avait pour effet d'empêcher M. Vavilov d'obtenir la citoyenneté canadienne, elle a invoqué deux arguments tirés du texte. D'abord, elle a comparé la version actuelle de l'al. 3(2)a) actuel à une version antérieure de l'exception énoncée au par. 5(3) de la *Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.R.C. 1970, c. C-19 :

Ne s'applique pas aux enfants de diplomates étrangers, etc.

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à une personne si, au moment de la naissance de cette personne, son parent responsable

a) était un étranger n'ayant pas été licitement admissibilité au Canada pour y résider en permanence; et

b) était

(i) un agent diplomatique ou consulaire étranger ou un représentant d'un gouvernement étranger accrédité auprès de Sa Majesté,

(ii) un employé d'un gouvernement étranger, attaché à une mission diplomatique ou à un consulat au Canada, ou au service d'une telle mission ou d'un tel consulat, ou

(iii) un employé au service d'une personne mentionnée au sous-alinéa (i).

[330] L'analyste a affirmé que la suppression des mentions d'accréditation officielle et de mission diplomatique permettait de penser que l'ancienne exception avait une portée plus étroite que l'exception actuelle prévue à l'al. 3(2)a). Elle a ensuite souligné que la définition du terme « agent diplomatique ou consulaire » figurant au par. 35(1) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, associe clairement cette personne à un poste diplomatique. Étant donné que la version actuelle de l'al. 3(2)a) n'associe pas les « représentant[s] à un autre titre ou au service au

2019 SCC 65 (CanLII)

that this provision intends to encompass individuals not included in the definition of 'diplomatic and consular staff.'" Finally, the analyst stated that the phrase "other representative or employee in Canada of a foreign government" has not been previously interpreted by a court.

[331] Beyond the analyst's report, there is little in the record to supplement the Registrar's reasons. There is no evidence about whether the Registrar has previously applied this provision to individuals like Mr. Vavilov, whose parents did not enjoy diplomatic privileges and immunities. Neither does there appear to be any internal policy, guideline or legal opinion to guide the Registrar in making these types of decisions.

[332] In challenging the Registrar's decision, Mr. Vavilov bears the onus of demonstrating why it is not reasonable. Before this Court, Mr. Vavilov submitted that the analyst focussed solely on the text of the exception to citizenship. In his view, had the broader objectives of s. 3(2)(a) been considered, the analyst would have concluded that "other representative" or "employee" only applies to individuals who benefit from diplomatic privileges and immunities.

[333] In his submissions before the Registrar, Mr. Vavilov offered three reasons why the text of s. 3(2) must be read against the backdrop of Canadian and international law relating to the roles and functions of diplomats.

[334] First, Mr. Vavilov explained that s. 3(2)(a) should be read in conjunction with the *Foreign Missions and International Organizations Act*, S.C. 1991, c. 41 ("*FMIOA*"). This statute incorporates into Canadian law aspects of the *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Can. T.S. 1966 No. 29, Sched. I to the *FMIOA*, and the *Vienna Convention on Consular*

Canada d'un gouvernement étranger » à une mission diplomatique, l'analyste a conclu [TRADUCTION] « [qu']il est raisonnable de soutenir que cette disposition est censée englober les personnes qui ne sont pas visées par la définition du terme "[personnel] diplomatique et consulaire" ». Enfin, l'analyste a souligné que l'expression « représentant à un autre titre ou au service au Canada d'un gouvernement étranger » n'avait pas encore été interprétée par les cours.

[331] Hormis le rapport de l'analyste, le dossier renferme peu d'éléments étoffant les motifs de la greffière. Il n'y a aucun élément de preuve permettant de savoir si la greffière a déjà appliqué cette disposition à des personnes comme M. Vavilov, dont les parents ne jouissaient pas de privilèges ou d'immunités diplomatiques. Il ne semble pas y avoir non plus de politiques, de lignes directrices ou d'avis juridiques internes qui auraient pu aider la greffière à prendre ce type de décision.

[332] Pour contester la décision de la greffière, il incombe à M. Vavilov de démontrer pourquoi cette décision n'est pas raisonnable. Devant notre Cour, M. Vavilov a soutenu que l'analyste s'est fondée uniquement sur le texte de l'exception à la règle de la citoyenneté. De l'avis de M. Vavilov, si l'analyste avait tenu compte des objectifs plus larges de l'al. 3(2)a), elle aurait conclu que les mots « représentant » et « au service » ne s'appliquent qu'aux personnes qui jouissent de privilèges et d'immunités diplomatiques.

[333] Dans les arguments qu'il a présentés à la greffière, M. Vavilov a invoqué trois raisons pour lesquelles le libellé du par. 3(2) devait être interprété à la lumière des règles du droit canadien et du droit international concernant le rôle et les fonctions des diplomates.

[334] D'abord, M. Vavilov a expliqué que l'al. 3(2)a) devrait être interprété en corrélation avec la *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales*, L.C. 1991, c. 41 (la *LMEOI*). Cette loi incorpore en droit canadien des aspects de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, R.T. Can. 1966, nº 29, ann. I de la *LMEOI*, et de la *Convention de*

2019 SCC 65 (CanLII)

Relations, Can. T.S. 1974 No. 25, Sched. II to the *FMIOA*, which deal with diplomatic privileges and immunities. He submitted that s. 3(2) denies citizenship to children of diplomats because diplomatic privileges and immunities, including immunity from criminal prosecution and civil liability, are inconsistent with the duties and responsibilities of a citizen. Because Mr. Vavilov's parents did not enjoy such privileges and immunities, there would be no purpose in excluding their children born in Canada from becoming Canadian citizens.

[335] Second, Mr. Vavilov provided the Registrar with Hansard committee meeting minutes such as the comments of the Hon. J. Hugh Faulkner, Secretary of State, when introducing the amendments to s. 3(2), who explained that the provision had been redrafted to narrow the exception to citizenship.

[336] Third, Mr. Vavilov cited case law, arguing that: (i) the exception to citizenship should be narrowly construed because it takes away substantive rights (*Brossard (Town) v. Quebec Commission des droits de la personne*, [1988] 2 S.C.R. 279, at p. 307); (ii) s. 3(2)(a) must be interpreted functionally and purposively (*Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539, at para. 8); and (iii) because Mr. Vavilov's parents were not immune from criminal or civil proceedings, they fall outside the scope of s. 3(2) (*Greco v. Holy See (State of the Vatican City)*, [1999] O.J. No. 2467 (QL) (S.C.J.); *R. v. Bonadie* (1996), 109 C.C.C. (3d) 356 (Ont. C.J.); *Al-Ghamdi v. Canada (Minister of Foreign Affairs and International Trade)* (2007), 64 Imm. L.R. (3d) 67 (F.C.)).

[337] The Federal Court's decision in *Al-Ghamdi*, a case which challenged the constitutionality of s. 3(2)(a), was particularly relevant. In that case, Shore J. wrote that s. 3(2)(a) only applies to the "children of individuals with diplomatic status" (paras. 5 and 65). Justice Shore also stated that "[i]t is precisely because of the vast array of privileges

Vienne sur les relations consulaires, R.T. Can. 1974, nº 25, ann. II de la *LMEOI*, qui portent sur les privilèges et immunités diplomatiques. Monsieur Vavilov a soutenu que le par. 3(2) empêchait les enfants de diplomates d'acquérir la citoyenneté, parce que les privilèges et immunités diplomatiques, y compris l'immunité contre les poursuites criminelles et la responsabilité civile, étaient incompatibles avec les obligations et les responsabilités de la citoyenneté. Étant donné que les parents de M. Vavilov ne bénéficiaient pas de privilèges et d'immunités de cette nature, il ne servirait à rien d'empêcher leurs enfants nés au Canada de devenir des citoyens canadiens.

[335] En deuxième lieu, M. Vavilov a remis à la greffière des procès-verbaux de réunions de comités publiés dans le Hansard, comme les explications qu'avait données l'hon. J. Hugh Faulkner, secrétaire d'État, lors du dépôt des modifications proposées au par. 3(2), et selon lesquelles le législateur avait récrit la disposition afin de limiter la portée de l'exception à la règle de la citoyenneté.

[336] En troisième lieu, M. Vavilov a cité des décisions judiciaires pour soutenir : (i) que l'exception à la règle de la citoyenneté devrait être interprétée de façon restrictive, parce qu'elle supprime des droits substantiels (*Brossard c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 279, p. 307), (ii) que l'al. 3(2)a) devait recevoir une interprétation fonctionnelle et fondée sur son objet (*Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539, par. 8), et (iii) que, étant donné que les parents de M. Vavilov ne bénéficiaient pas de l'immunité à l'égard des poursuites criminelles et civiles, ils n'étaient pas visés par le par. 3(2) (*Greco c. Holy See (State of the Vatican City)*, [1999] O.J. No. 2467 (QL) (C.S.J.); *R. c. Bonadie* (1996), 109 C.C.C. (3d) 356 (C.J. Ont.); *Al-Ghamdi c. Canada (Ministre des Affaires étrangères et du Commerce international*), 2007 CF 559).

[337] La décision que la Cour fédérale a rendue dans l'affaire *Al-Ghamdi*, qui portait sur la constitutionnalité de l'al. 3(2)a), est particulièrement pertinente. Dans cette décision, le juge Shore a écrit en effet que l'al. 3(2)a) s'appliquait uniquement aux « enfants de personnes ayant le statut diplomatique » (par. 5 et 65). Le juge Shore a ajouté ce qui suit :

2019 SCC 65 (CanLII)

accorded to diplomats and their families, which are by their very nature inconsistent with the obligations of citizenship, that a person who enjoys diplomatic status cannot acquire citizenship" (para. 63).

[338] The Registrar's reasons failed to respond to Mr. Vavilov's extensive and compelling submissions about the objectives of s. 3(2)(a). It appears that the analyst misunderstood Mr. Vavilov's arguments on this point. In discussing the scope of s. 3(2), she wrote, "[c]ounsel argues that CIC [Citizenship and Immigration Canada] cannot invoke subsection 3(2) because CIC has not requested or obtained verification with the Foreign Affairs Protocol to prove that [Mr. Vavilov's parents] held diplomatic or consular status with the Russian Federation while they resided in Canada." It thus appears that the analyst did not recognize that Mr. Vavilov's argument was more fundamental in nature — namely, that the objectives of s. 3(2) require the terms "other representative" and "employee" to be read narrowly. During discovery, in fact, the analyst acknowledged that her research did not reveal a policy purpose behind s. 3(2)(a) or why the phrase "other representative or employee" was included in the Act. It also appears that the analyst did not understand the potential relevance of the *Al-Ghamdi* decision, since her report stated that "[t]he jurisprudence that does exist only relates to individuals whose parents maintained diplomatic status in Canada at the time of their birth."

[339] The Registrar, in the end, interpreted s. 3(2)(a) broadly, based on the analyst's purely textual assessment of the provision, including a comparison with the text of the previous version. This reading of "other representative or employee" was only reasonable if the text is read in isolation from its objective. Nothing in the history of this provision indicates that Parliament intended to widen its scope. Rather, as Mr. Vavilov points out, the modifications made to

« [c]'est précisément en raison de la vaste gamme de privilèges dont jouissent les diplomates et leur famille, privilèges qui sont de par leur nature même incompatibles avec les obligations de la citoyenneté, qu'une personne qui jouit du statut diplomatique ne peut acquérir la citoyenneté » (par. 63).

[338] Dans ses motifs, la greffière n'a pas répondu aux arguments abondants et convaincants que M. Vavilov a invoqués au sujet des objectifs de l'al. 3(2)a). Il semble que l'analyste ait mal compris les arguments de M. Vavilov sur ce point. Commentant la portée du par. 3(2), l'analyste s'est exprimée comme suit : [TRADUCTION] « l'avocat soutient que [Citoyenneté et Immigration Canada] ne peut invoquer le par. 3(2), parce que le Ministère n'a pas demandé ou obtenu une vérification auprès du Bureau du protocole d'Affaires étrangères afin de prouver que les parents de M. Vavilov détenaient un statut diplomatique ou consulaire auprès de la Fédération russe pendant qu'ils résidaient au Canada ». Il semble donc que l'analyste n'a pas reconnu que l'argument de M. Vavilov revêtait un caractère plus fondamental, soit que les objectifs du par. 3(2) exigent une interprétation restrictive des mots « représentant » et « au service ». Pendant son interrogatoire préalable, l'analyste a effectivement reconnu que sa recherche ne lui avait pas permis de déterminer l'objectif de politique générale qui sous-tend l'al. 3(2)a) ou les raisons pour lesquelles les mots « représentant » et « au service » avaient été inclus dans la Loi. Il semble également que l'analyste n'ait pas saisi la pertinence possible de la décision *Al-Ghamdi*, étant donné qu'elle a mentionné dans son rapport que [TRADUCTION] « les décisions rendues jusqu'à maintenant concernent uniquement les personnes dont, au moment de la naissance, les parents détenaient un statut diplomatique au Canada ».

[339] En fin de compte, la greffière a donné une interprétation large à l'al. 3(2)a) en se fondant sur l'analyse purement textuelle que l'analyste en avait faite, notamment en le comparant avec le texte de la version antérieure. Cette interprétation des mots « représentant à un autre titre ou au service » n'était raisonnable que si l'on examinait le texte en faisant abstraction de son objectif. L'historique de la disposition n'indique nullement que le législateur fédéral

2019 SCC 65 (CanLII)

s. 3(2) in 1976 appear to mirror those embodied in the *Vienna Convention on Diplomatic Relations* and the *Vienna Convention on Consular Relations*, which were incorporated into Canadian law in 1977. The judicial treatment of this provision, in particular the statements in *Al-Ghamdi* about the narrow scope of s. 3(2)(a) and the inconsistency between diplomatic privileges and immunities and citizenship, also points to the need for a narrow interpretation of the exception to citizenship.

[340] In addition, as noted by the majority of the Federal Court of Appeal, the text of s. 3(2)(c) can be seen as undermining the Registrar's interpretation. That provision denies citizenship to children born to individuals who enjoy "diplomatic privileges and immunities certified by the Minister of Foreign Affairs to be equivalent to those granted to a person or persons referred to in paragraph (a)". As Stratas J.A. noted, this language suggests that s. 3(2)(a) covers *only* those "employee[s] in Canada of a foreign government" who have diplomatic privileges and immunities.

[341] By ignoring the objectives of the provision, the Registrar rendered an unreasonable decision. In particular, the arguments supporting a reading of s. 3(2) that is restricted to those who have diplomatic privileges and immunities, likely would have changed the outcome in this case.

[342] Mr. Vavilov has satisfied us that the Registrar's decision is unreasonable. As a result, the Court of Appeal properly quashed the Registrar's decision to cancel Mr. Vavilov's citizenship certificate, and he is thus entitled to a certificate of Canadian citizenship.

[343] We would therefore dismiss the appeal with costs to Mr. Vavilov throughout.

avait l'intention d'en élargir le champ d'application. Ainsi que le souligne M. Vavilov, les modifications apportées au par. 3(2) en 1976 semblent plutôt refléter celles qui ont été intégrées dans la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques* et dans la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, toutes deux incorporées en droit canadien en 1977. La façon dont les cours ont interprété cette disposition, notamment les remarques formulées dans la décision *Al-Ghamdi* au sujet de la portée restreinte de l'al. 3(2)a) et de l'incompatibilité entre la citoyenneté et les privilèges et immunités diplomatiques, indique elle aussi qu'il faut interpréter restrictivement l'exception à la règle de la citoyenneté.

[340] Qui plus est, ainsi que l'a fait remarquer la majorité de la Cour d'appel fédérale, le libellé de l'al. 3(2)c) peut être perçu comme sapant l'interprétation de la greffière. Cette disposition nie le droit à la citoyenneté aux enfants nés de personnes bénéficiant de « privilèges et immunités diplomatiques que le ministre des Affaires étrangères certifie être équivalents à ceux dont jouissent les personnes visées à l'alinéa a) ». Ainsi que l'a souligné le juge Stratas, ce texte laisse croire que l'al. 3(2)a) *ne* vise donc *que* les personnes « au service au Canada d'un gouvernement étranger » qui jouissent de privilèges et immunités diplomatiques.

[341] En ignorant les objectifs de la disposition, la greffière a rendu une décision déraisonnable. Plus précisément, la prise en compte des arguments appuyant une interprétation selon laquelle le par. 3(2) s'applique uniquement aux personnes jouissant de privilèges et d'immunités diplomatiques aurait vraisemblablement modifié l'issue de l'affaire.

[342] Monsieur Vavilov nous a convaincues que la décision de la greffière est déraisonnable. En conséquence, la Cour d'appel a cassé à bon droit la décision par laquelle la greffière avait annulé le certificat de citoyenneté de M. Vavilov, qui a donc droit à un certificat de citoyenneté canadienne.

[343] Par conséquent, nous rejetterions le pourvoi avec dépens devant toutes les cours en faveur de M. Vavilov.

2019 SCC 65 (CanLII)

Appeal dismissed with costs throughout.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitors for the respondent: Jackman Nazami & Associates, Toronto; University of Windsor — Faculty of Law, Windsor.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Canadian Council for Refugees: The Law Office of Jamie Liew, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Advocacy Centre for Tenants Ontario - Tenant Duty Counsel Program: Advocacy Centre for Tenants Ontario, Toronto.

Solicitor for the interveners the Ontario Securities Commission, the British Columbia Securities Commission and the Alberta Securities Commission: Ontario Securities Commission, Toronto.

Solicitor for the intervener Ecojustice Canada Society: Ecojustice Canada Society, Toronto.

Solicitor for the interveners the Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal (Ontario), the Workers' Compensation Appeals Tribunal (Northwest Territories and Nunavut), the Workers' Compensation Appeals Tribunal (Nova Scotia), the Appeals

Pourvoi rejeté avec dépens dans toutes les juridictions.

Procureur de l'appelant : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Jackman Nazami & Associates, Toronto; University of Windsor — Faculty of Law, Windsor.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés : The Law Office of Jamie Liew, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le Centre ontarien de défense des droits des locataires - Programme d'avocats de service en droit du logement : Centre ontarien de défense des droits des locataires, Toronto.

Procureur des intervenantes la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, British Columbia Securities Commission et Alberta Securities Commission : Ontario Securities Commission, Toronto.

Procureur de l'intervenante Ecojustice Canada Society : Ecojustice Canada Society, Toronto.

Procureur des intervenants le Tribunal d'appel de la sécurité professionnelle et de l'assurance contre les accidents du travail (Ontario), Workers' Compensation Appeals Tribunal (Territoires du Nord-Ouest et Nunavut), le Tribunal d'appel des décisions de la

2019 SCC 65 (CanLII)

Commission for Alberta Workers' Compensation and the Workers' Compensation Appeals Tribunal (New Brunswick): Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia International Commercial Arbitration Centre Foundation: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Council of Canadian Administrative Tribunals: Lax O'Sullivan Lisus Gottlieb, Toronto.

Solicitors for the interveners the National Academy of Arbitrators, the Ontario Labour-Management Arbitrators' Association and Conférence des arbitres du Québec: Susan L. Stewart, Toronto; Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto; Rae Christen Jeffries, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Goldblatt Partners, Toronto.

Solicitors for the intervener the National Association of Pharmacy Regulatory Authorities: Shores Jardine, Edmonton.

Solicitors for the intervener Queen's Prison Law Clinic: Stockwoods, Toronto.

Solicitors for the intervener Advocates for the Rule of Law: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Parkdale Community Legal Services: Parkdale Community Legal Services, Toronto.

Solicitors for the intervener the Cambridge Comparative Administrative Law Forum: Cambridge University — The Faculty of Law, Cambridge, U.K.; White & Case, Washington, D.C.

Solicitors for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: Caza Saikaley, Ottawa.

Commission des accidents du travail de la Nouvelle-Écosse, Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation et le Tribunal d'appel des accidents au travail (Nouveau-Brunswick) : Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal, Toronto.

Procureurs de l'intervenante British Columbia International Commercial Arbitration Centre Foundation : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Conseil des tribunaux administratifs canadiens : Lax O'Sullivan Lisus Gottlieb, Toronto.

Procureurs des intervenantes National Academy of Arbitrators, Ontario Labour-Management Arbitrators' Association et la Conférence des arbitres du Québec : Susan L. Stewart, Toronto; Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto; Rae Christen Jeffries, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Goldblatt Partners, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association nationale des organismes de réglementation de la pharmacie : Shores Jardine, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Queen's Prison Law Clinic : Stockwoods, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Advocates for the Rule of Law : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureur de l'intervenant Parkdale Community Legal Services : Parkdale Community Legal Services, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Cambridge Comparative Administrative Law Forum : Cambridge University — The Faculty of Law, Cambridge, R.-U.; White & Case, Washington, D.C.

Procureurs de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Caza Saikaley, Ottawa.

2019 SCC 65 (CanLII)

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Gowling WLG (Canada), Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Gowling WLG (Canada), Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers: Centre for Criminology & Sociolegal Studies — University of Toronto, Toronto; Legal Aid Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés : Centre for Criminology & Sociolegal Studies — University of Toronto, Toronto; Legal Aid Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Community & Legal Aid Services Programme: Community & Legal Aid Services Programme, Toronto.

Procureur de l'intervenant Community & Legal Aid Services Programme : Community & Legal Aid Services Programme, Toronto.

Solicitors for the intervener Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration: Nguyen, Tutunjian & Cliche-Rivard, Montréal; Hadekel Shams, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration : Nguyen, Tutunjian & Cliche-Rivard, Montréal; Hadekel Shams, Montréal.

Solicitors for the intervener the First Nations Child & Family Caring Society of Canada: Stikeman Elliott, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada : Stikeman Elliott, Ottawa.

2019 SCC 65 (CanLII)

3

A-324-19 (lead file)
A-325-19
A-326-19
A-327-19
2020 FCA 34

Coldwater Indian Band, Squamish Nation, Tsleil-Waututh Nation, and **Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten, Yakweakwioose** (*Applicants*)

v.

Attorney General of Canada, Trans Mountain Pipeline ULC and **Trans Mountain Corporation** (*Respondents*)

and

Attorney General of Alberta, Attorney General of Saskatchewan and Canadian Energy Regulator (*Interveners*)

Indexed as: Coldwater First Nation v. Canada (Attorney General)

Federal Court of Appeal, Noël C.J., Pelletier and Laskin JJ.A.—Vancouver, December 16–18, 2019; Ottawa, February 4, 2020.

Aboriginal Peoples — Duty to consult — Judicial review challenging second approval of Trans Mountain Pipeline Expansion Project (Project) by Governor in Council (GIC) — Approval challenged on environmental grounds, Crown's alleged continued failure to fulfil its duty to consult — Project first approved in 2016 — Successfully challenged in Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General) (TWN 2018) — GIC approving Project for second time in June 2019 (Order in Council P.C. 2019-820) — GIC considering that consultation efforts made after TWN 2018 adequately remedying identified flaws, sufficient to meet duty to consult — Applicants submitting that Project could not be approved until all concerns resolved, including impact on aquifer, risk of spills of diluted bitumen, marine shipping — Applicants also contending, inter alia, that Canada having to engage in R. v. Sparrow-type justification analysis as part of consultation process — Whether GIC reasonably concluding that flaws identified in TWN 2018 adequately remedied by renewed consultation process — GIC entitled to give government actors leeway in assessing whether

A-324-19 (dossier principal)
A-325-19
A-326-19
A-327-19
2020 CAF 34

Bande indienne Coldwater, Nation Squamish, Tsleil-Waututh Nation et **Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá :y Village, Soowahlie, Première Nation Squiala, Tzeachten** et **Yakweakwioose** (*demanderesses*)

c.

Procureur général du Canada, Trans Mountain Pipeline ULC et **Trans Mountain Corporation** (*défendeurs*)

et

Procureur général de l'Alberta, procureur général de la Saskatchewan et **Régie de l'énergie du Canada** (*intervenants*)

Répertorié : Première Nation Coldwater c. Canada (Procureur général)

Cour d'appel fédérale, juge en chef Noël, juges Pelletier et Laskin, J.C.A.—Vancouver, 16 au 18 décembre 2019; Ottawa, 4 février 2020.

Peuples autochtones — Obligation de consulter — Contrôle judiciaire contestant la seconde approbation du projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain (projet) par le gouverneur en conseil — Cette approbation a été contestée pour des raisons environnementales et au motif que la Couronne manquait toujours à son obligation de consulter — Le projet a été approuvé pour la première fois en 2016 — Cette approbation a été contestée avec succès dans l'arrêt Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général) (TWN 2018) — Pour une seconde fois, le gouverneur en conseil a approuvé le projet (décret C.P. 2019-820) en juin 2019 — Le gouverneur en conseil a jugé que les consultations tenues après l'arrêt TWN 2018 avaient adéquatement pallié les lacunes mises au jour et avaient suffi pour permettre à la Couronne de s'acquitter de son obligation de consulter — Les demanderesses ont fait valoir qu'on ne peut approuver le projet avant que l'on ne résolve toutes leurs préoccupations, à savoir l'incidence du projet sur l'aquifère, le risque de déversement du bitume dilué et le transport maritime — Les demanderesses ont fait

2020 FCA 34 (CanLII)

2020 FCA 34 (CanLII)

their efforts resulting in compliance with duty to consult — Consultation having to be "reasonable" — Canada having to consider, address Indigenous peoples' rights in meaningful way — Meaningful consultation requirement flowing from honour of Crown — Process of meaningful consultation resulting in various forms of accommodation — Failure to accommodate in any particular way (e.g. such as abandoning Project) not necessarily meaning there has been no meaningful consultation — Reconciliation not dictating any particular substantive outcome — Consultation process not to be used as means to veto a project — Post-approval consultation relevant, important — Importance of matter to those directly impacted by Project affecting reasonableness analysis — GIC's decision reasonable — Adopting view that flaws adequately addressed, that reasonable, meaningful consultation having taken place — GIC's explanations not suffering from errors identified in Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov — Conclusions within bounds of governing legislation — GIC understanding legal content of duty to consult, Court's decision in TWN 2018, shortcomings in earlier consultation process — Decision not outside bounds of National Energy Board Act, s. 54 — GIC reasonably addressing, considering key issues raised by Court in TWN 2018 — Entitled to take broad consensus of Indigenous groups supporting or not opposing Project into account in concluding Project was in public interest — These findings sufficient to conclude GIC decision reasonable — Applicants' detailed submissions nevertheless addressed — Applications dismissed.

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Applicants challenging second approval of Trans Mountain Pipeline Expansion Project (Project) by Governor in Council (GIC) on environmental grounds, Crown's alleged continued failure to fulfil its duty to consult — GIC considering that consultation efforts adequately remedying identified flaws, sufficient to meet duty to consult, Project in public interest — Present matter statutory judicial review — In such

valoir également que le Canada était tenu de procéder à une analyse de la justification comme celle énoncée dans l'arrêt R. c. Sparrow au cours des consultations — Il s'agissait de savoir si le gouverneur en conseil avait raisonnablement conclu que les lacunes mises au jour dans l'arrêt TWN 2018 avaient été corrigées de façon adéquate par la nouvelle ronde de consultations — Le gouverneur en conseil pouvait à bon droit donner aux intervenants du gouvernement la latitude voulue pour évaluer si leurs efforts avaient permis d'honorer l'obligation de consulter — Les consultations doivent être « raisonnables » — Le Canada doit prendre en considération les droits revendiqués par les peuples autochtones de façon véritable — L'obligation de consulter de façon véritable découle de l'honneur de la Couronne — Le processus de consultation véritable mène à différentes mesures d'accommodement — Le défaut d'accommoder d'une façon précise (p. ex., en abandonnant le projet) ne signifie pas nécessairement qu'il n'y a pas eu de consultation véritable — La réconciliation n'exige pas qu'on en arrive à une fin particulière — Le processus de consultation ne doit pas servir à opposer un droit de veto à un projet — La consultation postérieure à l'approbation est pertinente et importante — L'importance de l'affaire aux yeux des personnes que le projet touche directement a une incidence lors de l'analyse du caractère raisonnable — La décision du gouverneur en conseil était raisonnable — Il a conclu que l'on avait corrigé convenablement les lacunes limitées et qu'il y avait eu une consultation raisonnable et véritable — Les explications du gouverneur en conseil ne révélaient pas d'erreur semblable à celles qui ont été mentionnées dans l'arrêt Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov — Les conclusions étaient conformes à la loi pertinente — Le gouverneur en conseil a compris ce qu'exigeait l'obligation légale de consulter, le sens de l'arrêt TWN 2018 de la Cour et les lacunes du premier exercice de consultation — Cette décision n'excédait pas la portée de l'art. 54 de la Loi sur l'Office national de l'énergie — Le gouverneur en conseil a tenu compte de façon raisonnable des principales questions que la Cour a soulevées dans l'arrêt TWN 2018 — Il pouvait tenir compte du large consensus des groupes autochtones qui appuyaient le projet ou ne s'y opposaient pas pour conclure que le projet était dans l'intérêt public — Ces constatations étaient suffisantes pour conclure que la décision du gouverneur en conseil était raisonnable — Les observations détaillées des demanderesses ont néanmoins été examinées — Demandes rejetées.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Les demanderesses ont contesté la seconde approbation du projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain (projet) par le gouverneur en conseil pour des raisons environnementales et au motif que la Couronne manquait toujours à son obligation de consulter — Le gouverneur en conseil a jugé que les consultations tenues avaient adéquatement pallié les lacunes mises au jour et avaient suffi

2020 FCA 34 (CanLII)

circumstances, presumptive standard of review that of reasonableness — Exceptions to reasonableness review not applying herein — Case dealing with constitutional duty of high significance — That context informing conduct of reasonableness review — Issue not whether GIC should have come to different conclusion or whether consultation process could have been longer or better but rather whether decision approving Project, justification offered acceptable, defensible in light of governing legislation, evidence, circumstances bearing upon reasonableness review.

These were applications for judicial review challenging the approval of the Trans Mountain Pipeline Expansion Project (Project) by the Governor in Council for the second time. Several parties sought to challenge this approval on environmental grounds and on grounds of the Crown's alleged continued failure to fulfil its duty to consult.

The Project was first approved in 2016 by an Order in Council issued under section 54 of the *National Energy Board Act*. This approval was successfully challenged in *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)* (*TWN 2018*) where the Court remitted the matter back to the Governor in Council in order to address the impermissibly under-inclusive nature of the environmental assessment and the Crown's failure to fulfil its duty to consult with Indigenous peoples. The Governor in Council approved the Project for a second time on June 18, 2019 (Order in Council P.C. 2019-820). In that Order, the Governor in Council considered that the consultation efforts made after *TWN 2018* adequately remedied the identified flaws, that those efforts were sufficient to meet the duty to consult and, considering the benefits and detriments of the Project, that the Project was in the public interest and should be approved. The applicants submitted essentially that the Project could not be approved until all of their concerns were resolved to their satisfaction. Some of those concerns included the potential impact of the Project on the aquifer from which the applicant Coldwater Indian Band draws its drinking water supply, the risk of spills of the diluted bitumen that would be carried by the pipeline and the consequences of a spill for the applicant Squamish Nation's rights and interests, and marine shipping. Finally, the applicant Ts'elxwéyeqw[1] contended, *inter alia*, that Canada's legal approach in addressing its constitutionally protected fishing right was flawed. It

1 Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten and Yakweakwioose

pour permettre à la Couronne de s'acquitter de son obligation de consulter et que le projet était dans l'intérêt public — Il s'agissait d'une instance en contrôle judiciaire prévue par la loi — Dans les circonstances, il est présumé que la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable — Aucune exception quant au contrôle selon la norme de la décision raisonnable ne s'appliquait dans la présente affaire — Il s'agissait ici d'une obligation constitutionnelle d'une grande importance — Voilà le cadre dans lequel s'inscrivait le contrôle selon la norme de la décision raisonnable — Il ne s'agissait pas de savoir si le gouverneur en conseil aurait dû arriver à une conclusion différente ni si les consultations auraient pu durer plus longtemps ou mieux se dérouler, mais plutôt de savoir si la décision d'approuver le projet et le justificatif offert étaient acceptables et défendables compte tenu de la législation applicable, de la preuve et des circonstances ayant une incidence sur le contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire contestant la seconde approbation du projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain (projet) par le gouverneur en conseil. Plusieurs parties ont tenté de contester cette approbation pour des raisons environnementales et au motif que la Couronne manquait toujours à son obligation de consulter.

Le projet a été approuvé pour la première fois en 2016 par décret pris en vertu de l'article 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*. Cette approbation a été contestée avec succès dans l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)* (*TWN 2018*), où la Cour a renvoyé l'affaire au gouverneur en conseil pour corriger le caractère trop limitatif de l'évaluation environnementale sur laquelle reposait l'approbation et le manquement de la Couronne à son obligation de consulter les peuples autochtones. Pour une seconde fois, le gouverneur en conseil a approuvé le projet (décret C.P. 2019-820) le 18 juin 2019. Dans ce décret, le gouverneur en conseil a jugé que les consultations tenues après l'arrêt *TWN 2018* avaient adéquatement pallié les lacunes mises au jour, que les efforts déployés avaient suffi pour permettre à la Couronne de s'acquitter de son obligation de consulter, que le projet, compte tenu de ses avantages et de ses inconvénients, était dans l'intérêt public et qu'il était digne d'approbation. Les observations des demanderesses reviennent à dire qu'on ne peut approuver le projet avant que celles-ci ne soient satisfaites des réponses à toutes leurs préoccupations. Certaines de ces préoccupations portaient notamment sur l'incidence que le projet pourrait avoir sur l'aquifère dont les Coldwater tirent leur eau potable, le risque de déversement du bitume dilué qui serait transporté par pipeline et sur les conséquences d'un déversement sur les droits et intérêts des Squamish, et le transport maritime. Enfin, les Ts'elxwéyeqw[1] ont soutenu notamment que la thèse

1 Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Première nation Squiala, Tzeachten et Yakweakwioose.

argued that Canada ought to have engaged in an *R. v. Sparrow*-type justification analysis based on the alleged infringement of its established fishing right as part of the consultation process. [249]

The fundamental issue herein was whether the Governor in Council reasonably concluded that the flaws identified in *TWN 2018* were adequately remedied by the renewed consultation process.

Held, the applications should be dismissed.

This was a statutory judicial review, not a statutory appeal. In such circumstances, there is a presumption, as set out in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov* that the standard of review is reasonableness, and none of the exceptions to reasonableness review identified in *Vavilov* applied. At issue was a constitutional duty of high significance to Indigenous peoples and indeed the country as a whole. This was part of the context that informed the conduct of the reasonableness review. The focus of the case was on the reasonableness of the Governor in Council's decision. The issue was not whether the Governor in Council could have or should have come to a different conclusion or whether the consultation process could have been longer or better. The question to be answered was whether the decision approving the Project and the justification offered were acceptable and defensible in light of the governing legislation, the evidence before the Court and the circumstances that bore upon a reasonableness review.

The Governor in Council was entitled to give the government actors leeway in assessing whether their efforts resulted in compliance with the duty to consult. To satisfy that duty, consultation must be "reasonable", meaning that Canada must show that it has considered and addressed the rights claimed by Indigenous peoples in a meaningful way. Consultation is a requirement that flows from the honour of the Crown. It is not honourable for Canada to act unilaterally in a way that could affect the rights of Indigenous peoples, without first engaging in meaningful consultation. The other controlling concept is reconciliation. The process of meaningful consultation can result in various forms of accommodation. But the failure to accommodate in any particular way, including by way of abandoning the Project, does not necessarily mean that there has been no meaningful consultation. The fact that consultation did not lead the applicants to agree that the Project should go ahead did not mean that reconciliation has not been advanced. The process of consultation based on a relationship of mutual respect advances reconciliation regardless of the outcome. Put another way, reconciliation does not dictate any particular substantive

juridique du Canada à propos du droit de pêche protégé par la Constitution était viciée. Selon eux, le Canada était tenu de procéder à une analyse de la justification comme celle énoncée dans l'arrêt *R. c. Sparrow* et fondée sur l'atteinte contestée à leur droit de pêche établi au cours des consultations.

La principale question à trancher était de savoir si le gouverneur en conseil avait raisonnablement conclu que les lacunes mises au jour dans l'arrêt *TWN 2018* avaient été corrigées de façon adéquate par la nouvelle ronde de consultations.

Arrêt : les demandes doivent être rejetées.

Il s'agissait d'une instance en contrôle judiciaire prévue par la loi et non d'un appel prévu par la loi. Dans les circonstances, il est présumé, ainsi que l'a énoncé l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, que la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable, et aucune des exceptions relevées dans l'arrêt *Vavilov* ne s'appliquait. Il s'agissait ici d'une obligation constitutionnelle d'une grande importance pour les peuples autochtones et, en fait, pour le pays tout entier. Voilà le cadre dans lequel s'inscrivait le contrôle selon la norme de la décision raisonnable. La Cour devait concentrer son attention sur la raisonnabilité de la décision du gouverneur en conseil. Il ne s'agissait pas de savoir si le gouverneur en conseil aurait pu ou aurait dû arriver à une conclusion différente ni si les consultations auraient pu durer plus longtemps ou mieux se dérouler. Il s'agissait de répondre à la question de savoir si la décision d'approuver le projet et le justificatif offert étaient acceptables et défendables compte tenu de la législation applicable, de la preuve présentée à la Cour et des circonstances ayant une incidence sur le contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

Le gouverneur en conseil pouvait à bon droit donner aux intervenants du gouvernement la latitude voulue pour évaluer si leurs efforts avaient permis à la Couronne d'honorer son obligation de consulter. Pour respecter cette obligation, les consultations doivent être *« raisonnables »*, c'est-à-dire que le Canada doit montrer qu'il a pris en considération et traité les droits revendiqués par les peuples autochtones de façon véritable. L'obligation de consulter découle de l'honneur de la Couronne. Il ne serait pas honorable que le Canada agisse unilatéralement d'une façon qui pourrait nuire aux droits des peuples autochtones, sans d'abord engager de véritables consultations. L'autre notion de base est la réconciliation. Le processus de consultation véritable peut mener à différentes mesures d'accommodement. Le défaut d'accommoder d'une façon précise, notamment en abandonnant le projet, ne signifie pas nécessairement qu'il n'y a pas eu de consultation véritable. Le fait que la consultation n'ait pas mené les demanderesses à consentir au projet ne voulait pas dire que la réconciliation n'avait pas été mise de l'avant. La consultation fondée sur un rapport de respect réciproque promeut la réconciliation, peu

2020 FCA 34 (CanLII)

outcome. Were it otherwise, Indigenous peoples would effectively have a veto over projects such as this one. The law is clear that no such veto exists. Imposing too strict a standard of "perfection", "reasonableness" or "meaningfulness" in assessing whether the duty to consult has been adequately met would *de facto* create a veto right. Although Indigenous peoples can assert their uncompromising opposition to a project, they cannot tactically use the consultation process as a means to try to veto it. Post-approval consultation is both relevant and important. Even if Canada's consultation and accommodation measures up to June 18, 2019, were found to be inadequate, consultation activities that took place after the issuance of the Order in Council would remain relevant. Another contextual factor that affected the reasonableness analysis in this case was the importance of this matter to those directly impacted by the Project.

The reasons offered by the Governor in Council, both in the Order in Council's Recitals and in the accompanying Explanatory Note, were more than sufficient in providing justification for the decision. The Governor in Council's decision was reasonable. It reasonably adopted the view that the limited flaws identified in *TWN 2018* had been adequately addressed and that reasonable and meaningful consultation had taken place. The Governor in Council's explanations did not suffer from errors in reasoning or logical deficiencies of the sort identified in *Vavilov*. The explanations show a chain of reasoning progressing from reasonable views of the evidence before it to plausible conclusions well within the bounds of the governing legislation. The Governor in Council understood the legal content of the duty to consult, the import of the Court's decision in *TWN 2018* and the shortcomings in its earlier consultation process. It could not be said that the decision reached by the Governor in Council was outside the bounds of section 54 of the *National Energy Board Act*, reasonably interpreted. Nor could it be said that the Governor in Council did not adequately, meaningfully and reasonably address and consider the key issues raised by this Court in *TWN 2018* and the parties during the renewed consultation. This was anything but a rubber-stamping exercise. The Governor in Council was entitled under section 54 to take the broad consensus of the more than 120 Indigenous groups who supported or did not oppose the Project into account in concluding that the Project was in the public interest. A decision can be reasonable even though some affected parties continue to have strong objections to it on the merits.

These findings were sufficient to conclude that the decision of the Governor in Council was reasonable. Nevertheless, the

importe son issue. Dit autrement, la réconciliation n'exige pas qu'on en arrive à une fin particulière. Si tel était le cas, les peuples autochtones auraient en fait un droit de veto sur les projets tels que celui-ci. La jurisprudence indique clairement que ce droit de veto n'existe pas. Si on devait appliquer de façon trop stricte le critère de la *« perfection »*, du caractère *« raisonnable »* ou du caractère *« véritable »* lorsqu'on examine s'il a été satisfait convenablement à l'exigence de consulter, on créerait en fait un droit de veto. Même si les peuples autochtones peuvent faire valoir leur opposition catégorique à un projet, ils ne peuvent se servir du processus de consultation comme tactique pour tenter d'y opposer un veto. La consultation postérieure à l'approbation est pertinente et importante. Même si on devait conclure que la consultation menée par le Canada jusqu'au 18 juin 2019 ainsi que les mesures d'accommodement proposées jusqu'à cette date étaient insuffisantes, les consultations qui ont eu lieu après que le décret eut été délivré demeureraient pertinentes. Un autre facteur contextuel qui a une incidence lors de l'analyse du caractère raisonnable en l'espèce était l'importance de l'affaire aux yeux des personnes que le projet touche directement.

Les motifs du gouverneur en conseil, tant dans les attendus du décret que dans la note explicative qui y est jointe, justifiaient amplement la décision. La décision du gouverneur en conseil était raisonnable. Il a conclu de façon raisonnable que l'on avait corrigé convenablement les lacunes limitées signalées dans l'arrêt *TWN 2018* et qu'il y avait eu une consultation raisonnable et véritable. Les explications du gouverneur en conseil ne révélaient pas d'erreur de raisonnement ou de logique semblable à celles qui ont été mentionnées dans l'arrêt *Vavilov*. Les explications démontrent un raisonnement qui passe d'une appréciation raisonnable de la preuve à des conclusions justifiables et tout à fait conformes à la loi pertinente. Le gouverneur en conseil a compris ce qu'exigeait l'obligation légale de consulter, le sens de l'arrêt *TWN 2018* de la Cour et les lacunes du premier exercice de consultation. On ne peut dire que la décision du gouverneur en conseil excédait la portée de l'article 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, si on l'interprète raisonnablement. On ne peut pas dire non plus que le gouverneur en conseil n'a pas tenu compte, de façon suffisante, véritable et raisonnable, des principales questions que notre Cour a soulevées dans l'arrêt *TWN 2018* et que les parties ont soulevées lors du nouvel examen. Il ne s'agissait aucunement d'une simple approbation aveugle. Aux termes de l'article 54, le gouverneur en conseil pouvait tenir compte du large consensus de plus de 120 groupes autochtones qui appuyaient le projet ou ne s'y opposaient pas pour conclure que le projet était dans l'intérêt public. Une décision peut être raisonnable même si des parties touchées par cette décision continuent de s'y opposer fortement quant au fond.

Ces constatations étaient suffisantes pour conclure que la décision du gouverneur en conseil était raisonnable. Les

2020 FCA 34 (CanLII)

applicants' detailed submissions were addressed. The Governor in Council's decision that the applicant Coldwater Indian Band was adequately consulted and accommodated during the renewed consultation process was eminently reasonable and therefore the Order in Council approving the Project against Coldwater's opposition had to stand. The record also demonstrated, *inter alia*, that in the renewed consultation process, Canada meaningfully responded to the applicant Squamish Nation's concerns through discussion, the exchange of expert scientific opinion, and the provision of relevant information and documentation. Ultimately, the applicant Squamish Nation was not persuaded that enough was known about the fate and behaviour of diluted bitumen to permit a decision approving the Project. But the law governing consultation does not impose a duty to agree, nor was it the role of the Court to act as an "academy of science" to decide whose view is correct. Provided the Governor in Council could reasonably determine that there was meaningful consultation, the appropriateness of a decision on the Project given the current state of scientific knowledge was a matter for the Governor in Council to determine. The record demonstrated that Canada engaged in meaningful dialogue with the applicant Tsleil-Waututh Nation respecting its concerns about Project-related marine shipping impacts. While there was disagreement, this did not indicate a failure of consultation. Failure to adopt specific scientific and technical views does not render consultation unreasonable. Canada did not breach its duty to consult and accommodate the applicant Tsleil-Waututh Nation by ultimately approving the Project. It was open to the Governor in Council to conclude that the re-initiated consultation conducted with the applicant Tsleil-Waututh Nation following *TWN 2018* was adequate, and resulted in proposed accommodation measures that were responsive to that applicant's concerns. There was no merit to Ts'elxwéyeqw's contention that Canada's legal approach in addressing its constitutionally protected fishing right was flawed. The consultation process and the justification process occur at different points in time and address different circumstances. The consultation framework aims to prevent potential infringement of Aboriginal rights, whereas the justification analysis is intended to justify a *prima facie* infringement that has been demonstrated. Finding that the duty to consult and accommodate requires, as a starting point, the need to justify the infringement of an Aboriginal right is putting the cart before the horse, as the former seeks to prevent the latter. Concluding otherwise would lead to a circular result, the first step of the justification analysis being whether the Crown has discharged its procedural duty to consult and accommodate. Accepting that the adjudication of treaty rights or claimed Aboriginal rights must take place every time an infringement is alleged during the consultation and accommodation process would effectively revert to the pre-*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)* case law, which led to complex and lengthy litigation.

observations détaillées des demanderesses ont néanmoins été examinées. La décision du gouverneur en conseil que les Coldwater ont été adéquatement consultés et que des mesures d'accommodement adéquates ont été prises dans le cadre du nouveau processus de consultation était éminemment raisonnable et, par conséquent, le décret approuvant le projet auquel s'opposent les Coldwater devait demeurer valide. Il est ressorti du dossier également que, dans le cadre du nouveau processus de consultation, le Canada a répondu de façon significative aux préoccupations des Squamish en participant à des discussions avec eux, en procédant à un échange d'opinions d'experts scientifiques ainsi qu'en fournissant de la documentation et d'autres renseignements pertinents. En fin de compte, Squamish n'a pas été convaincue que les connaissances sur le devenir et le comportement du bitume dilué étaient suffisantes pour permettre l'approbation du projet. Cependant, le droit régissant les consultations n'impose pas une obligation de parvenir à une entente, et il n'appartenait pas non plus à la Cour d'agir comme *« académie des sciences »* en vue de décider quelle opinion est la bonne. À condition que le gouverneur en conseil puisse raisonnablement conclure qu'une véritable consultation a eu lieu, le caractère approprié d'une décision portant sur le projet, compte tenu de l'état actuel des connaissances scientifiques, était une question qui appartenait au gouverneur en conseil de trancher. Le dossier a montré que le Canada a engagé avec les Tsleil-Waututh un véritable dialogue au sujet de leurs préoccupations concernant les incidences du transport maritime associé au projet. Qu'il y ait eu désaccord ne signifiait pas qu'il y a eu manquement à l'obligation de consulter. Que certaines opinions scientifiques et techniques bien précises n'aient pas été adoptées ne rend pas la consultation déraisonnable. Le Canada n'a pas manqué à son obligation de consulter les Tsleil-Waututh et de prendre des mesures d'accommodement à leur endroit en décidant d'approuver le projet en définitive. Le gouverneur en conseil pouvait conclure que les nouvelles consultations avec les Tsleil-Waututh tenues dans la foulée de l'arrêt *TWN 2018* étaient satisfaisantes et ont débouché sur des mesures d'accommodement qui répondent aux préoccupations des Tsleil-Waututh. La prétention des Ts'elxwéyeqw selon laquelle la thèse juridique du Canada à propos du droit de pêche protégé par la Constitution était viciée n'était pas fondée. Les consultations et la justification se déroulent à des moments différents et ont pour objet des circonstances différentes. Le cadre de consultation vise à empêcher une atteinte à des droits ancestraux, alors que l'analyse de justification intervient lorsqu'une atteinte à première vue a été démontrée. Si l'on concluait que l'obligation de consultation et d'accommodement est subordonnée à la nécessité de justifier l'atteinte à un droit ancestral, on mettrait la charrue devant les bœufs, car la première vise à prévenir la seconde. Si l'on arrivait à une conclusion différente, on obtiendrait un raisonnement circulaire, car le premier volet de l'analyse de justification consiste à décider si la Couronne s'est acquittée de son obligation procédurale de consultation et

2020 FCA 34 (CanLII)

d'accommodement. Si l'on accepte qu'il faille se prononcer sur les droits issus de traités ou les droits ancestraux revendiqués chaque fois qu'une atteinte à ces droits est soulevée au cours du processus de consultations et d'accommodement, on reviendrait à la jurisprudence qui avait cours avant l'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, qui a mené à des litiges complexes et interminables.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37.
Canadian Environmental Assessment Act, *2012*, S.C. 2012, c. 19, **s. 52**, s. 52(4).
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5.
National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7, ss. 54, 55.
Order in Council P.C. 2016-1069.
Order in Council P.C. 2018-1177.
Order in Council P.C. 2019-378.
Order in Council P.C. 2019-820.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Décret C.P. 2016-1069.
Décret C.P. 2018-1177.
Décret C.P. 2019-378.
Décret C.P. 2019-820.
Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37.
Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012), L.C. 2012, ch. 19, **art. 52**, art. 52(4).
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, nº 44], art. 35.
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5.
Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 54, 55.

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov, 2019 SCC 65, 438 D.L.R. (4th) 745; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770; *Gitxaala Nation v. Canada*, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418, leave to appeal to S.C.C. refused, [2017] 1 S.C.R. xvi; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Prophet River First Nation v. British Columbia (Environment)*, 2017 BCCA 58, 408 D.L.R. (4th) 201.

CONSIDERED:

Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General), 2018 FCA 153, [2019] 2 F.C.R. 3, leave to appeal to S.C.C. refused, 38379 (2 May 2019); *Raincoast Conservation Foundation v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 224, [2020] 1 F.C.R. 362; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004] 3 S.C.R. 550; *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2017 SCC 41, [2017] 1 S.C.R. 1099; *Mikisew Cree First Nation*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov, 2019 CSC 65; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770; *Nation Gitxaala c. Canada*, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2017] 1 R.C.S. xvi; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Prophet River First Nation v. British Columbia (Environment)*, 2017 BCCA 58, 408 D.L.R. (4th) 201.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général), 2018 CAF 153, [2019] 2 R.C.F. 3 autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, nº 38379 (2 mai 2019); *Raincoast Conservation Foundation c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 224, [2020] 1 R.C.F. 362; *Beckman c. Première nation Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*,

2020 FCA 34 (CanLII)

v. Canada (Minister of Canadian Heritage), 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 2018 SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765; *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386; *Inverhuron & District Ratepayers Ass. v. Canada (Minister of The Environment)*, 2001 FCA 203, 273 N.R. 62; *Pembina Institute for Appropriate Development v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 302, 323 F.T.R. 297; *Prophet River First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 15, 408 D.L.R. (4th) 165.

REFERRED TO:

Doré v. Barreau du Québec, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395 ; *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364; *Canada (Attorney General) v. Boogaard*, 2015 FCA 150, 87 Admin. L.R. (5th) 175; *Ignace v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 239; *Raincoast Conservation Foundation v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 259; *Ahousaht First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2008 FCA 212, 297 D.L.R. (4th) 722; *Canada v. Long Plain First Nation*, 2015 FCA 177, 388 D.L.R. (4th) 209; *Yellowknives Dene First Nation v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2015 FCA 148, 474 N.R. 350; *Squamish First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2019 FCA 216, 436 D.L.R. (4th) 596; *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, (1996), 133 D.L.R. (4th) 658; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533, (1999), 179 D.L.R. (4th) 193; *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, 1999 BCCA 470, [1999] 4 C.N.L.R. 1; *R. v. Douglas et al*, 2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653; *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6; *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710; *Ignace v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 266; *Bell Canada v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 66, 441 D.L.R. (4th) 155; *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers*, 2019 SCC 67, 441 D.L.R. (4th) 269; *Emera Brunswick Pipeline Company Ltd. (Re)*, 2008 LNCNEB 10 (QL); *William v. British Columbia (Attorney General)*, 2019 BCCA 74, 20 B.C.L.R. (6th) 355; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257.

2017 CSC 41, [2017] 1 R.C.S. 1099; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765; *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386; *Inverhuron & District Ratepayers Ass. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2001 CAF 203; *Pembina Institute for Appropriate Development c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 302, [2008] A.C.F. nº 324 (QL); *Première Nation de Prophet c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 15.

DÉCISIONS CITÉES :

Doré c. Barreau du Québec, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364; *Canada (Procureur général) c. Boogaard*, 2015 CAF 150, [2015] A.C.F. nº 775 (QL); *Ignace c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 239; *Raincoast Conservation Foundation c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 259; *Première Nation des Ahousaht c. Canada (Pêches et Océans)*, 2008 CAF 212, [2008] A.C.F. nº 946 (QL); *Canada c. Première nation de Long Plain*, 2015 CAF 177, [2015] A.C.F. nº 961 (QL); *Première nation Yellowknives Denes c. Canada (Affaires autochtones et Développement du Nord)*, 2015 CAF 148, [2015] A.C.F. nº 829 (QL); *La bande indienne de Squamish c. Canada (Pêches et Océans)*, 2019 CAF 216; *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, 1999 BCCA 470, [1999] 4 C.N.L.R. 1; *R. v. Douglas et al*, 2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6; *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299; *Ignace c. Procureur général*, 2019 CAF 266; *Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 66; *Société canadienne des postes c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes*, 2019 CSC 67; *Emera Brunswick Pipeline Company Ltd. (Re)*, 2008 LNCONE 10 (QL); *William v. British Columbia (Attorney General)*, 2019 BCCA 74, 20 B.C.L.R. (6th) 355; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1990 CanLII 104; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257.

2020 FCA 34 (CanLII)

2020 FCA 34 (CanLII)

AUTHORS CITED

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, Ottawa: The Commission, 1996.

Canada Gazette, Vol. 153, No. 25, June 22, 2019.

Truth and Reconciliation Commission of Canada. *Honouring the truth, reconciling for the future: summary of the final report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, Winnipeg: Truth and Reconciliation Commission of Canada, 2015.

Walters, Mark D. "The Jurisprudence of Reconciliation: Aboriginal Rights in Canada" in Will Kymlicka and Bashir Bashir, eds. *The Politics of Reconciliation in Multicultural Societies*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

APPLICATIONS for judicial review challenging the second approval of the Trans Mountain Pipeline Expansion Project by the Governor in Council on environmental grounds and on grounds of the Crown's alleged continued failure to fulfil its duty to consult. Applications dismissed.

APPEARANCES

F. Matthew Kirchner, *Emma Hume* and *Cam Brewer* for applicant Coldwater Indian Band.

F. Matthew Kirchner and *Michelle Bradley* for applicant Squamish Nation.
Scott A. Smith, *Paul Seaman* and *Keith Brown* for applicant Tsleil-Waututh Nation.
Joelle Walker, *Erin Reimer* and *Serin Remedios* for applicants Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten, Yakweakwioose.
Jan Brongers, *Dayna Anderson*, *Sarah Bird*, *Sarah-Dawn Norris*, *Jon Khan*, *Anita Balakumar*, *Maria Oswald* and *Ashley Gardner* for respondent Attorney General of Canada.
Maureen Killoran, QC, *Olivia Dixon* and *Sean Sutherland* for respondents Trans Mountain Pipeline ULC and Trans Mountain Corporation.

Stephanie Latimer and *Krista Epton* for intervener Attorney General of Alberta.
R. James Fyfe and *Jeffrey Crawford* for intervener Attorney General of Saskatchewan.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Ottawa : la Commission, 1996.

Commission de vérité et réconciliation du Canada. *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir : Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, Winnipeg : Commission de vérité et réconciliation du Canada, 2015.

Gazette du Canada, vol. 153, nº 25, 22 juin 2019.

Walters, Mark D. « The Jurisprudence of Reconciliation: Aboriginal Rights in Canada », dans Will Kymlicka et Bashir Bashir, dir., *The Politics of Reconciliation in Multicultural Societies*, Oxford : Oxford University Press, 2008.

DEMANDES de contrôle judiciaire contestant la seconde approbation du projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain par le gouverneur en conseil pour des raisons environnementales et au motif que la Couronne manquait toujours à son obligation de consulter. Demandes rejetées.

ONT COMPARU :

F. Matthew Kirchner, *Emma Hume* et *Cam Brewer*, pour la demanderesse, Bande indienne Coldwater.
F. Matthew Kirchner et *Michelle Bradley*, pour la demanderesse, Nation Squamish.
Scott A. Smith, *Paul Seaman* et *Keith Brown*, pour la demanderesse, Tsleil-Waututh Nation.
Joelle Walker, *Erin Reimer* et *Serin Remedios*, pour les demanderesses, Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá: y Village, Soowahlie, Première nation Squiala, Tzeachten, Yakweakwioose.
Jan Brongers, *Dayna Anderson*, *Sarah Bird*, *Sarah-Dawn Norris*, *Jon Khan*, *Anita Balakumar*, *Maria Oswald* et *Ashley Gardner*, pour le défendeur, Procureur général du Canada.
Maureen Killoran, c.r., *Olivia Dixon* et *Sean Sutherland*, pour les défenderesses, Trans Mountain Pipeline ULC et Trans Mountain Corporation.
Stephanie Latimer et *Krista Epton*, pour l'intervenant, Procureur général de l'Alberta.
R. James Fyfe et *Jeffrey Crawford*, pour l'intervenant, Procureur général de la Saskatchewan.

Keith B. Bergner and *Paul Johnston* for intervener Canadian Energy Regulator.

SOLICITORS OF RECORD

Ratcliff & Company LLP, Vancouver, for applicants Coldwater Indian Band and Squamish Nation.
Gowling WLG (Canada) LLP, Vancouver, for applicant Tsleil-Waututh Nation.
Miller Titerle + Company LLP, Vancouver, for applicants Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten, Yakweakwioose.
Deputy Attorney General of Canada for respondent Attorney General of Canada.
Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Calgary, for respondents Trans Mountain Pipeline ULC and Trans Mountain Corporation.
Justice and Solicitor General (Alberta), Edmonton, for respondent Attorney General of Alberta.
Deputy Minister of Justice, Regina, for Attorney General of Saskatchewan.
Lawson Lundell LLP, Vancouver, and *Canadian Energy Regulator*, Calgary, for intervener Canadian Energy Regulator.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] The Court: On November 29, 2016, weighing the benefits and detriments of the Trans Mountain Pipeline Expansion Project and considering Canada's duty to consult with Indigenous peoples, the Governor in Council decided to approve the Project: Order in Council P.C. 2016-1069 (December 10, 2016), issued under section 54 of the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7 (NEB Act).

[2] Several applicants successfully challenged the approval (*Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 153, [2019] 2 F.C.R. 3 (*TWN 2018*)). This Court found two fundamental defects: the impermissibly under-inclusive nature of the environmental assessment that formed part of the basis for the approval and the Crown's failure to fulfil its duty to consult with

Keith B. Bergner et *Paul Johnston* pour l'intervenante, Régie de l'énergie du Canada.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Ratcliff & Company LLP, Vancouver, pour les demanderesses, Bande indienne Coldwater et Nation Squamish.
Gowling WLG (Canada) LLP, Vancouver, pour la demanderesse, Tsleil-Waututh Nation.
Miller Titerle + Company LLP, Vancouver, pour les demanderesses, Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Première nation Squiala, Tzeachten, Yakweakwioose.
La sous-procureure générale du Canada, pour le défendeur, le procureur général du Canada.
Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Calgary, pour les défenderesses, Trans Mountain Pipeline ULC et Trans Mountain Corporation.
Justice and Solicitor General (Alberta), Edmonton, pour l'intervenant, procureur général de l'Alberta.
Sous-ministre de la Justice, Regina, pour le procureur général de la Saskatchewan.
Lawson Lundell LLP, Vancouver, et *Régie de l'énergie du Canada*, Calgary, pour l'intervenante, Régie de l'énergie du Canada.

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

[1] La Cour : Le 29 novembre 2016, tenant compte des avantages et inconvénients du projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain et reconnaissant l'obligation du Canada de consulter les peuples autochtones, le gouverneur en conseil a décidé d'approuver le projet : décret C.P. 2016-1069 (10 décembre 2016), pris en vertu de l'article 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7 (la Loi sur l'Office).

[2] Plusieurs demandeurs ont contesté cette approbation (*Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général*), 2018 CAF 153, [2019] 2 R.C.F. 3 (*TWN 2018*)). Notre Cour a reconnu l'existence de deux vices fondamentaux : le caractère trop limitatif de l'évaluation environnementale sur laquelle reposait l'approbation et le manquement de la Couronne à son obligation de

2020 FCA 34 (CanLII)

Indigenous peoples. This Court remitted the matter back to the Governor in Council in order for these flaws to be addressed and for re-decision.

[3] Toward that end, a reconsideration hearing was ordered to take place before the National Energy Board (NEB), as part of Phase II, and the Phase III consultation process was re-initiated. For a second time, the Governor in Council approved the Project (see Order in Council P.C. 2019-820 (June 18, 2019), page 1) (Order in Council) [*Canada Gazette*, Vol. 153, No. 25, June 22, 2019] (online: http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2019/2019-06-22/pdf/g1-15325.pdf#page=251). As required by the NEB Act, the decision was issued with reasons, which took the form of 37 recitals that precede the operative portion of the Order in Council (the Recitals). An explanatory note was also issued providing additional reasons for the decision (online: http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2019/2019-06-22/pdf/g1-15325.pdf#page=271) (Explanatory Note).

[4] Several parties sought to challenge the second approval on environmental grounds and on grounds of the Crown's alleged continued failure to fulfil its duty to consult. However, only six applicants were granted leave under section 55 of the NEB Act to start applications for judicial review of the Order in Council. Two have discontinued their applications, leaving four applicants before the Court: Coldwater Indian Band (Coldwater), Squamish Nation (Squamish), Tsleil-Waututh Nation (Tsleil-Waututh) and Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten and Yakweakwioose (Ts'elxwéyeqw).

[5] Coldwater is a band, as defined under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (*Indian Act*), comprising over 850 members. Coldwater forms part of the Nlaka'pamux Nation, which asserts Aboriginal title to an area that includes the Lower Thompson River area, the Fraser Canyon, the Nicola and Coldwater Valleys, and Canada's North Cascades, including the Coquihalla area. Squamish is a Coast Salish Nation, with over 4 212 registered members. Squamish's traditional territory extends from the Lower Mainland of British Columbia to Whistler, and includes Burrard Inlet, English Bay, Howe

consulter les peuples autochtones. Notre Cour a renvoyé l'affaire au gouverneur en conseil pour corriger ces vices et rendre une nouvelle décision.

[3] Pour cette raison, la tenue d'une audience de réexamen devant l'Office national de l'énergie (l'Office) a été ordonnée, dans le cadre de l'étape II, et l'étape III des consultations a été recommencée. Pour une seconde fois, le gouverneur en conseil a approuvé le projet (voir le décret C.P. 2019-820 (18 juin 2019, suppl., page 2) (le décret) [*Gazette du Canada*, vol. 153, nº 25, 22 juin 2019] (en ligne : http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2019/2019-06-22/pdf/g1-15325.pdf). Conformément à la Loi sur l'Office, la décision a été rendue avec des motifs, qui ont pris la forme de 37 attendus précédant le dispositif du décret (les attendus). Une note explicative suit la décision et fournit des motifs supplémentaires à la décision (en ligne : http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2019/2019-06-22/pdf/g1-15325.pdf#page=271) (la note explicative).

[4] Plusieurs parties ont tenté de contester la seconde approbation pour des raisons environnementales et au motif que la Couronne manquait toujours à son obligation de consulter. Néanmoins, seulement six demanderesses ont été autorisées en vertu de l'article 55 de la Loi sur l'Office à demander le contrôle judiciaire du décret. Deux d'entre elles se sont désistées, laissant quatre demanderesses devant la Cour : la bande indienne Coldwater (les Coldwater), la Nation Squamish (les Squamish), la Tsleil-Waututh Nation (les Tsleil-Waututh) et Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá :y Village, Soowahlie, la Première Nation Squiala, Tzeachten et Yakweakwioose (les Ts'elxwéyeqw).

[5] Les Coldwater forment une bande, au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, composée de plus de 850 membres. Ils font partie de la Nation Nlaka'pamux, qui revendique le titre ancestral à l'égard d'un territoire incluant la rivière Thompson Sud, le canyon du Fraser, les vallées de la Nicola et de la Coldwater, la partie canadienne des North Cascades, y compris le secteur de Coquihalla. Les Squamish, qui sont rattachés aux Salish du littoral, se composent de plus de 4 212 membres inscrits. Le territoire traditionnel des Squamish s'étend des basses-terres continentales jusqu'à Whistler, y compris

2020 FCA 34 (CanLII)

Sound, and the Squamish Valley. Tsleil-Waututh is a Coast Salish Nation, and a band within the meaning of the *Indian Act*. In the traditional dialect of Halkomelem, the name Tsleil-Waututh means "People of the Inlet". Tsleil-Waututh's asserted traditional territory extends approximately west to Gibsons, east to Coquitlam Lake, north to the vicinity of Mount Garibaldi, and south to the 49th parallel and beyond, and includes sections of the Lower Fraser River, Howe Sound, Burrard Inlet, and Indian Arm. Ts'elxwéyeqw represents the seven Ts'elxwéyeqw (Stó:lō) villages of Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten, and Yakweakwioose. Each of the seven villages is a band within the meaning of the *Indian Act*. In the traditional dialect of Halkomelem, one translation of "Stó:lō" is "People of the River", being the Fraser River. Ts'elxwéyeqw's traditional territory includes the lower Fraser River watershed in southwestern British Columbia.

la baie Burrard, la baie English, la baie Howe et la vallée de la Squamish. Les Tsleil-Waututh, également rattachés aux Salish du littoral, et forment une bande au sens de la *Loi sur les Indiens*. En halkomelem, le dialecte traditionnel, le nom Tsleil-Waututh signifie « peuple de la baie ». Le territoire traditionnel revendiqué par les Tsleil-Waututh s'étend plus ou moins, d'ouest en est, de Gibsons jusqu'au lac Coquitlam, et du nord au sud, des environs du mont Garibaldi jusqu'au-delà du 49^{e} parallèle, et inclut des sections du bas Fraser, de la baie Howe, de la baie Burrard et du bras de mer Indian. Les Ts'elxwéyeqw, qui se composent de sept villages, soit Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá :y Village, Soowahlie, Première Nation Squiala, Tzeachten et Yakweakwioose, sont des Stó:lō. Chacun des villages constitue une bande au sens de la *Loi sur les Indiens*. La traduction du terme « Stó:lō », en halkomelem, le dialecte traditionnel, peut se rendre par « peuple du fleuve », une allusion au fleuve Fraser. Le territoire traditionnel des Ts'elxwéyeqw comprend le bassin hydrographique du bas Fraser, dans le sud-ouest de la Colombie-Britannique.

[6] The applications for judicial review were restricted to the duty to consult issues, on the basis that the environmental concerns did not possess sufficient merit to justify the granting of leave (see *Raincoast Conservation Foundation v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 224, [2020] 1 F.C.R. 362 [*Raincoast No. 1*])). Specifically, the order granting leave (Leave Order) confined the applications to the following issues:

1. From August 30, 2018 (the date of the decision in (*TWN 2018*)) to June 18, 2019 (the date of the Governor in Council's decision) was the consultation adequate in law to address the shortcomings in the earlier consultation process that were summarized at paragraphs 557–563 of (*TWN 2018*)? The answer to this question should include submissions on the standard of review, margin of appreciation or leeway that applies in law.

[6] Le contrôle judiciaire de chacune de ces demanderesses a été limité aux questions relevant de l'obligation de consulter, car les arguments d'ordre environnemental avancés n'étaient pas raisonnablement défendables (voir *Raincoast Conservation Foundation c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 224, [2020] 1 R.C.F. 362 (*Raincoast n^{o} 1*)). En fait, le libellé de l'ordonnance d'autorisation (l'ordonnance d'autorisation) a limité les demandes aux questions suivantes :

1. [D]u 30 août 2018 (la date du prononcé de l'arrêt (*TWN 2018*) au 18 juin 2019 (la date de la décision du gouverneur en conseil), les consultations des peuples autochtones et des Premières Nations étaient-elles adéquates en droit de telle sorte qu'elles permettent de pallier les lacunes des consultations initiales qui sont résumées aux paragraphes 557 à 563 des motifs de l'arrêt (*TWN 2018*)? La réponse à cette question devrait inclure des observations à propos de la norme de contrôle, marge d'appréciation ou latitude qui s'applique en droit.

2020 FCA 34 (CanLII)

2. Do any defences or bars to the application apply?

3. If the answers to the questions 1 and 2 are negative, should a remedy be granted and, if so, what remedy and on what terms?

[7] The applications were consolidated by an order issued on September 20, 2019, later amended on November 5, 2019. In the consolidated applications, the applicants allege that the renewed consultation in which they were each involved did not adequately address the shortcomings identified in *TWN 2018*. They invite us to answer the first two questions in the negative, and to grant the remedy of an order quashing the Order in Council as a consequence.

[8] The Attorney General of Canada on behalf of the Crown (the Crown or Canada), Trans Mountain Pipeline ULC and Trans Mountain Corporation (together, Trans Mountain) resist the consolidated applications on the basis that the duty to consult was adequately fulfilled, and ask that they be dismissed on this basis. The Attorneys General of Alberta and Saskatchewan, as interveners, support the Crown's position.

[9] The third intervener, the Canada Energy Regulator (CER), successor to the NEB, takes no position as to the merits of the judicial review applications, and appears in order to assist the Court as to the role of the NEB in the consultation process to date and its continued role in monitoring and ensuring ongoing compliance with the conditions that accompanied the issuance of the Order in Council.

[10] For the reasons that follow, we conclude that there is no basis for interfering with the Governor in Council's second authorization of the Project. The judicial review applications will be dismissed.

[11] In conformity with the amended consolidation order, these reasons will be filed in docket A-324-19 and a copy thereof will be filed in dockets A-325-19, A-326-19 and A-327-19.

2. [Y] a-t-il des moyens de défense ou des empêchements qui peuvent être opposés aux demandes de contrôle judiciaire?

3. [S]i les questions précédentes appellent des réponses négatives, y a-t-il lieu d'accorder une réparation (laquelle et à quelles conditions)?

[7] Les demandes de contrôle judiciaire ont été réunies aux termes d'une ordonnance rendue le 20 septembre, et modifiée par une seconde ordonnance le 5 novembre 2019. Dans les demandes réunies, les demanderesses soutiennent que les nouvelles consultations auxquelles elles ont chacune participé n'ont pas permis de pallier les lacunes mises au jour dans l'arrêt *TWN 2018*. Elles demandent donc à la Cour de répondre aux deux premières questions par la négative et de rendre une ordonnance annulant le décret.

[8] Le procureur général du Canada, représentant la Couronne (la Couronne ou le Canada), Trans Mountain Pipeline ULC et Trans Mountain Corporation (collectivement, Trans Mountain) s'opposent aux demandes réunies au motif que l'obligation de consulter a été adéquatement respectée et, pour cette raison, en demande le rejet. Les procureurs généraux intervenants de l'Alberta et de la Saskatchewan appuient la thèse de la Couronne.

[9] La troisième intervenante, la Régie de l'énergie du Canada (la Régie), qui succède à l'Office, ne prend pas position quant au bien-fondé des demandes de contrôle judiciaire et se présente pour aider la Cour quant au rôle de l'Office dans les consultations à ce jour et à son rôle continu dans le suivi et le respect des conditions dont était assorti le décret.

[10] Pour les motifs qui suivent, la Cour conclut qu'elle n'a aucune raison d'intervenir dans la seconde approbation du projet par le gouverneur en conseil. Les demandes de contrôle judiciaire seront rejetées.

[11] Conformément à l'ordonnance modifiée portant réunion des instances, les présents motifs seront déposés dans le dossier A-324-19 et une copie sera versée dans les dossiers A-325-19, A-326-19 et A-327-19.

2020 FCA 34 (CanLII)

I. Opening observations

[12] The applicants have argued their case very much as if this was the first time that their case was adjudicated. In fact our task is more limited.

[13] In *TWN 2018*, this Court examined the consultation process that preceded the first Project approval in exhaustive detail, finding many aspects of that process to be adequate. It found that the execution of one part of the consultation, Phase III, was deficient.

[14] When it came to remedy, this Court in *TWN 2018* did not require that the consultation process begin anew. Instead, it required focused consultation to address the shortcomings it identified. While the flaws were significant, they were restricted to precise issues within the overall consultation process.

[15] Our focus now is on the Governor in Council's decision to approve the Project a second time. The Governor in Council considered that the consultation efforts made after *TWN 2018* adequately remedied the identified flaws. Those efforts were sufficient to meet the duty to consult and, considering the benefits and detriments of the Project, the Project was in the public interest and should be approved.

[16] The existence and depth of the duty to consult are not in issue. All parties agree that the duty was one of deep consultation. The fundamental issue to be decided is whether taking this into account, the Governor in Council could reasonably conclude that the flaws identified in *TWN 2018* were adequately remedied by the renewed consultation process. This is a narrow issue primarily based on the Governor in Council's evaluation of the adequacy of the consultation that took place during the second consultation process, an assessment that is fact-intensive and that calls for deference.

I. Observations préliminaires

[12] Les demanderesses ont présenté leur cause comme si c'était la première fois qu'elle était entendue, cependant, de fait, la mission de la Cour est plus limitée.

[13] Dans l'arrêt *TWN 2018*, la Cour a examiné en détail les consultations qui ont précédé la première approbation du projet et a établi que de nombreux aspects de ces consultations étaient acceptables, mais elle a conclu qu'une partie des consultations, soit l'étape III, était déficiente.

[14] Pour ce qui est de la réparation, notre Cour a conclu, dans l'arrêt *TWN 2018*, qu'il n'était pas nécessaire de recommencer entièrement le processus de consultation. Elle a plutôt ordonné une ronde de consultations ciblées pour corriger les lacunes mises au jour. Bien que ces lacunes fussent majeures, elles se limitaient à des points précis dans le processus de consultation.

[15] La Cour doit maintenant se concentrer sur la décision du gouverneur en conseil d'approuver le projet une seconde fois. Le gouverneur en conseil a jugé que les consultations tenues après l'arrêt *TWN 2018* avaient adéquatement pallié les lacunes mises au jour, que les efforts déployés avaient suffi pour permettre à la Couronne de s'acquitter de son obligation de consulter, que le projet, compte tenu de ses avantages et de ses inconvénients, était dans l'intérêt public et qu'il était digne d'approbation.

[16] L'existence et la portée de l'obligation de consulter ne sont pas en jeu en l'espèce. Toutes les parties conviennent que cette obligation entraînait la tenue de consultations approfondies. La principale question à trancher est de savoir, compte tenu de la portée requise des consultations, si le gouverneur en conseil pouvait raisonnablement conclure que les lacunes mises au jour dans l'arrêt *TWN 2018* avaient été corrigées de façon adéquate par la nouvelle ronde de consultations. Cette question est restreinte et dépend avant tout de l'évaluation par le gouverneur en conseil du caractère adéquat des consultations qui ont eu lieu lors de la seconde

2020 FCA 34 (CanLII)

[17] The Governor in Council was entitled to measure the adequacy of the second consultation process in light of what was possible in the circumstances. Among these circumstances is the fact that the consultation under scrutiny in this case was conducted pursuant to this Court's decision in *TWN 2018*. In that case, the Court, having identified the flaws that needed further attention, was best positioned to evaluate how they could be addressed adequately. It concluded that the further consultation required to address the flaws could be "specific and focussed" and could be accomplished through a "brief and efficient" process (*TWN 2018*, paragraph 772).

[18] The Court in *TWN 2018* did not envisage that much more had to be done in order for the consultation process to address the identified flaws. This appreciation of the nature and extent of the work to be done could legitimately be relied on by the Governor in Council in determining what was needed in order to conduct the reparative consultation process (Explanatory Note, pages 22, 27). Absent new concerns or difficulties not envisaged in *TWN 2018*, it is not open to the applicants to now say—as they all do in one way or another—that something more than a "specific and focussed [and] brief and efficient" process was necessary.

[19] As well, consistent with this Court's advice in *TWN 2018*, all understood, or should have understood, that the time available for the renewed consultation was not open-ended. The Governor in Council referred the matter back to the NEB for reconsideration on September 20, 2018, and gave the NEB until February 22, 2019, to produce its Reconsideration Report (Order in Council P.C. 2018-1177 (September 20, 2018)). Canada announced that it would also reinitiate Phase III of the consultation process beginning October 5, 2018. On April 17, 2019, the Governor in Council by way of a further Order in Council extended by roughly a month the time limit for its decision, bringing the deadline to June 18, 2019 (Order in Council P.C. 2019-378 (April 17, 2019)).

ronde. Pareille évaluation est largement tributaire des faits et appelle la déférence.

[17] Le gouverneur en conseil pouvait à juste titre évaluer le caractère adéquat de la seconde ronde de consultations vu les possibilités dans les circonstances, et, entre autres circonstances, le fait que les consultations en question ont été tenues à la suite de la décision de la Cour dans l'affaire *TWN 2018*. Dans cette affaire, la Cour, après avoir décelé les lacunes, était la mieux placée pour déterminer les moyens à prendre pour les corriger valablement. Elle a déterminé que, pour combler les lacunes décelées, il convenait de tenir des consultations « précises et circonscrites » selon un processus « bref et efficace » (*TWN 2018*, paragraphe 772).

[18] Dans l'affaire *TWN 2018*, la Cour a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'en faire davantage pour pallier les lacunes mises au jour. Le gouverneur en conseil pouvait raisonnablement faire fond sur l'appréciation de la nature et de la portée des travaux à mener pour déterminer les mesures qui devaient être prises dans le but de tenir une ronde de consultations correctives (note explicative, pages 22 et 27). Faute de nouvelles préoccupations ou difficultés non envisagées dans l'arrêt *TWN 2018*, les demanderesses ne peuvent prétendre maintenant — comme elles le font toutes en quelque sorte — qu'il aurait fallu faire plus que simplement mettre en branle un processus « bref et efficace » de consultations « précises et circonscrites ».

[19] Par ailleurs, conformément aux conseils de la Cour dans l'arrêt *TWN 2018*, tous comprenaient, ou auraient dû comprendre, que le temps disponible pour la nouvelle ronde de consultations n'était pas illimité. Le gouverneur en conseil a renvoyé l'affaire à l'Office pour réexamen le 20 septembre 2018 et lui a accordé jusqu'au 22 février 2019 pour rendre son rapport de réexamen (décret C.P. 2018-1177 (20 septembre 2018)). Le Canada a annoncé qu'il reprendrait l'étape III des consultations à compter du 5 octobre 2018. Le 17 avril 2019, le gouverneur en conseil a délivré un autre décret pour repousser de près d'un mois, soit au 18 juin 2019, la date butoir pour rendre sa décision (décret C.P. 2019-378 (17 avril 2019)).

2020 FCA 34 (CanLII)

[20] The applicants complain that the time for the renewed consultation was insufficient to allow Canada to discharge its constitutional duty to consult. None of the applicants challenged the constitutional validity of section 54 of the NEB Act or the Orders in Council setting the time frame for the subsequent steps on the ground that they did not allow sufficient time for Canada to discharge its duty to consult. Absent such a challenge and given the time available, it was incumbent on all parties to engage in the consultation process diligently and to work toward accommodations that were responsive to the flaws identified in *TWN 2018*. Unfortunately, this did not always take place: much time was taken up by unnecessary delay, posturing and insisting on matters of form rather than substance.

[21] As well, all the applicants contend that Canada did not engage in the consultation process with an open mind. The suggestion in each case is that the outcome was predetermined because Canada owned Trans Mountain.

[22] This argument was considered in *Raincoast No. 1*, and was held not to meet the "'fairly arguable case'" test for granting leave to commence a judicial review application for a number of reasons (paragraphs 33–36):

> At the outset, it suffers from a fatal flaw. The Governor in Council is not the Government of Canada. The Governor in Council, the decision maker here, does not own the project.
>
> More fundamentally, section 54 of the *National Energy Board Act* requires the Governor in Council to decide whether to approve a project regardless of who owns it. The Act does not disqualify the Governor in Council from discharging this responsibility based on ownership of the project. The Act prevails over any common law notions of bias and conflict of interest….
>
> This case would be different if the Governor in Council blindly approved the project because the Government of Canada now owns it instead of looking at legally relevant criteria. But to make that sort of point "fairly arguable," there must be at least a shred of evidence to support it.

[20] Les demanderesses se plaignent que le temps imparti pour tenir la nouvelle ronde de consultations ne permettait pas au Canada de s'acquitter de son obligation constitutionnelle de consulter. Aucune d'elles n'a contesté la constitutionnalité de l'article 54 de la Loi sur l'Office ou des décrets fixant le calendrier des étapes suivantes au motif qu'ils ne permettaient pas au Canada de s'acquitter de son obligation de consulter. Faute d'une telle contestation et vu le temps disponible, il incombait à toutes les parties de prendre part aux consultations avec diligence et de chercher à mettre en place les accommodements voulus pour combler les lacunes décelées dans l'affaire *TWN 2018*. Mais tel n'a pas toujours été le cas : beaucoup de temps a été perdu en raison de retards futiles, d'agissements affectés et d'insistance sur la forme plutôt que sur le fond.

[21] Toutes les demanderesses prétendent en outre que le Canada a participé aux consultations avec l'esprit bien fermé. Elles laissent ainsi entendre que le résultat était fixé d'avance parce que le Canada est propriétaire de Trans Mountain.

[22] La Cour a examiné cet argument dans l'affaire *Raincoast n^o^ 1* et a conclu qu'il ne franchissait pas le seuil de l'argument « "raisonnablement défendable" » pour accorder l'autorisation de demander le contrôle judiciaire pour un certain nombre de raisons (paragraphes 33 à 36) :

> Au départ, cet argument est entaché d'un vice fatal. Le gouverneur en conseil n'est pas le gouvernement du Canada. Le gouverneur en conseil, l'organe décisionnel en l'espèce, n'est pas propriétaire du projet.
>
> Il existe une raison encore plus fondamentale : l'article 54 de la Loi [sur l'Office national de l'énergie] oblige le gouverneur en conseil à décider d'approuver ou non un projet, sans égard à l'identité du propriétaire. La Loi ne déshabilite pas le gouverneur en conseil à s'acquitter de cette responsabilité selon l'identité du propriétaire du projet. La Loi l'emporte sur les principes de common law relatifs à la partialité et aux conflits d'intérêts […]
>
> L'affaire serait différente si le gouverneur en conseil avait aveuglément approuvé le projet parce que le gouvernement du Canada en est maintenant propriétaire au lieu d'examiner les critères juridiques pertinents. Toutefois, pour que ce genre d'argument soit « raisonnable[ment]

2020 FCA 34 (CanLII)

> In the evidentiary record before the Court, there is none. Without evidence, suggestions of bias or conflict of interest are just idle speculations or bald allegations and cannot possibly satisfy the test of a "fairly arguable case"....
>
> Some applicants have noted public statements on the part of certain federal politicians in support of the project as proof of disqualifying bias. This issue is not "fairly arguable." In law, statements of this sort do not trigger disqualifying bias…. [Citations omitted.]

[23] The bias argument, having been excluded at the leave stage, is not properly before us. However, we believe it useful to nevertheless confirm that based on the record before us, there is no evidence that the Governor in Council's decision was reached by reason of Canada's ownership interest rather than the Governor in Council's genuine belief that the Project was in the public interest. While the assessment that was ultimately made may benefit the Crown as owner of the Project, nothing suggests that the Governor in Council was not guided by the public interest throughout.

II. The standard of review

A. *General considerations*

[24] After the hearing in this matter, the Supreme Court released its decision in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 438 D.L.R. (4th) 745 (*Vavilov*), concerning the standard of review that governs in matters such as this. This Court called for further submissions in writing from the parties concerning *Vavilov*. We have received their submissions and have considered them.

[25] All are agreed that *Vavilov* does not bring a material change to the standard of review in this litigation. However, *Vavilov* does bring together and clarify a number of principles in a useful way.

[26] This is a statutory judicial review, not a statutory appeal. In such circumstances, there is a presumption that the standard of review is reasonableness (*Vavilov*,

> défendable », il doit être un tant soit peu étayé. Dans le dossier dont la Cour est saisie, pareille preuve brille par son absence. Dans ce cas, les arguments portant sur la partialité et les conflits d'intérêts ne sont rien d'autre que des conjectures et de simples prétentions non étayées qui ne sauraient être « raisonnablement défendables » […]
>
> Certains demandeurs avancent comme preuve de partialité fatale des déclarations publiques en faveur du projet prononcées par des politiciens fédéraux. Cette question n'est pas « raisonnablement défendable ». En droit, de telles déclarations ne révèlent pas une partialité fatale […] [Renvois omis.]

[23] La Cour n'a pas eu à se pencher sur l'argument de la partialité, puisqu'il a été exclu à l'étape de l'autorisation, mais elle estime néanmoins utile de confirmer que, selon le dossier devant elle, rien ne permet de croire que la décision du gouverneur en conseil repose sur la participation du Canada au projet et non sur la conviction véritable du gouverneur en conseil que le projet était dans l'intérêt public. Bien que, en fin de compte, l'évaluation qui a été faite ait pu profiter à la Couronne en tant que propriétaire du projet, rien ne permet de croire que le gouverneur en conseil ait perdu l'intérêt public de vue tout au long du processus.

II. Norme de contrôle

A. *Considérations d'ordre général*

[24] Après avoir entendu l'affaire *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 (*Vavilov*), la Cour suprême a rendu sa décision au sujet de la norme de contrôle applicable dans les cas tel celui-ci. Notre Cour a invité les parties à lui faire part de leurs observations par écrit sur cet arrêt. Elle a reçu ces observations et en a tenu compte.

[25] Toutes les parties conviennent que l'arrêt *Vavilov* est d'une incidence limitée sur la norme de contrôle en l'espèce. Quoi qu'il en soit, cet arrêt réunifie et clarifie de façon utile un bon nombre de principes.

[26] La présente instance est un contrôle judiciaire prévu par la loi, et non un appel prévu par la loi. Dans les circonstances, il est présumé que la norme de contrôle

2020 FCA 34 (CanLII)

paragraphs 23–32), and none of the exceptions to reasonableness review identified in *Vavilov* apply.

[27] In *Vavilov*, the Supreme Court held that questions as to "the scope of Aboriginal and treaty rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* … require a final and determinate answer from the courts" and, thus, must be reviewed for correctness (*Vavilov*, paragraph 55). But, as mentioned, the scope of the duty to consult under section 35 is not in issue before us. Thus, reasonableness is the standard of review (see also *TWN 2018*, paragraphs 225–226). That said, we are dealing with a constitutional duty of high significance to Indigenous peoples and indeed the country as a whole. This is part of the context that informs the conduct of the reasonableness review.

[28] In conducting this review, it is critical that we refrain from forming our own view about the adequacy of consultation as a basis for upholding or overturning the Governor in Council's decision. In many ways, that is what the applicants invite us to do. But this would amount to what has now been recognized as disguised correctness review, an impermissible approach (*Vavilov*, paragraph 83):

> It follows that the focus of reasonableness review must be on the decision actually made by the decision maker, including both the decision maker's reasoning process and the outcome. The role of courts in these circumstances is to *review*, and they are, at least as a general rule, to refrain from deciding the issue themselves. Accordingly, a court applying the reasonableness standard does not ask what decision it would have made in place of that of the administrative decision maker, attempt to ascertain the "range" of possible conclusions that would have been open to the decision maker, conduct a *de novo* analysis or seek to determine the "correct" solution to the problem. The Federal Court of Appeal noted in *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 472 N.R. 171, that, "as reviewing judges, we do not make our own yardstick and then use that yardstick to measure what the administrator did": at para. 28; see also *Ryan*, at paras. 50-51. Instead, the reviewing court must consider only whether

est celle de la décision raisonnable (*Vavilov*, paragraphes 23 à 32), et aucune des exceptions relevées dans l'arrêt *Vavilov* ne s'applique.

[27] Dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a établi que les questions touchant à « la portée des droits ancestraux et droits issus de traités reconnus à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* […] nécessite[nt] une réponse décisive et définitive des cours de justice », d'où l'application de la norme de la décision correcte (*Vavilov*, paragraphe 55). Mais, comme il a été mentionné plus tôt, la portée de l'obligation de consulter prévue à l'article 35 n'étant pas en cause en l'espèce, la norme de la décision raisonnable s'applique (voir aussi l'arrêt *TWN 2018*, paragraphes 225 et 226). Cela dit, il s'agit ici d'une obligation constitutionnelle d'une grande importance pour les peuples autochtones et, en fait, pour le pays tout entier. Voilà le cadre dans lequel s'inscrit le contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

[28] Pour mener à bien le contrôle, il est essentiel de s'abstenir de former sa propre opinion sur le caractère adéquat des consultations et de fonder sur celle-ci sa décision de confirmer ou d'infirmer la décision du gouverneur en conseil. C'est en quelque sorte ce que les demanderesses invitent la Cour à faire. Toutefois, pareil procédé, qui s'apparente à ce qu'il est maintenant convenu d'appeler un contrôle déguisé selon la norme de la décision correcte, n'est pas permis (*Vavilov*, paragraphe 83) :

> Il s'ensuit que le contrôle en fonction de la norme de la décision raisonnable doit s'intéresser à la décision effectivement rendue par le décideur, notamment au raisonnement suivi et au résultat de la décision. Le rôle des cours de justice consiste, en pareil cas, à *réviser* la décision et, en général à tout le moins, à s'abstenir de trancher elles-mêmes la question en litige. Une cour de justice qui applique la norme de contrôle de la décision raisonnable ne se demande donc pas quelle décision elle aurait rendue à la place du décideur administratif, ne tente pas de prendre en compte l'« éventail » des conclusions qu'aurait pu tirer le décideur, ne se livre pas à une analyse *de novo*, et ne cherche pas à déterminer la solution « correcte » au problème. Dans l'arrêt *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117, la Cour d'appel fédérale a signalé que « le juge réformateur n'établit pas son propre critère pour ensuite jauger ce qu'a fait l'administrateur » : par. 28; voir aussi *Ryan*, par. 50-51. La cour

2020 FCA 34 (CanLII)

> the decision made by the administrative decision maker — including both the rationale for the decision and the outcome to which it led — was unreasonable. [Emphasis in original.]

[29] Rather, our focus must be on the reasonableness of the Governor in Council's decision, including the outcome reached and the justification for it. The issue is not whether the Governor in Council could have or should have come to a different conclusion or whether the consultation process could have been longer or better. The question to be answered is whether the decision approving the Project and the justification offered are acceptable and defensible in light of the governing legislation, the evidence before the Court and the circumstances that bear upon a reasonableness review.

[30] There are many such circumstances. The Supreme Court emphasized in *Vavilov* that reasonableness is a single standard that must account for context. In its words, "the particular context of a decision constrains what will be reasonable for an administrative decision maker to decide in a given case" (*Vavilov*, paragraph 89). Thus, reasonableness "takes its colour from the context" and "must be assessed in the context of the particular type of decision making involved and all relevant factors" (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, paragraph 59; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5 (*Catalyst*), paragraph 18; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770, paragraph 22). In other words, the circumstances, considerations and factors in particular cases influence how courts go about assessing the acceptability and defensibility of administrative decisions (*Catalyst*, paragraph 18; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, paragraph 54; *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364, paragraph 44).

[31] In *Vavilov*, the Supreme Court emphasized that reasonableness review is to be conducted by appreciating the decision, the reasons for it, and the context in which it was made. This requires us to consider the

> de révision n'est plutôt appelée qu'à décider du caractère raisonnable de la décision rendue par le décideur administratif — ce qui inclut à la fois le raisonnement suivi et le résultat obtenu. [Italiques dans l'original.]

[29] La Cour doit donc concentrer son attention sur la raisonnabilité de la décision du gouverneur en conseil, y compris l'issue et le justificatif. Il ne s'agit pas de savoir si le gouverneur en conseil aurait pu ou aurait dû arriver à une conclusion différente ni si les consultations auraient pu durer plus longtemps ou mieux se dérouler. Il s'agit de répondre à la question de savoir si la décision d'approuver le projet et le justificatif offert sont acceptables et défendables compte tenu de la législation applicable, de la preuve présentée à la Cour et des circonstances ayant une incidence sur le contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

[30] Il existe de nombreuses telles circonstances. La Cour suprême a souligné dans l'arrêt *Vavilov* que la norme de la décision raisonnable est une norme unique qui tient compte du contexte. Elle s'est exprimée ainsi : « Le contexte particulier d'une décision circonscrit plutôt la latitude du décideur administratif en matière de décision raisonnable dans un cas donné » (*Vavilov*, paragraphe 89). Ainsi, la raisonnabilité « s'adapte au contexte » et « s'apprécie dans le contexte du type particulier de processus décisionnel en cause et de l'ensemble des facteurs pertinents » (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, paragraphe 59; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5 (*Catalyst*), paragraphe 18; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770, paragraphe 22). En d'autres mots, les facteurs, considérations et circonstances dans des cas donnés influent sur la façon dont les cours de justice évaluent le caractère acceptable et justifiable des décisions administratives (*Catalyst*, paragraphe 18; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, paragraphe 54; *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364, paragraphe 44).

[31] Dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a indiqué clairement que les contrôles selon la norme de la décision raisonnable doivent reposer sur l'appréciation de la décision, les motifs donnés à l'appui et le contexte dans

2020 FCA 34 (CanLII)

reasons offered in justification of the decision in light of the evidentiary record.

B. *Factors that bear on reasonableness review*

[32] One factor affecting the reasonableness review has already been examined above: the comments of this Court in *TWN 2018* regarding what sort of work was required to address the shortcomings through a brief and efficient consultation process. The Governor in Council was entitled to take this assessment into account in determining whether the duty to consult was adequately met. But there are other factors that affect the reasonableness review.

(1) Empowering legislation

[33] One important factor to consider is the empowering legislation as set out in sections 54 and 55 of the NEB Act (*Vavilov*, paragraph 108; *Canada (Attorney General) v. Boogaard*, 2015 FCA 150, 87 Admin. L.R. (5th) 175, paragraph 36). It sets permissible bounds for the Governor in Council's approval decision.

[34] Under section 54, the Governor in Council is the only body empowered to determine whether the Project should be approved or denied on any basis, including compliance with the duty to consult. When regard is had to this provision, this Court has no role in deciding whether the Project should be approved or not and should not second-guess the outcome based on its own view of the matter.

[35] Under section 55, challenges to an approval can only be brought by way of judicial review (*TWN 2018*, paragraphs 170ff., leave to appeal to S.C.C. refused, 38379 (2 May 2019); *Gitxaala Nation v. Canada*, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418 (*Gitxaala Nation*), paragraphs 92ff., 119ff., leave to appeal to S.C.C. refused [nº 37201 (February 9, 2017)], [2017] 1 S.C.R. xvi). Reviewing courts are limited to a reviewing function

lequel cette dernière a été prise. Notre Cour doit donc tenir compte des motifs donnés à l'appui de la décision à la lumière de la preuve qui lui est présentée.

B. *Facteurs ayant une incidence sur la norme de contrôle de la décision raisonnable*

[32] L'un des facteurs ayant une incidence sur le contrôle selon la norme de la décision raisonnable a déjà été examiné ci-dessus : les remarques de la Cour dans l'arrêt *TWN 2018* sur les travaux requis pour pallier les lacunes dans le cadre d'un processus de consultation bref et efficace. Le gouverneur en conseil pouvait à bon droit tenir compte de cette évaluation en se prononçant sur la question de savoir si l'obligation de consulter avait été véritablement respectée. Il existe cependant d'autres facteurs qui ont une incidence sur le contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

1) Dispositions habilitantes

[33] Les dispositions habilitantes, en l'occurrence les articles 54 et 55 de la Loi sur l'Office, sont l'un des facteurs d'importance à prendre en considération (*Vavilov*, paragraphe 108; *Canada (Procureur général) c. Boogaard*, 2015 CAF 150, [2015] A.C.F. nº 775 (QL), paragraphe 36). Elles fixent les balises acceptables de la décision du gouverneur en conseil d'approuver le projet.

[34] Aux termes de l'article 54, le gouverneur en conseil est la seule autorité compétente pour déterminer s'il y a lieu d'approuver ou de rejeter un projet, peu importe la raison, notamment le respect de l'obligation de consulter. Au regard de cette disposition, la Cour ne peut intervenir dans la décision d'approuver ou non un projet et elle ne peut mettre en doute l'issue de l'affaire sur la foi de sa propre opinion.

[35] Selon l'article 55, les approbations peuvent être contestées par voie de contrôle judiciaire (*TWN 2018*, paragraphes 170 et suiv., autorisation d'interjeter appel à la C.S.C. refusée, nº 38379 (2 mai 2019); *Nation Gitxaala c. Canada*, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418 (*Nation Gitxaala*), paragraphes 92 et suiv., 119 et suiv., autorisation d'interjeter appel à la C.S.C. refusée, nº 37201 (9 février 2017) [[2017] 1 R.C.S. xvi]). Les cours de

2020 FCA 34 (CanLII)

and are not to pronounce on the merits (see *Raincoast No. 1*, paragraphs 44, 50ff.; *Ignace v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 239, paragraph 36; *Raincoast Conservation Foundation v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 259, paragraphs 13–15).

[36] This is particularly so given the nature of the question before us. As mentioned above, the Governor in Council decided that the duty to consult was adequately fulfilled, i.e., that there had been meaningful two-way dialogue during the reparative consultation process. This is a fact-intensive question of mixed fact and law that commands deference. Under section 54, it is up to the Governor in Council to assess the facts in order to determine the adequacy of consultation. Our role is restricted to testing the reasonableness of this assessment.

(2) The law concerning the duty to consult

[37] The law concerning the duty to consult constrains the Governor in Council under section 54 of the NEB Act and affects this Court's review of the Governor in Council's decision (*Vavilov*, paragraphs 111–114).

[38] The practical requirements of the duty to consult have been compared to administrative law standards of procedural fairness (*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511 (*Haida Nation*), paragraph 41; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103 (*Beckman*), paragraph 46). The cases on point emphasize that consultation need not be perfect (*Haida Nation*, paragraph 62; *TWN 2018*, paragraphs 226, 508). It follows that the Governor in Council was entitled to give the government actors leeway in assessing whether their efforts resulted in compliance with the duty to consult.

[39] The words of this Court in *Gitxaala Nation* are apposite here (paragraph 182):

révision sont limitées à la fonction de contrôle et ne doivent pas se prononcer sur le fond (voir *Raincoast nº 1*, paragraphes 44, 50 et suiv.; *Ignace c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 239, paragraphe 36; *Raincoast Conservation Foundation c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 259, paragraphes 13 à 15).

[36] Cette limite revêt toute son importance vu la question dont la Cour est saisie. Comme il a été mentionné plus haut, le gouverneur en conseil a conclu que la Couronne s'était acquittée de son obligation de consulter, c'est-à-dire qu'il y a eu un véritable dialogue durant la ronde de consultations correctives. Il s'agit là d'une question mixte de fait et de droit largement tributaire des faits, qui appelle la déférence. Selon l'article 54, il appartient au gouverneur en conseil d'évaluer les faits pour déterminer si les consultations étaient adéquates. Notre rôle se limite à examiner la raisonnabilité de cette évaluation.

2) Le droit régissant l'obligation de consulter

[37] Le droit régissant l'obligation de consulter confine le gouverneur en conseil à l'article 54 de la Loi sur l'Office et régit le contrôle par la Cour de la décision du gouverneur en conseil (*Vavilov*, paragraphes 111 à 114).

[38] Les critères pratiques de l'obligation de consulter se comparent aux normes de l'équité procédurale en droit administratif (*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511 (*Nation haïda*), paragraphe 41; *Beckman c. Première nation Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103 (*Beckman*, paragraphe 46). La jurisprudence sur le sujet indique clairement que les consultations n'ont pas à être parfaites (*Nation haïda*, paragraphe 62; *TWN 2018*, paragraphes 226 et 508). Il s'ensuit que le gouverneur en conseil pouvait à bon droit donner aux intervenants du gouvernement la latitude voulue pour évaluer si leurs efforts avaient permis à la Couronne d'honorer son obligation de consulter.

[39] Il est opportun de souligner que, dans l'arrêt *Nation Gitxaala*, la Cour s'est exprimée ainsi à ce sujet (paragraphe 182) :

2020 FCA 34 (CanLII)

> … 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.

(See also *TWN 2018*, paragraphs 509, 762; *Ahousaht First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2008 FCA 212, 297 D.L.R. (4th) 722 (*Ahousaht First Nation*), paragraph 54; *Canada v. Long Plain First Nation*, 2015 FCA 177, 388 D.L.R. (4th) 209 (*Long Plain First Nation*), paragraph 133; *Yellowknives Dene First Nation v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2015 FCA 148, 474 N.R. 350 (*Yellowknives Dene First Nation*), paragraph 56.)

[40] For example, it has been said that to satisfy the duty, consultation must be "reasonable" (*Haida Nation*, paragraphs 62–63, 68; *Gitxaala Nation*, paragraphs 8, 179, 182–185; *TWN 2018*, paragraphs 226, 508–509; *Squamish First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2019 FCA 216, 436 D.L.R. (4th) 596 (*Squamish First Nation*), paragraph 31). "Reasonable" consultation means Canada must show that it has considered and addressed the rights claimed by Indigenous peoples in a meaningful way (*Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069 (*Clyde River*), paragraph 41 ; *Squamish First Nation*, paragraph 37; *Haida Nation*, paragraph 42). "Meaningful" is a standard that also appears in the case law (*Gitxaala Nation*, paragraphs 179, 181, 231–234; *TWN 2018*, paragraphs 6, 494–501, 762; *Haida Nation*, paragraphs 10, 36, 42; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550 (*Taku River*), paragraphs 2, 29; *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2017 SCC 41, [2017] 1 S.C.R. 1099 (*Chippewas of the Thames*), paragraphs 32, 44).

> […] En l'espèce, 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.

(Voir aussi *TWN 2018*, paragraphes 509 et 762; *Première Nation des Ahousaht c. Canada (Pêches et Océans)*, 2008 CAF 212, [2008] A.C.F. nº 946 (QL) (*Première Nation des Ahousaht*), paragraphe 54; *Canada c. Première nation de Long Plain*, 2015 CAF 177, [2015] A.C.F. nº 961 (QL) (*Première nation de Long Plain*), paragraphe 133; *Première nation Yellowknives Denes c. Canada (Affaires autochtones et Développement du Nord)*, 2015 CAF 148, [2015] A.C.F. nº 829 (QL) (*Première nation des Dénés Yellowknives*), paragraphe 56.)

[40] Il est reconnu, par exemple, que pour respecter l'obligation, les consultations doivent être « raisonnables » (*Nation haïda*, paragraphes 62, 63 et 68; *Nation Gitxaala*, paragraphes 8, 179 et 182 à 185; *TWN 2018*, paragraphes 226, 508 et 509; *La bande indienne de Squamish c. Canada (Pêches et Océans)*, 2019 CAF 216 (*Première Nation Squamish*), paragraphe 31). Pour que les consultations soient dites « raisonnables », il faut que le Canada puisse montrer qu'il a pris en considération et traité les droits revendiqués par les peuples autochtones de façon véritable (*Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069 (*Clyde River*), paragraphe 41; *Première Nation Squamish*, paragraphe 37; *Nation haïda*, paragraphe 42). Le caractère « véritable » est également mentionné dans la jurisprudence (*Nation Gitxaala*, paragraphes 179, 181 et 231 à 234; *TWN 2018*, paragraphes 6, 494 à 501 et 762; *Nation haïda*, paragraphes 10, 36, 42; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550 (*Taku River*), paragraphes 2 et 29; *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, 2017 CSC 41, [2017] 1 R.C.S. 1099 (*Chippewas of the Thames*), paragraphes 32 et 44).

2020 FCA 34 (CanLII)

[41] So what do the words "reasonable" and "meaningful" mean in this context? The case law is replete with *indicia*, such as consultation being more than "blow[ing] off steam" (*Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388 (*Mikisew 2005*), paragraph 54), the Crown possessing a state of open-mindedness about accommodation (*Gitxaala Nation*, paragraph 233), the Crown exercising "good faith" (*Haida Nation*, paragraph 41; *Clyde River*, paragraphs 23–24; *Chippewas of the Thames*, paragraph 44), the existence of two-way dialogue (*Gitxaala Nation*, paragraph 279), the process being more than "a process for exchanging and discussing information" (*TWN 2018*, paragraphs 500–502), the conducting of "dialogue … that leads to a demonstrably serious consideration of accommodation" (*TWN 2018*, paragraph 501) and the Crown "grappl[ing] with the real concerns of the Indigenous applicants so as to explore possible accommodation of those concerns" (*TWN 2018*, paragraph 6). In cases like this where deep consultation is required, the Supreme Court has suggested the following non-binding *indicia* (*Chippewas of the Thames*, paragraph 47; *Haida Nation*, paragraph 44; *Squamish First Nation*, paragraph 36; see also *Yellowknives Dene First Nation*, paragraph 66):

- the opportunity to make submissions for consideration;
- formal participation in the decision-making process;
- provision of written reasons to show that Indigenous concerns were considered and to reveal the impact they had on the decision; and
- dispute resolution procedures like mediation or administrative regimes with impartial decision makers.

[41] Alors, quel est le sens des mots « raisonnable » et « véritable » dans ce contexte? Les indices abondent dans la jurisprudence sur le sujet. Par exemple, les consultations doivent être plus qu'une simple occasion de « se défouler » (*Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388 (*Mikisew 2005*), paragraphe 54), la Couronne doit faire preuve d'ouverture d'esprit face aux accommodements (*Nation Gitxaala*, paragraphe 233), la Couronne doit agir de « bonne foi » (*Nation haïda*, paragraphe 41; *Clyde River*, paragraphes 23 et 24; *Chippewas of the Thames*, paragraphe 44), les consultations doivent ouvrir la voie à un véritable dialogue bilatéral (*Nation Gitxaala*, paragraphe 279), le processus doit être plus qu'« un simple mécanisme permettant aux intéressés d'échanger des renseignements et d'en discuter » (*TWN 2018*, paragraphes 500 à 502) et être « un dialogue qui mène à une prise en compte sérieuse et manifeste des accommodements » (*TWN 2018*, paragraphe 501) et la Couronne se doit « de se pencher sur les réelles préoccupations des demandeurs autochtones de manière à être en mesure de rechercher des mesures pour y répondre » (*TWN 2018*, paragraphe 6). Dans les cas comme celui dont la Cour est saisie, où les consultations approfondies s'imposent, la Cour suprême a proposé les balises facultatives suivantes (*Chippewas of the Thames*, paragraphe 47; *Nation haïda*, paragraphe 44; *Première Nation Squamish*, paragraphe 36; voir aussi *Première nation des Dénés Yellowknives*, paragraphe 66) :

- la possibilité de présenter des observations;
- la participation officielle à la prise de décisions;
- la présentation de motifs montrant que les préoccupations des Autochtones ont été prises en compte et précisant quelle a été l'incidence de ces préoccupations sur la décision;
- un mécanisme de résolution des différends tel que la médiation ou autre processus administratif doté de décideurs neutres.

2020 FCA 34 (CanLII)

[42] Examples and *indicia* in the case law are nothing more than indicators. The Supreme Court, while providing us with many of these *indicia*, has made it clear that what will satisfy the duty will vary from case to case, depending on the circumstances (*Haida Nation*, paragraph 45). So where do we get guidance?

[43] The Supreme Court has identified the concepts that animate the duty. In its view, the "controlling question" as to what is "reasonable" or "meaningful" consultation 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).

[44] The Supreme Court's most recent discussion of the honour of the Crown appears in paragraphs 21 and 22 of the majority reasons in *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 2018 SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765 (*Mikisew 2018*):

> …. [The honour of the Crown] recognizes that the tension between the Crown's assertion of sovereignty and the pre-existing sovereignty, rights and occupation of Aboriginal peoples creates a special relationship that requires that the Crown act honourably in its dealings with Aboriginal peoples (*Manitoba Metis*, at para. 67; B. Slattery, "Aboriginal Rights and the Honour of the Crown" (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433, at p. 436).
>
> The underlying purpose of the honour of the Crown is to facilitate the reconciliation of these interests (*Manitoba Metis*, at paras. 66-67). One way that it does so is by promoting negotiation and the just settlement of Aboriginal claims as an alternative to litigation and judicially imposed outcomes (*Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, at para. 24). This endeavour of reconciliation is a first principle of Aboriginal law.

[45] However, the precise content of the honour of the Crown also turns on the circumstances of the particular case (*Mikisew 2018*, paragraph 24):

[42] Quoi qu'il en soit, les exemples et les balises que l'on trouve dans la jurisprudence ne sont rien de plus que des indications. La Cour suprême a précisé, en donnant ces balises, que les éléments nécessaires pour s'acquitter de l'obligation de consulter varient d'un cas à l'autre, selon les circonstances (*Nation haïda*, paragraphe 45). Alors, où trouver les repères?

[43] La Cour suprême a mis en lumière les notions qui sous-tendent l'obligation. Selon elle, la « question décisive » à se poser pour savoir si les consultations ont été « raisonnables » ou « véritables » « 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).

[44] L'analyse la plus récente de la Cour suprême sur l'honneur de la Couronne se trouve aux paragraphes 21 et 22 des motifs majoritaires dans l'arrêt *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765 (*Mikisew 2018*) :

> […] [L'honneur de la Couronne] reconnaît que la tension entre l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, d'une part, et la souveraineté, les droits et l'occupation préexistants des peuples autochtones, d'autre part, donne naissance à une relation particulière, qui exige que la Couronne agisse honorablement envers ces derniers : *Manitoba Metis*, par. 67; B. Slattery, « Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433, p. 436.
>
> L'objectif qui sous-tend le principe de l'honneur de la Couronne est celui de faciliter la réconciliation de ces intérêts : *Manitoba Metis*, par. 66-67. Il contribue à l'atteinte de cet objectif notamment en favorisant la négociation et le règlement juste des revendications autochtones comme solution de rechange aux recours judiciaires et aux résultats imposés par les tribunaux : *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, par. 24. Cette entreprise de réconciliation est un principe de base du droit des Autochtones.

[45] La teneur précise de l'honneur de la Couronne dépend aussi des circonstances particulières de l'affaire (*Mikisew 2018*, paragraphe 24) :

2020 FCA 34 (CanLII)

> …. [T]his Court has made clear that the duties that flow from the honour of the Crown will vary with the situations in which it is engaged (*Manitoba Metis*, at para. 74). Determining what constitutes honourable dealing, and what specific obligations are imposed by the honour of the Crown, depends heavily on the circumstances (*Haida Nation*, at para. 38; *Taku River*, at para. 25; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at paras. 36-37).

[46] Further on in *Mikisew 2018*, the Court identified consultation as a requirement that flows from the honour of the Crown. Consultation is connected to the honour of the Crown because it is not honourable for Canada to act unilaterally in a way that could affect the rights of Indigenous peoples, without first engaging in meaningful consultation (*Mikisew 2018*, paragraph 25):

> The duty to consult is one such obligation. In instances where the Crown contemplates executive action that may adversely affect s. 35 rights, the honour of the Crown has been found to give rise to a justiciable duty to consult (see e.g. *Haida Nation*, *Taku River*, *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, and *Little Salmon*). This obligation has also been applied in the context of statutory decision-makers that — while not part of the executive — act on behalf of the Crown (*Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc*., 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069, at para. 29). These cases demonstrate that, in certain circumstances, Crown conduct may not constitute an "infringement" of established s. 35 rights; however, acting unilaterally in a way that may adversely affect such rights does not reflect well on the honour of the Crown and may thus warrant intervention on judicial review.

[47] The other controlling concept is reconciliation. The best description of reconciliation to date appears in the following passage from *Beckman* (paragraph 10):

> The reconciliation of Aboriginal and non-Aboriginal Canadians in a mutually respectful long-term relationship is the grand purpose of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The modern treaties, including those at issue here, attempt to further the objective of reconciliation not only by addressing grievances over the land claims but by creating the legal basis to foster a positive long-term relationship

> […] [L]a Cour a clairement indiqué que les obligations qui […] découlent [de l'honneur de la Couronne] varient en fonction de la situation : *Manitoba Metis*, par. 74. La réponse à la question de savoir ce qui constitue un comportement honorable et quelles obligations découlent de l'honneur de la Couronne sont fortement tributaires des circonstances : *Nation haïda*, par. 38; *Taku River*, par. 25; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 36-37.

[46] Plus loin, dans l'arrêt *Mikisew 2018*, la Cour suprême a établi que l'obligation de consulter découle de l'honneur de la Couronne. Il en est ainsi parce qu'il ne serait pas honorable que le Canada agisse unilatéralement d'une façon qui pourrait nuire aux droits des peuples autochtones, sans d'abord engager de véritables consultations (*Mikisew 2018*, paragraphe 25) :

> L'obligation de consulter est une de ces obligations. Dans les cas où la Couronne envisage de prendre une mesure exécutive susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur les droits protégés par l'art. 35, la Cour a jugé que le principe de l'honneur de la Couronne donne lieu à une obligation de consulter justiciable : voir, p. ex., *Nation haïda*; *Taku River*; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Little Salmon*. Cette obligation a aussi été jugée applicable lorsqu'un décideur habilité par la loi — ne faisant pas partie de l'exécutif — agit au nom de la Couronne : *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069, par. 29. Il ressort de ces arrêts que, dans certaines circonstances, la conduite de la Couronne peut ne pas constituer une « atteinte » à des droits visés à l'art. 35 ayant été établis. Toutefois, agir unilatéralement d'une manière susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur ces droits ternit l'honneur de la Couronne et peut de ce fait justifier une intervention à l'issue d'un contrôle judiciaire.

[47] L'autre notion de base est la réconciliation. À ce jour, la meilleure description de ce en quoi consiste la réconciliation se trouve dans le passage suivant, tiré de l'arrêt *Beckman* (paragraphe 10) :

> La réconciliation des Canadiens autochtones et non autochtones dans le cadre d'une relation à long terme empreinte de respect mutuel : voilà le noble objectif de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les traités récents, y compris ceux en cause en l'espèce, tentent de contribuer à la réalisation de cet objectif de réconciliation, non seulement en répondant aux griefs relatifs aux

2020 FCA 34 (CanLII)

between Aboriginal and non-Aboriginal communities. Thoughtful administration of the treaty will help manage, even if it fails to eliminate, some of the misunderstandings and grievances that have characterized the past. Still, as the facts of this case show, the treaty will not accomplish its purpose if it is interpreted by territorial officials in an ungenerous manner or as if it were an everyday commercial contract. The treaty is as much about building relationships as it is about the settlement of ancient grievances. The future is more important than the past. A canoeist who hopes to make progress faces forwards, not backwards.

[48] Reconciliation must nonetheless begin by looking back and developing a deep understanding of the centuries of neglect and disrespect toward Indigenous peoples, well-summarized in a number of reports and studies (see, e.g., Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (Ottawa: The Commission, 1996); Truth and Reconciliation Commission of Canada, *Honouring the truth, reconciling for the future: summary of the final report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada* (Winnipeg: Truth and Reconciliation Commission of Canada, 2015)). Too often decisions affecting Indigenous peoples have been made without regard for their interests, dignity, membership and belonging in Canadian society, with terrible neglect and damage to their lives, communities, cultures and ways of life. Worse, almost always no effort was made to receive their views and try to accommodate them—quite the opposite. The duty to consult is aimed at helping to reverse that historical wrong.

[49] Reconciliation also looks forward. It is meant to be transformative, to create conditions going forward that will prevent recurrence of harm and dysfunctionality but also to promote a constructive relationship, to create a new attitude where Indigenous peoples and all others work together to advance our joint welfare with mutual respect and understanding, always recognizing that while majorities will sometimes prevail and sometimes not, concerns must always be taken on board, considered and rejected only after informed reflection and for good

revendications territoriales, mais en créant le fondement juridique propre à favoriser une relation à long terme harmonieuse entre les collectivités autochtones et non autochtones. Une application judicieuse du traité aidera à aplanir, sans nécessairement les éliminer, certains des malentendus et des doléances qui ont caractérisé le passé. Mais comme le montrent les faits de la présente affaire, l'objectif du traité ne pourra être atteint si les responsables territoriaux l'interprètent de façon mesquine ou comme s'il s'agissait d'un banal contrat commercial. Le traité vise tout autant l'établissement de relations que la résolution des griefs du passé. L'avenir est plus important que le passé. Un canoteur qui souhaite avancer regarde devant lui, non derrière.

[48] La réconciliation débute néanmoins par un regard sur le passé et une profonde compréhension de l'historique de négligence et de manque de respect envers les peuples autochtones comme bon nombre de rapports et études en font état (voir, p. ex., Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (Ottawa : la Commission, 1996); la Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir : Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada* (Winnipeg : Commission de vérité et réconciliation du Canada, 2015)). Trop souvent, les décisions touchant les peuples autochtones ont été prises sans égard aux intérêts et à la dignité de ceux-ci, abstraction faite de leur appartenance à part entière à la société canadienne et au mépris des terribles conséquences sur leur vie, leur communauté, leur culture et leur mode de vie. Pis encore, presque aucun effort n'a été déployé pour connaître leur point de vue et tenter de les accommoder, bien au contraire. L'obligation de consulter vise à réparer les torts que les peuples autochtones ont subis au cours des siècles.

[49] La réconciliation porte également sur l'avenir. Elle doit être transformatrice et assurer que les conditions futures empêcheront le retour du préjudice et du dysfonctionnement, mais elle doit également mener à une relation constructive et favoriser un nouveau point de vue afin que les peuples autochtones et tous puissent travailler ensemble pour promouvoir notre bien-être commun, avec respect et compréhension réciproque, en reconnaissant toujours que même si la majorité prévaudra parfois et ne prévaudra pas d'autres fois, il faut

2020 FCA 34 (CanLII)

reason. This is a recognition that in the end, we all must live together and get along in a free and democratic society of mutual respect.

[50] Reconciliation in this sense is about relationship (Mark D. Walters, "The Jurisprudence of Reconciliation: Aboriginal Rights in Canada" in Will Kymlicka and Bashir Bashir, eds, *The Politics of Reconciliation in Multicultural Societies* (Oxford: Oxford University Press, 2008) 165, page 168):

> Reconciliation as relationship … is always … reciprocal, and … invariably involves sincere acts of mutual respect, tolerance, and goodwill that serve to heal rifts [and includes] facing past evil openly, acknowledging its hurtful legacies, and affirming the common humanity of everyone involved. [It] is about peace between communities divided by conflict, but it is also about establishing a sense of self-worth or internal peace within those communities.

[51] The process of meaningful consultation can result in various forms of accommodation. But the failure to accommodate in any particular way, including by way of abandoning the Project, does not necessarily mean that there has been no meaningful consultation.

[52] Moreover, the fact that consultation has not led the four applicants to agree that the Project should go ahead does not mean that reconciliation has not been advanced. The goal is to reach an overall agreement, but that will not always be possible (*Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386 (*Ktunaxa Nation*), paragraphs 83, 114). The process of consultation based on a relationship of mutual respect advances reconciliation regardless of the outcome.

[53] Put another way, reconciliation does not dictate any particular substantive outcome. Were it otherwise, Indigenous peoples would effectively have a veto over projects such as this one. The law is clear that no such veto exists (*Haida Nation*, paragraphs 62–63,

toujours tenir compte des préoccupations et les analyser, et ne les rejeter qu'après un examen suffisant, et uniquement pour un motif valable. Il s'agit de reconnaître qu'en fin de compte, nous devons tous cohabiter et nous entendre, dans une société libre et démocratique, où règne le respect réciproque.

[50] Dans ce sens, la réconciliation porte sur les rapports (Mark D. Walters, « The Jurisprudence of Reconciliation : Aboriginal Rights in Canada », dans Will Kymlicka et Bashir Bashir, dir., *The Politics of Reconciliation in Multicultural Societies* (Oxford : Oxford University Press, 2008), 165, page 168) :

> [TRADUCTION] La réconciliation en tant que rapport […] est toujours […] réciproque, et […] exige invariablement des gestes honnêtes démontrant un respect réciproque, de la tolérance et de la bonne volonté afin de réparer les ruptures [et inclut] qu'il faut faire face honnêtement aux torts passés, reconnaître leurs conséquences douloureuses et insister sur l'humanité commune de toutes les parties. [Il s'agit de rétablir] la paix entre les communautés divisées par le conflit, mais aussi d'établir un sentiment de valeur propre ou de paix interne au sein de ces communautés.

[51] Le processus de consultation véritable peut mener à différentes mesures d'accommodement. Le défaut d'accommoder d'une façon précise, notamment en abandonnant le projet, ne signifie pas nécessairement qu'il n'y a pas eu de consultation véritable.

[52] De plus, le fait que la consultation n'ait pas mené les quatre demanderesses à consentir au projet ne veut pas dire que la réconciliation n'a pas été mise de l'avant. L'objectif est d'en arriver à une entente globale, objectif qui ne sera pas toujours atteint (*Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386 (*Ktunaxa Nation*), paragraphes 83 et 114). La consultation fondée sur un rapport de respect réciproque promeut la réconciliation, peu importe son issue.

[53] Dit autrement, la réconciliation n'exige pas qu'on en arrive à une fin particulière. Si tel était le cas, les peuples autochtones auraient en fait un droit de veto sur les projets tels que celui-ci. La jurisprudence indique clairement que ce droit de veto n'existe pas (*Nation*

2020 FCA 34 (CanLII)

citing *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, (1996), 133 D.L.R. (4th) 658, paragraph 110; *Chippewas of the Thames*, paragraph 59; *Ktunaxa Nation*, paragraph 83; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533, (1999), 179 D.L.R. (4th) 193, paragraph 43; *Gitxaala Nation*, paragraph 179; *TWN 2018*, paragraph 494; *Yellowknives Dene First Nation*, paragraph 56). At some juncture, a decision has to be made about a project and the adequacy of the consultation. Where there is genuine disagreement about whether a project is in the public interest, the law does not require that the interests of Indigenous peoples prevail.

[54] Some important ramifications arise from this. First, imposing too strict a standard of "perfection", "reasonableness" or "meaningfulness" in assessing whether the duty to consult has been adequately met would *de facto* create a veto right.

[55] Second, the case law is clear that although Indigenous peoples can assert their uncompromising opposition to a project, they cannot tactically use the consultation process as a means to try to veto it (*Haida Nation*, paragraph 42; *Prophet River First Nation v. British Columbia (Environment)*, 2017 BCCA 58, 408 D.L.R. (4th) 201 (*Prophet River BCCA*), paragraph 65; *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, 1999 BCCA 470, [1999] 4 C.N.L.R. 1, paragraph 161; *Ahousaht First Nation*, paragraphs 52–53; *Long Plain First Nation*, paragraphs 158–163; *R. v. Douglas et al*, 2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653, paragraph 39). Tactical behaviour aimed at ensuring that discussions fail within the time available for consultation is not consistent with reconciliation and would, if tolerated, allow for the effective use of a veto right.

[56] Reconciliation as relationship can only be advanced through consultation when the respective parties commit to the process, avoid counterproductive tactics, get to the substance of the issues of concern and exercise good faith—Indigenous peoples by communicating their concerns in the clearest possible way and the Crown by listening to, understanding and considering the Indigenous peoples' points with genuine concern and

haïda, paragraphes 62 et 63, qui renvoie à *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, paragraphe 110, *Chippewas of the Thames*, paragraphe 59, *Ktunaxa Nation*, paragraphe 83, *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, paragraphe 43, *Nation Gitxaala*, paragraphe 179, *TWN 2018*, paragraphe 494, *Première nation des Dénés Yellowknives*, paragraphe 56). Il faut en fin de compte en arriver à une décision quant au destin du projet et quant au caractère suffisant de la consultation. Le droit n'exige pas qu'en cas de désaccord réel sur la question de savoir si un projet est dans l'intérêt public, les intérêts des peuples autochtones doivent l'emporter.

[54] Il en résulte quelques conséquences importantes. Premièrement, si on devait appliquer de façon trop stricte le critère de la « perfection », du caractère « raisonnable » ou du caractère « véritable » lorsqu'on examine s'il a été satisfait convenablement à l'exigence de consulter, on créerait en fait un droit de veto.

[55] Deuxièmement, la jurisprudence indique clairement que même si les peuples autochtones peuvent faire valoir leur opposition catégorique à un projet, ils ne peuvent se servir du processus de consultation comme tactique pour tenter d'y opposer un veto (*Nation haïda*, paragraphe 42, *Prophet River First Nation c. British Columbia (Environment)*, 2017 BCCA 58, 408 D.L.R. (4th) 201 (*Prophet River (C.A.C.-B.)*, paragraphe 65, *Halfway River First Nation v. British Columbia*, 1999 BCCA 470, [1999] 4 C.N.L.R. 1, paragraphe 161, *Première Nation des Ahousaht*, paragraphes 52 et 53, *Première nation de Long Plain*, paragraphes 158 à 163, *R. v. Douglas*, 2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653, paragraphe 39). Les tactiques visant à ce que la période de consultation arrive à terme sans entente sont incompatibles avec la réconciliation et mèneraient, de fait, à l'utilisation d'un veto si elles étaient tolérées.

[56] On ne peut promouvoir la réconciliation en tant que rapport au moyen de la consultation que si les parties acceptent le processus, évitent les tactiques contre-productives, discutent du fond des questions en litige et font preuve de bonne foi — les peuples autochtones, en expliquant leurs préoccupations aussi clairement que possible, et la Couronne, en écoutant les observations des peuples autochtones et en les examinant

2020 FCA 34 (CanLII)

an open mind throughout. Only then can the process lead to accommodations that respond to the concerns of the Indigenous peoples.

[57] When adequate consultation has taken place but Indigenous groups maintain that a project should not proceed, their concerns can be balanced against "competing societal interests". This is the role of accommodation (*Chippewas of the Thames*, paragraphs 59–60; *Haida Nation*, paragraph 50; *TWN 2018*, paragraph 495).

[58] Like consultation, accommodation does not guarantee outcomes. It is an ongoing "give and take" process. One way to accommodate is to impose conditions on a project proponent, such as ongoing participation of Indigenous groups (see, e.g., *Chippewas of the Thames*, paragraph 57; *TWN 2018*, paragraph 637). Canada must act in good faith, but at the same time accommodation cannot be dictated by Indigenous groups (*Chippewas of the Thames*, paragraph 60; *Haida Nation*, paragraphs 48–49; *Ktunaxa Nation*, paragraph 114).

[59] The duty to accommodate requires Canada to "balance Aboriginal concerns reasonably with the potential impact … on the asserted right or title and with other societal interests" (*Haida Nation*, paragraph 50). Canada can assign this balancing task to an administrative agency, as it has done in part in this case, to the NEB. As well, in this case, section 54 of the NEB Act permits the Governor in Council to weigh all the considerations.

(3) Relevance of post-approval consultation

[60] Contrary to what the applicants assert, post-approval consultation is both relevant and important. The duty to consult is owed by the Crown and the honour of the Crown is always in play.

avec une préoccupation réelle et avec ouverture d'esprit. Ce n'est qu'ainsi que le processus peut mener à des mesures d'accommodement qui répondent aux préoccupations des peuples autochtones.

[57] Lorsqu'il y a eu une consultation suffisante, mais que les groupes autochtones soutiennent toujours qu'un projet ne devrait pas aller de l'avant, il est nécessaire d'établir un équilibre entre leurs préoccupations et les « intérêts sociétaux opposés ». Tel est le but des mesures d'accommodement (*Chippewas of the Thames*, paragraphes 59 et 60, *Nation haïda*, paragraphe 50, *TWN 2018*, paragraphe 495).

[58] Les mesures d'accommodement, comme la consultation, ne garantissent pas un résultat précis. Il doit y avoir des concessions réciproques. Une mesure d'accommodement possible est d'imposer des conditions au promoteur du projet, par exemple la participation continue des groupes autochtones (voir, par exemple, *Chippewas of the Thames*, paragraphe 57, *TWN 2018*, paragraphe 637). Le Canada doit être de bonne foi, mais les groupes autochtones ne peuvent exiger une mesure d'accommodement précise (*Chippewas of the Thames*, paragraphe 60, *Nation haïda*, paragraphes 48 et 49, *Ktunaxa Nation*, paragraphe 114).

[59] Le devoir d'accommoder oblige le Canada à « établir un équilibre raisonnable entre les préoccupations des Autochtones, d'une part, et l'incidence potentielle [...] sur le droit ou titre revendiqué et les autres intérêts sociétaux, d'autre part » (*Nation haïda*, paragraphe 50). Le Canada peut confier cette tâche à un organisme administratif, comme il l'a fait en partie en l'espèce en le confiant à l'Office. De plus, l'article 54 de la Loi sur l'Office autorise le gouverneur en conseil à pondérer tous les éléments pertinents.

3) La pertinence de la consultation postérieure à l'approbation

[60] Contrairement à ce qu'affirment les demanderesses, la consultation postérieure à l'approbation est pertinente et importante. La Couronne a l'obligation de consulter et l'honneur de la Couronne est toujours en jeu.

2020 FCA 34 (CanLII)

[61] The Governor in Council's decision speaks extensively to the fact that consultation is an ongoing process (see in this respect the Explanatory Note). Further consultation will take place, for example, in connection with the CER's future determination of routing and permits. The certainty of further consultations and the certainty of the terms on which they will be conducted are factual elements that the Governor in Council was entitled to take into account when making its decision. Even if Canada's consultation and accommodation measures up to June 18, 2019, were found to be inadequate, consultation activities that took place after the issuance of the Order in Council would remain relevant. Sending the decision back to the Governor in Council yet again for reconsideration would be pointless if the inadequacies have since been resolved (*Vavilov*, paragraph 142; *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6, paragraphs 43–52; *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710, paragraph 44).

(4) The importance of the matter

[62] Another contextual factor that affects the reasonableness analysis in this case is the importance of this matter to those directly impacted by the Project (*Vavilov*, paragraphs 133–135). The duty to consult has underpinnings in section 35 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], and forms the legal basis for positive long-term relationships. This affects the extent and quality of the reasons that the Governor in Council is expected to provide in support of its decision.

[63] This being said, as will be seen, the reasons offered by the Governor in Council, both in the Recitals and in the accompanying Explanatory Note, are more than sufficient in providing justification for the decision. This is even more so when it is recognized that justification for an administrative decision may also be found by examining the record that was before the decision maker (*Vavilov*, paragraphs 91–98).

[61] Dans sa décision, le gouverneur en conseil aborde longuement le fait que la consultation est un processus continu (voir la note explicative). D'autres consultations auront lieu, par exemple lorsque la Régie établira les tracés et accordera des permis. L'assurance qu'il y aura d'autres consultations et qu'elles seront menées d'une façon donnée est un fait dont le gouverneur en conseil pouvait tenir compte lorsqu'il a rendu sa décision. Même si on devait conclure que la consultation menée par le Canada jusqu'au 18 juin 2019 ainsi que les mesures d'accommodement proposées jusqu'à cette date étaient insuffisantes, les consultations qui ont eu lieu après que le décret ait été délivré demeureraient pertinentes. Il serait inutile de renvoyer de nouveau la décision au gouverneur en conseil pour un nouvel examen si on a depuis remédié aux lacunes (*Vavilov*, paragraphe 142; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6, paragraphes 43 à 52, *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299, paragraphe 44).

4) L'importance de l'affaire

[62] Un autre facteur contextuel qui a une incidence lors de l'analyse du caractère raisonnable en l'espèce est l'importance de l'affaire aux yeux des personnes que le projet touche directement (*Vavilov*, paragraphes 133 à 135). L'obligation de consulter repose sur l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, nº 44], et est le fondement juridique de relations à long terme bénéfiques pour tous. Cela a une incidence sur la portée et la qualité des motifs que le gouverneur en conseil doit donner à l'appui de sa décision.

[63] Cela dit, comme nous le verrons, les motifs du gouverneur en conseil, tant dans les attendus du décret que dans la note explicative qui y est jointe, justifient amplement la décision. Cela est encore plus vrai lorsqu'on tient compte du fait qu'on peut aussi examiner le dossier dont était saisi le décideur administratif lorsqu'on examine la justification (*Vavilov*, paragraphes 91 à 98).

2020 FCA 34 (CanLII)

III. Was the Governor in Council's decision reasonable?

[64] In our view, the Governor in Council's decision was reasonable. It is acceptable and defensible in light of both the outcome reached on the facts and the law and the justification offered in support.

[65] As the Governor in Council has explained in the Recitals and in the Explanatory Note, and as is apparent from the record before us, it could reasonably adopt the view that the limited flaws identified by this Court in *TWN 2018* had been adequately addressed and that reasonable and meaningful consultation had taken place.

[66] The Governor in Council's explanations do not suffer from errors in reasoning or logical deficiencies of the sort identified by the Supreme Court in *Vavilov* (paragraphs 102–104). Taken together, the explanations show a chain of reasoning progressing from reasonable views of the evidence before it to plausible conclusions well within the bounds of the governing legislation.

[67] Although the Governor in Council had previously approved the Project and, in the course of doing so, had considered the duty to consult to have been met, in making the present decision it properly did not consider itself constrained by its prior decision. It looked at the issue of Canada's compliance with the duty to consult afresh based on its understanding of the duty to consult and the facts before it.

[68] The Governor in Council has demonstrated that it understood the legal content of the duty to consult (Explanatory Note, page 43, third whole paragraph). It has also shown that it understood the import of this Court's decision in *TWN 2018* and the shortcomings in its earlier consultation process (Order in Council, page 5, fourth whole paragraph; Explanatory Note, page 45, second whole paragraph). It instructed itself, appropriately and reasonably, as follows (Order in Council, page 6, first whole paragraph):

III. La décision du gouverneur en conseil est-elle raisonnable?

[64] À notre avis, la décision du gouverneur en conseil est raisonnable. Elle est acceptable et justifiable à la lumière des conclusions de fait et à la lumière du droit et de la justification donnée.

[65] Comme le gouverneur en conseil l'a expliqué dans les attendus du décret et la note explicative, et comme le démontre le dossier dont nous sommes saisis, le gouverneur en conseil pouvait, de façon raisonnable, conclure qu'on avait corrigé convenablement les lacunes limitées que notre Cour avait signalées dans l'arrêt *TWN 2018* et qu'il y avait eu une consultation raisonnable et véritable.

[66] Les explications du gouverneur en conseil ne révèlent pas d'erreur de raisonnement ou de logique semblable à celles que la Cour suprême mentionne dans l'arrêt *Vavilov* (paragraphes 102 à 104). Globalement, les explications démontrent un raisonnement qui passe d'une appréciation raisonnable de la preuve à des conclusions justifiables et tout à fait conformes à la loi pertinente.

[67] Bien que le gouverneur en conseil ait préalablement approuvé le projet et, ce faisant, croyait avoir satisfait à son obligation de consulter, lorsqu'il a rendu sa nouvelle décision, il ne s'estimait pas, à bon droit, lié par sa décision antérieure. Il a examiné à nouveau la question de savoir si le Canada avait satisfait à son obligation de consulter en tenant compte de ce qu'il croyait être les exigences et en tenant compte des faits dont il était saisi.

[68] Le gouverneur en conseil a démontré qu'il comprenait ce qu'exigeait l'obligation légale de consulter (note explicative, page 43, troisième paragraphe complet). Il a également démontré qu'il avait compris le sens de l'arrêt *TWN 2018* de notre Cour et qu'il savait quelles étaient les lacunes du premier exercice de consultation (décret, page 5, quatrième paragraphe, et note explicative, page 45, deuxième paragraphe). Il s'est donné la directive suivante, qui est convenable et raisonnable (décret, page 6, premier paragraphe) :

2020 FCA 34 (CanLII)

> Whereas, on October 5, 2018, the Government reinitiated Phase III consultations, in keeping with the Court's decision and direction, and guided by the objectives of meeting its consultation obligations under section 35 of the *Constitution Act, 1982*, and its commitments to advance reconciliation with Indigenous peoples, engaged in substantive, meaningful two-way dialogue in order to fully understand the concerns raised and the nature and seriousness of potential impacts on rights and, where appropriate, to work collaboratively with Indigenous groups to identify and provide accommodations, and respond to concerns raised in these and the previous Phase III consultations in a flexible manner that takes into account the potential impacts and needs of each Indigenous group;

> Attendu que, le 5 octobre 2018, le gouvernement a relancé les consultations de l'Étape III, conformément à la décision et à l'orientation de la Cour et, orienté par ses objectifs de respecter ses obligations de consultation en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et par ses engagements de faire avancer la réconciliation avec les peuples autochtones, il s'est engagé à participer à un véritable dialogue bidirectionnel efficace afin de comprendre entièrement les préoccupations soulevées et la nature et la gravité des effets possibles sur les droits et, le cas échéant, à travailler en collaboration avec les groupes autochtones pour cerner et fournir des accommodements et à répondre aux préoccupations soulevées au cours de ces consultations et lors des consultations précédentes de l'Étape III, d'une manière flexible qui tient compte des effets potentiels et des besoins de chaque groupe autochtone;

[69] It also reviewed some of the work that had been done to that end and the accommodations made (Order in Council, page 6) and summarized these in great detail in the Explanatory Note (pages 45–49).

[69] Il a également passé en revue une partie du travail qu'il avait fait à cette fin et les mesures d'accommodement prises (décret, page 6) et les a exposées en détail (note explicative, pages 45 à 49).

[70] This work included reinitiating consultations directly with potentially affected Indigenous groups, with a focus on responding to and remedying the concerns raised by this Court in *TWN 2018*; retaining a recognized expert with extensive experience in Indigenous matters in the person of former Supreme Court Justice Frank Iacobucci, to oversee and provide guidance in respect of the re-initiated consultations; developing a process for meaningful, two-way dialogue between Indigenous groups and Canada through consultation teams composed of federal officials drawn from various federal departments, and led by senior government officials operating at the Director General level and reporting to the Assistant Deputy Minister responsible for the Consultation Secretariat; and providing a clear mandate for consultation teams to discuss and agree to accommodations, where appropriate (Labonté affidavit, paragraphs 4, 51, Canada record, page 2; Order in Council, page 6; Explanatory Note, pages 45–46).

[70] Le gouverneur en conseil a notamment fait ce qui suit. Il a recommencé les consultations directes avec les groupes autochtones susceptibles d'être touchés, en se concentrant sur les préoccupations soulevées par notre Cour dans l'arrêt *TWN 2018* dans le but de les résoudre. Il a retenu les services d'un expert reconnu et chevronné sur les questions autochtones, soit Frank Iacobucci, ancien juge de la Cour suprême, afin qu'il surveille les nouvelles consultations et qu'il donne des conseils à leur sujet. Il a établi des équipes de consultation composées de fonctionnaires de différents ministères et dirigées par des cadres supérieurs, des directeurs généraux, qui relèvent du sous-ministre adjoint du secrétariat des consultations afin d'assurer un dialogue véritable réciproque entre les groupes autochtones et le Canada. Il a donné des directives claires aux équipes de consultation afin qu'elles examinent les mesures d'accommodement et y consentent, s'il y a lieu (affidavit de Jeff Labonté, paragraphes 4 et 51, recueil du Canada, page 2, décret, page 6, note explicative, pages 45 et 46).

[71] The Governor in Council explained that in the end, a detailed Crown Consultation and Accommodation Report (CCAR) was provided to all members of the Governor in Council and was publicly disclosed, including

[71] Le gouverneur en conseil a expliqué qu'en fin de compte, on a fourni un rapport sur les consultations et les accommodements de la Couronne (RCAC) détaillé à tous les ministres du Cabinet et on l'a rendu disponible

2020 FCA 34 (CanLII)

to Indigenous groups (Explanatory Note, page 47). The CCAR summarized the impacts of the Project on Indigenous interests and concerns, conclusions made by the NEB, the perspectives and views of the Indigenous peoples, Canada's analysis of the impact on Indigenous rights and interests and future steps that will mitigate the impact and address the concerns (Explanatory Note, pages 47–48).

[72] Also placed before the Governor in Council was a detailed summary of new accommodation measures and initiatives that would avoid or mitigate the effects on Indigenous interests, including the Salish Sea Initiative, the Co-Developing Community Response program, the Enhanced Maritime Situational Awareness program, the Marine Safety Equipment and Training program, the Quiet Vessel Initiative, the Aquatic Habitat Restoration Fund, the Terrestrial Cumulative Effects Initiative, and the Terrestrial Studies Initiative (Explanatory Note, pages 48–49).

[73] In making its decision, the Governor in Council considered the recommendations made by the NEB and adopted them after explaining why (Explanatory Note, pages 53–63). It also considered its power to impose new conditions on any approval of the Project, discussed the considerations in great detail, and decided to implement amendments to the NEB conditions (Explanatory Note, pages 63–65).

[74] On the issue of Canada's compliance with the duty to consult, the Governor in Council concluded as follows (Order in Council, page 7, last whole paragraph):

> Whereas the Governor in Council, having considered Indigenous concerns and interests of 129 groups as set out in the *Crown Consultation and Accommodation Report for the Reconsideration of the Trans Mountain Expansion Project* dated June 13, 2019, and having considered Justice Iacobucci's oversight, direction and advice, is satisfied that: the consultation process undertaken is consistent with the honour of the Crown and meets the guidance set forth in [*TWN 2018*] for meaningful two-way dialogue focused on rights and the potential impacts on rights, and that the concerns, and potential impacts to interests including established and asserted Aboriginal and treaty

au public, notamment aux groupes autochtones (note explicative, page 47). Le RCAC résumait les incidences du projet sur les intérêts et les préoccupations autochtones, les conclusions de l'Office, les perspectives des Autochtones, l'analyse du Canada des répercussions sur les droits et les intérêts autochtones, et les mesures futures qui atténueront les répercussions et répondront aux préoccupations (note explicative, pages 47 et 48).

[72] On a également présenté au gouverneur en conseil un résumé détaillé de nouvelles mesures d'accommodement afin d'éviter ou d'atténuer les répercussions sur les Autochtones, notamment l'initiative de la mer des Salish, le programme d'élaboration conjointe des interventions communautaires, l'initiative de connaissance améliorée de la situation maritime, le programme d'équipement et de formation sur la sécurité maritime, l'initiative de réduction du bruit des navires, le fonds de restauration de l'habitat aquatique, l'initiative d'évaluation des effets cumulatifs terrestres et l'initiative d'études terrestres (note explicative, pages 48 et 49).

[73] Lorsqu'il a rendu sa décision, le gouverneur en conseil a tenu compte des recommandations de l'Office et il les a adoptées, motifs à l'appui (note explicative, pages 53 à 63). Il a également tenu compte du fait qu'il pouvait imposer de nouvelles conditions à l'égard de l'approbation du projet, il a expliqué en détail les facteurs dont il avait tenu compte, et il a décidé d'imposer des modifications aux conditions (note explicative, pages 63 à 65).

[74] Le gouverneur en conseil est arrivé à la conclusion suivante au sujet de l'obligation du Canada de consulter (décret, page 7, dernier paragraphe complet) :

> Attendu que la gouverneure en conseil est convaincue, après examen des préoccupations et des intérêts des 129 groupes autochtones cernés dans le *Rapport sur les consultations et les accommodements de la Couronne pour réexamen de l'agrandissement du réseau de pipeline de Trans Mountain* daté du 13 juin 2019, et après avoir pris en considération la surveillance par le juge Iacobucci, son orientation et son avis que le processus de consultation est compatible avec l'honneur de la Couronne et répond aux directives énoncées dans l'affaire [*TWN 2018*] pour un dialogue bidirectionnel axé sur les droits, et les impacts potentiels sur les droits et, que les

2020 FCA 34 (CanLII)

rights identified in the consultation process have been appropriately accommodated;

[75] It cannot be said that the decision reached by the Governor in Council is outside the bounds of section 54, reasonably interpreted. None of the applicants made that submission. Nor can it be said, based on these justifications and the record before us, that the Governor in Council did not adequately, meaningfully and reasonably address and consider the key issues raised by this Court in *TWN 2018* and the parties during the renewed consultation.

[76] In this case, the Governor in Council's key justifications for deciding as it did are fully supported by evidence in the record. The evidentiary record shows a genuine effort in ascertaining and taking into account the key concerns of the applicants, considering them, engaging in two-way communication, and considering and sometimes agreeing to accommodations, all very much consistent with the concepts of reconciliation and the honour of the Crown.

[77] Contrary to what the applicants assert, this was anything but a rubber-stamping exercise. The end result was not a ratification of the earlier approval, but an approval with amended conditions flowing directly from the renewed consultation. It is true that the applicants are of the view that their concerns have not been fully met, but to insist on that happening is to impose a standard of perfection, a standard not required by law.

[78] Significantly, the consultation process initiated by Canada invited the participation of 129 Indigenous groups potentially impacted by the Project and, in the end, more than 120 either support it or do not oppose it. As well, benefit agreements had been signed with 43 Indigenous groups as of June 22, 2019 (Explanatory Note, page 43, second whole paragraph). The Governor in Council was entitled under section 54 to take this broad consensus into account in concluding that the

préoccupations, et les impacts potentiels sur les intérêts, y compris les droits ancestraux et issus de traités établis et revendiqués, cernés lors du processus de consultation, ont fait l'objet de mesures d'accommodement appropriées;

[75] On ne peut dire que la décision du gouverneur en conseil excède la portée de l'article 54, si on l'interprète raisonnablement. Aucune des demanderesses ne le prétend. On ne peut également pas dire, en tenant compte de ces motifs et du dossier dont nous disposons, que le gouverneur en conseil n'a pas tenu compte, de façon suffisante, véritable et raisonnable, des principales questions que notre Cour a soulevées dans l'arrêt *TWN 2018* et que les parties ont soulevées lors du nouvel examen.

[76] En l'espèce, la preuve au dossier étaye tout à fait les raisons essentielles que le gouverneur en conseil a données pour expliquer sa décision. Le dossier de la preuve démontre qu'on a tenté de bonne foi de comprendre les principales préoccupations des demanderesses, d'en tenir compte et de les examiner, d'avoir une discussion bien nourrie, et d'envisager des mesures d'accommodement et d'y consentir dans certains cas. Cela est tout à fait compatible avec les principes de la réconciliation et de l'honneur de la Couronne.

[77] Contrairement à ce que les demanderesses affirment, il ne s'agissait aucunement d'une simple approbation aveugle. Le résultat n'était pas une ratification de la première approbation, mais plutôt une approbation avec des conditions modifiées qui découlaient directement de la nouvelle consultation. Il est vrai que les demanderesses estiment qu'on n'a pas répondu entièrement à toutes leurs préoccupations, mais le fait d'exiger qu'on le fasse reviendrait à utiliser la norme de la perfection, ce qui n'est pas la norme légale.

[78] Il est important de noter que lors du processus de consultation, le Canada a sollicité la participation de 129 groupes autochtones qui pourraient être touchés par le projet, et qu'en fin de compte, plus de 120 groupes appuyaient le projet ou ne s'y opposaient pas. De plus, le 22 juin 2019, des ententes d'avantages mutuels avaient été conclues avec 43 groupes autochtones (note explicative, page 43, deuxième paragraphe complet). Aux termes de l'article 54, le gouverneur en conseil pouvait

2020 FCA 34 (CanLII)

Project was in the public interest. This is a factor that also speaks to the fact that the process that has taken place is consistent with the objectives of reconciliation and the honour of the Crown (Order in Council, page 7, last whole paragraph).

[79] As mentioned above, in conducting reasonableness review, our focus must be on the reasonableness of the Governor in Council's decision, including the outcome reached and the justification for it. Although the parties' submissions raise a number of specific concerns, our focus must remain on the decision itself. It bears noting that a decision can be reasonable even though some affected parties continue to have strong objections to it on the merits.

[80] At an early stage in these proceedings, the applicants were twice invited to focus on the Governor in Council's decision and to address the standard of review (see the terms of the Leave Order, above, and discussion of these matters in the decision of this Court in *Ignace v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 266, paragraphs 13–20). Instead, they chose to focus on the merits of the decision.

[81] As a result, their submissions are extensive in scope, referring to an evidentiary record of some 60 000 pages. In effect, the four applicants argued their applications as if they were seeking a freestanding declaration that the duty to consult had not been met.

[82] Under their approach, the Governor in Council's decision was quite beside the point. Indeed, we received no submissions from the applicants on the nature and quality of the Governor in Council's decision, the constraints acting upon the Governor in Council including the governing legislation, or the justification offered in support of the decision, with a view to establishing the unreasonableness of the decision. The submissions that we received following the release of *Vavilov* do not put into question any of the observations we have made concerning the reasonableness of the Governor in Council's decision under the framework of analysis set out in that decision.

tenir compte de ce large consensus pour conclure que le projet était dans l'intérêt public. Cela indique également que le processus qui a eu lieu était compatible avec les objectifs de la réconciliation et de l'honneur de la Couronne (décret, page 7, dernier paragraphe complet).

[79] Comme nous l'avons dit, lors de l'examen du caractère raisonnable, nous devons nous pencher sur le caractère raisonnable de la décision du gouverneur en conseil, notamment la conclusion à laquelle il est arrivé et la justification qu'il a donnée. Bien que les observations des parties soulèvent un certain nombre de préoccupations précises, nous devons nous pencher sur la décision elle-même. Il convient de noter qu'une décision peut être raisonnable même si des parties touchées par cette décision s'y opposent fortement quant au fond.

[80] Dès le début de l'instance, on a demandé deux fois aux demanderesses de se concentrer sur la décision du gouverneur en conseil et sur la norme de contrôle (voir le libellé de l'ordonnance d'autorisation, précitée, et l'examen de ces questions dans l'arrêt de notre Cour *Ignace c. Procureur général*, 2019 CAF 266, paragraphes 13 à 20). Elles ont plutôt décidé d'insister sur le bien-fondé de la décision.

[81] En conséquence, leurs observations ont une grande portée et renvoient à un dossier de preuve de quelque 60 000 pages. En fait, les quatre demanderesses ont présenté leur demande comme si elles souhaitaient une déclaration indépendante portant qu'on n'avait pas satisfait à l'obligation de consulter.

[82] Selon cette façon de faire, la décision du gouverneur en conseil n'était pas pertinente. En fait, les demanderesses n'ont pas fait d'observations au sujet de la nature et de la qualité de la décision du gouverneur en conseil, des contraintes dont il devait tenir compte, notamment la loi pertinente, ou des motifs donnés à l'appui de la décision, afin de démontrer que la décision était déraisonnable. Les observations que nous avons reçues à la suite du prononcé de l'arrêt *Vavilov* ne remettent pas en question les remarques que nous avions faites au sujet du caractère raisonnable de la décision du gouverneur en conseil en tenant compte du cadre d'analyse énoncé dans cet arrêt.

2020 FCA 34 (CanLII)

[83] In light of the above analysis and given the applicants' failure to focus on a review of the decision of the Governor in Council in accordance with the governing standard of review, nothing more need be said in order to conclude that the decision of the Governor in Council was reasonable.

[84] Nevertheless, we have decided to respond to the applicants' detailed submissions on the terms in which they have articulated them. We recognize that this approach is not required by the analysis of reasonableness we are to follow under *Vavilov* and the Supreme Court's first two decisions after *Vavilov*, *Bell Canada v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 66, 441 D.L.R. (4th) 155, and *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers*, 2019 SCC 67, 441 D.L.R. (4th) 269. However, the shortcomings on which the applicants were asked to comment pursuant to the Leave Order were detailed and specific in nature and, to that extent, may have led the applicants to adopt a more merits-based approach than that sanctioned in *Vavilov*. It is also important that we defuse any suggestion that the Court did not consider the applicants' submissions.

IV. Response to the applicants' specific submissions

[85] Our review of the applicants' detailed submissions leads us to conclude that even if we were reviewing the Governor in Council's decision on the basis of a more stringent standard, i.e. correctness, we would still not be persuaded that interference with the Governor in Council's decision is warranted.

[86] The applicants' submissions are essentially that the Project cannot be approved until all of their concerns are resolved to their satisfaction. If we accepted those submissions, as a practical matter there would be no end to consultation, the Project would never be approved, and the applicants would have a *de facto*> veto right over it.

[87] Overall, each of the applicants' detailed submissions fails for one or more of five reasons:

[83] En raison de l'analyse qui précède, et puisque les demanderesses ne se sont pas concentrées sur le contrôle de la décision du gouverneur en conseil selon la norme de contrôle pertinente, il est inutile d'en dire davantage pour conclure que la décision du gouverneur en conseil était raisonnable.

[84] Nous avons néanmoins décidé de répondre aux observations détaillées des demanderesses comme elles les ont présentées. Nous reconnaissons que nous ne sommes pas tenus de le faire lors de l'analyse du caractère raisonnable selon l'arrêt *Vavilov* et selon les deux premières décisions de la Cour suprême rendues après *Vavilov*, soit *Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 66, et *Société canadienne des postes c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes*, 2019 CSC 67. Toutefois, l'ordonnance d'autorisation invitait les demanderesses à faire des observations sur un certain nombre de lacunes détaillées et précises, ce qui a pu les amener à insister davantage sur le fondement de la décision que ce qui est prescrit dans l'arrêt *Vavilov*. Il est également important de ne pas laisser qui que ce soit ait l'impression que la Cour n'a pas tenu compte des observations des demanderesses.

IV. Réponse aux observations précises des demanderesses

[85] Notre examen des observations précises des demanderesses nous amène à conclure que même si nous examinions la décision du gouverneur en conseil selon une norme plus exigeante, c'est-à-dire celle de la décision correcte, nous ne serions toujours pas convaincus que nous devrions modifier cette décision.

[86] Les observations des demanderesses reviennent à dire qu'on ne peut approuver le projet avant que celles-ci ne soient satisfaites des réponses à toutes leurs préoccupations. Si nous acceptions cette thèse, cela reviendrait à dire que la consultation ne prendrait jamais fin, qu'on n'approuverait jamais le projet, et que les demanderesses auraient en fait un droit de veto.

[87] Les observations précises des demanderesses sont mal fondées pour une ou plusieurs des cinq raisons suivantes :

2020 FCA 34 (CanLII)

- they raise matters that could have been raised before this Court in *TWN 2018* but were not and, accordingly, the applicants are estopped from raising them now;

- they raise matters that were raised before this Court in *TWN 2018* and that were dealt with by this Court;

- they raise matters outside of the scope of the issues the Leave Order permitted to be raised;

- they have no merit on their own terms; what is said to be unaddressed has in fact been adequately addressed by Canada; or

- they, alone or in combination with other matters, do not take away from the overall reasonableness of the Governor in Council's decision that the duty to consult had been adequately met and that, overall, the Project is in the public interest.

[88] The analysis of each of the applicants' case-specific contentions follows.

A. *Coldwater*

[89] The focus of Coldwater's concerns was on the potential impact of the Project on the aquifer from which it draws its drinking water supply. In *TWN 2018*, this Court identified two shortcomings in the consultations that took place between Canada and Coldwater.

(1) The flaws identified in *TWN 2018* were remedied

[90] This Court first noted that Canada conducted the consultations under the erroneous assumption that it could not impose additional conditions on the proponent beyond those imposed by the NEB. This flaw has now been addressed. Canada has formally acknowledged that it has this power. And it has exercised it by initiating

- Elles soulèvent des questions qu'on aurait pu soulever devant notre Cour dans l'affaire *TWN 2018*. On ne l'a pas fait, et les demanderesses sont empêchées par préclusion de les soulever maintenant.

- Elles soulèvent des questions qu'on a soulevées devant notre Cour dans l'affaire *TWN 2018* et que notre Cour a tranchées dans cet arrêt.

- Elles soulèvent des questions qui excèdent la portée des questions qu'on peut soulever aux termes de l'ordonnance d'autorisation.

- Elles sont manifestement mal fondées : on affirme que le Canada ne s'est pas penché convenablement sur une question, alors qu'il l'a fait.

- Soit seules, soit conjointement avec d'autres questions, elles ne démontrent pas que la décision du gouverneur en conseil voulant qu'on ait satisfait convenablement à l'obligation de consulter et que le projet est globalement dans l'intérêt public n'est pas raisonnable.

[88] L'analyse de chacune des observations précises des demanderesses suit.

A. *Les Coldwater*

[89] Les préoccupations des Coldwater portaient sur l'incidence que le projet pourrait avoir sur l'aquifère dont ils tirent leur eau potable. Dans l'arrêt *TWN 2018*, notre Cour a conclu que les consultations entre le Canada et les Coldwater avaient deux lacunes.

1) Les lacunes signalées dans l'arrêt *TWN 2018* ont été corrigées

[90] Notre Cour a d'abord conclu que le Canada avait mené les consultations en supposant à tort qu'il ne pouvait imposer au promoteur des conditions en sus de celles que l'Office avait déjà imposées. On a maintenant corrigé cette lacune. Le Canada a reconnu qu'il pouvait imposer d'autres conditions, et il l'a fait en imposant un

2020 FCA 34 (CanLII)

a new Proponent Commitment to Coldwater made binding on Trans Mountain by the Governor in Council's amended NEB Condition 6.

[91] The second flaw identified in *TWN 2018* was that Condition 39 provided no certainty about the pipeline route or how the NEB would assess risks to the aquifer. Before us, Coldwater maintains that, if anything, more uncertainty about the pipeline route and risk to its aquifer has been created as a result of the renewed consultation process and the Proponent Commitment. Not only was the Proponent Commitment communicated too late in the process, but the Order in Council was issued without the benefit of a completed hydrogeological study.

[92] Coldwater's concern with the hydrogeological study is that the December 31, 2019, date for its production pursuant to the new Proponent Commitment did not allow for a sufficient period to gather baseline data. It says that data collection for at least one full year after the installation of the monitoring wells—preferably two—is required. During the renewed consultation process, Coldwater also made clear its view that the duty to consult could not adequately be met if the Project was approved before the hydrogeological study had been fully completed. Coldwater expressed this view in a letter to Canada in the following words (Exhibit A to the Taylor affidavit No. 1, Canada record, page 13451):

> … baseline information is needed to understand the plumbing system, then risks can be assessed. Only once you understand what you are trying to protect can the ability of mitigation measures to manage risks be considered. Specifically, you cannot compare the relative risks of the alternative routes without the aquifer study nor can you consider the adequacy of any proposed pipeline protection measures until the aquifer study is complete. [Emphasis added.]

[93] This very issue was considered by this Court in *TWN 2018*. Coldwater's argument was that the NEB should have considered the West Alternative (a possible alternate route) during the hearing. The Court rejected

nouvel engagement contraignant à Trans Mountain au moyen d'une modification de la condition 6 de l'Office.

[91] La deuxième lacune que notre Cour a signalée dans l'arrêt *TWN 2018* était que la condition 39 ne donnait aucune certitude quant au tracé de l'oléoduc ou quant à la façon dont l'Office établirait la présence éventuelle de risques pour l'aquifère. Les Coldwater soutiennent qu'il y a maintenant encore plus d'incertitude au sujet du tracé et des risques pour l'aquifère en raison du nouveau processus de consultation et de l'engagement du promoteur. On a communiqué l'engagement du promoteur trop tard au cours du processus, et on a délivré le décret sans attendre l'étude hydrogéologique.

[92] La préoccupation des Coldwater à l'égard de l'étude hydrogéologique est que la date de son dépôt aux termes du nouvel engagement du promoteur, soit le 31 décembre 2019, ne donne pas assez de temps pour établir des données de référence. Ils prétendent qu'il faut des données portant sur au moins une année complète après l'installation des puits de contrôle, et préférablement deux années. Pendant le nouveau processus de consultation, les Coldwater ont également fait valoir leur point de vue selon lequel on ne pouvait satisfaire convenablement à l'obligation de consulter si on approuvait le projet avant que l'étude hydrogéologique soit terminée. Les Coldwater ont fait connaître leur point de vue dans une lettre au Canada (annexe A, premier affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, page 13451) :

> [TRADUCTION] [...] il faut des données de référence pour comprendre le réseau de plomberie; ensuite on peut évaluer le danger. Ce n'est que lorsqu'on comprend ce qu'on essaie de protéger qu'on peut examiner si des mesures d'atténuation seront efficaces. Plus précisément, on ne peut comparer les dangers des divers tracés sans l'étude de l'aquifère et on ne peut comparer l'efficacité des mesures proposées de protection de l'oléoduc avant que l'étude de l'aquifère soit terminée. [Non souligné dans l'original.]

[93] Notre Cour s'est penchée sur cette question précise dans l'arrêt *TWN 2018*. Les Coldwater affirmaient que l'Office aurait dû tenir compte à l'audience d'un autre tracé possible, soit le tracé ouest. La Cour a rejeté

2020 FCA 34 (CanLII)

this argument (*TWN 2018*, paragraphs 375–385). Specifically, it held that should the hydrogeological study favour an alternative route, the NEB will be in a position to order a variation of the route during the detailed route hearing. Indeed, the NEB had the power to approve a route outside of the approved corridor and could at that time choose the West Alternative if it felt it was the better route (*TWN 2018*, paragraphs 383–384):

> 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.
>
> 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. [Emphasis added.]

[94] Based on this determination, this Court concluded that the NEB did not have to consider the West Alternative because, after the Governor in Council approves the Project, pipeline routing will remain a "live issue, depending on the findings of the hydrogeological report" (emphasis added; *TWN 2018*, paragraph 385).

[95] Further, beginning at paragraph 542 of *TWN 2018*, the Court addressed Coldwater's argument that the structure of the consultation process was flawed because it "allowed the Project to be approved when essential information was lacking". The Court explained that the concern about "Canada's reliance on a process that left important issues unresolved at the time the Governor in Council approved the Project" found its answer in two Supreme Court companion cases (*Clyde River*, paragraphs 25–29; *Chippewas of the Thames*, paragraphs 29–31). Relying on these cases, this Court held 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" (citations omitted; *TWN 2018*, paragraph 546).

cette prétention ([*TWN 2018*] paragraphes 375 à 385). Plus précisément, la Cour a conclu que si l'étude hydrogéologique démontrait qu'on devrait choisir un autre tracé, l'Office pourrait ordonner qu'on modifie le tracé lors de l'audience sur le tracé détaillé. En fait, l'Office pouvait approuver un tracé hors du corridor approuvé et pouvait alors choisir le tracé ouest, s'il croyait qu'il était préférable (paragraphes 383 et 384) :

> 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.
>
> 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 requérait un autre tracé, comme celui de l'option ouest, pour éviter de mettre en danger l'aquifère de Coldwater. [Non souligné dans l'original.]

[94] Pour cette raison, notre Cour a conclu que l'Office n'avait pas à examiner le tracé ouest parce que, lorsque le projet sera approuvé par le gouverneur en conseil, le tracé ne sera « pas arrêté et dépendra des conclusions du rapport hydrogéologique » (non souligné dans l'original, *TWN 2018*, paragraphe 385).

[95] En outre, au paragraphe 542 de l'arrêt *TWN 2018*, la Cour commence son examen de la thèse des Coldwater selon laquelle le processus de consultation était lacunaire parce qu'il « a permis l'approbation du projet alors qu'il manquait des renseignements essentiels ». La Cour a répondu que la préoccupation quant au fait 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 » trouvait sa réponse dans deux arrêts connexes de la Cour suprême, soit *Clyde River*, paragraphes 25 à 29, et *Chippewas of the Thames*, paragraphes 29 à 31. En se fondant sur ces arrêts, notre Cour a conclu 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

2020 FCA 34 (CanLII)

[96] Applying this reasoning to Coldwater's situation, the Court noted that the NEB's decision on routing following the detailed route hearing would trigger the Crown's duty to consult. Even though the Crown remains responsible for ensuring that the NEB decision upholds the honour of the Crown, the NEB would have to inform itself of the impact to the aquifer and take the rights and interests of Coldwater into consideration before making its final decisions about routing and compliance with Condition 39. This was "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" (*TWN 2018*, paragraph 547).

[97] Thus, Coldwater's contention that the December 31, 2019, deadline did not allow sufficient time for the collection of the required baseline data for the Project to be approved and that the Project could not be approved before the report was completed was addressed and disposed of in *TWN 2018*. As was the case then, the NEB (now the CER) will have the occasion to inform itself of the impact to the aquifer and take the rights and interests of Coldwater into account before making a final decision.

[98] The Court in *TWN 2018* went on to hold that Canada could not rely on Condition 39 to satisfy its duty to consult and accommodate by reason of two particular circumstances. It said (paragraph 679):

> …. 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.

sur les droits ancestraux ou issus de traités » (renvois omis, *TWN 2018*, paragraphe 546).

[96] La Cour a appliqué ce raisonnement à la situation des Coldwater et a noté que la décision de l'Office au sujet du tracé détaillé donnera naissance à l'obligation de consulter de la Couronne. Bien que la responsabilité de veiller à ce que la décision de l'Office préserve l'honneur de la Couronne continue de reposer sur la Couronne, l'Office devra s'informer des effets du projet sur l'aquifère et devra prendre en compte les droits et les intérêts des Coldwater avant de prendre une décision définitive au sujet du tracé et du respect de la condition 39. C'était là « 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 » (*TWN 2018*, paragraphe 547).

[97] Ainsi, dans l'arrêt *TWN 2018*, notre Cour avait déjà répondu à l'allégation des Coldwater voulant que l'échéance du 31 décembre 2019 ne donnait pas assez de temps pour établir les données de référence nécessaires à l'approbation du projet et que le projet ne pouvait être approuvé avant que le rapport hydrogéologique soit terminé. Comme c'était le cas à l'époque, l'Office (maintenant la Régie) pourra s'informer des effets sur l'aquifère et prendre en compte les droits et les intérêts des Coldwater avant de prendre une décision définitive.

[98] Notre Cour avait également conclu dans l'arrêt *TWN 2018* que le Canada, pour deux raisons précises, ne pouvait pas compter sur la condition 39 pour s'acquitter de son obligation de consulter et d'accommoder (paragraphe 679) :

> [...] 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.

2020 FCA 34 (CanLII)

2020 FCA 34 (CanLII)

[99] At the source of these uncertainties was the information provided by a contractor made available to answer questions relating to the NEB during a meeting between Canada and Coldwater who asserted that the burden of establishing that there is a better route that falls outside the approved corridor would lie on the party seeking the change (i.e., Coldwater) (*TWN 2018*, paragraphs 671, 676). As well, when Coldwater asked during the course of the re-initiated consultation whether an approved route corridor had ever been changed because of a report released following a Governor in Council approval (here the Condition 39 study), the technical expert explained that while possible, this had never happened in any case that he was aware of. The Crown confirmed that given the momentum behind the Project following a Governor in Council approval, Coldwater would have a hard time discharging the burden (*TWN 2018*, paragraph 676). Coldwater insisted at the time that given the fact that it would have to bear the burden, the detailed route hearing was not a realistic option for its concerns (*TWN 2018*, paragraph 673). These observations are at the root of the uncertainty about the pipeline route and the assessment of risks to the aquifer referred to in the above passage.

[100] As the Court made clear in *TWN 2018*, the structure of the consultation process was not flawed because the NEB was bound to take into account the risk to the aquifer, and the West Alternative could be considered by the NEB in making its detailed route decision if the hydrogeological study so required. However, given the evidence that this could only take place in the event that Coldwater was able to discharge the onus of showing that the West Alternative was the better route and that, as agreed by all, this was an unlikely outcome, the Court held that the protection of Coldwater's aquifer was left in too uncertain a state. Specifically, the uncertainty as to the routing hinged on the unlikely prospect that Coldwater would be able to discharge its onus and failing this, there was no certainty about how the NEB would go about assessing the risk to the aquifer.

[101] In the present case, these two uncertainties have been addressed. The CER has confirmed that the burden of demonstrating the better route will rest on

[99] Ces incertitudes avaient comme origine les renseignements fournis par un entrepreneur mis à disposition pour répondre aux questions relatives à l'Office lors d'une rencontre entre le Canada et les Coldwater voulant que la partie qui demande un changement de tracé (c'est-à-dire les Coldwater) ait le fardeau de démontrer que le corridor approuvé n'est pas le tracé préférable (*TWN 2018*, paragraphes 671 et 676). De plus, lorsque les Coldwater ont demandé, au cours de la nouvelle consultation, s'il était déjà arrivé qu'un rapport déposé après l'approbation du gouverneur en conseil (en l'espèce, l'étude visée par la condition 39) mène à la modification du corridor approuvé, l'expert a répondu que bien que cela soit possible, il ne connaissait aucun cas où cela s'était effectivement produit. La Couronne a confirmé que les choses s'accéléreraient après l'approbation du gouverneur en conseil et que les Coldwater auraient de la difficulté à s'acquitter de leur fardeau (*TWN 2018*, paragraphe 676). Les Coldwater avaient soutenu à l'époque que, puisque le fardeau reposerait sur eux, l'audience sur le tracé détaillé ne constituerait pas une option réaliste pour répondre à leurs préoccupations (*TWN 2018*, paragraphe 673). Ces observations sont à l'origine des incertitudes quant au tracé de l'oléoduc et quant à l'évaluation des dangers à l'aquifère mentionnées dans ce passage.

[100] Comme la Cour l'a dit clairement dans l'arrêt *TWN 2018*, le processus de consultation n'était pas lacunaire, puisque l'Office devait tenir compte du danger à l'aquifère et devait examiner le tracé ouest lors de l'audience sur le tracé détaillé, si l'étude hydrogéologique l'exigeait. Cependant, puisque la preuve démontrait que cela ne se produirait que si les Coldwater s'acquittaient du fardeau de démontrer que le tracé ouest était préférable, et puisque tous s'entendaient pour dire qu'il était peu probable qu'ils puissent le faire, la Cour a conclu que la protection de l'aquifère des Coldwater était trop incertaine. Plus précisément, l'incertitude quant au tracé découlait de l'éventualité peu probable que les Coldwater puissent s'acquitter de leur fardeau, faute de quoi il n'y aurait aucune certitude quant à la façon dont l'Office évaluerait le danger à l'aquifère.

[101] En l'espèce, on a résolu ces deux incertitudes. La Régie a confirmé que c'est le promoteur, soit Trans Mountain, qui aura le fardeau d'établir le tracé préférable,

the proponent, Trans Mountain, and not Coldwater. Specifically, the CER confirmed that "[t]he party having the onus to show that the proposed route is the best possible route is the company applying for approval", citing *Emera Brunswick Pipeline Company Ltd. (Re)*, 2008 LNCNEB 10 (QL), Nos. MH-3-2007 (May 2008), MH-1-2008 (August 2008), page 32 (memorandum of the CER, paragraph 26). Moreover, in order to remove any possible ambiguity in this regard, Trans Mountain has undertaken that Coldwater will "not carry any evidentiary burden of routing decisions placed [before] the [NEB]" (Exhibit EEEE to the Spahan affidavit, Coldwater record, page 682).

[102] Coldwater did not take issue with this confirmation or the effect of Trans Mountain's binding commitment, and could hardly have done so, given that they resolve a fundamental issue which it raised during the first consultation. It follows that Trans Mountain will have the burden of showing which is the better route during the detailed route hearing, and in assessing whether this onus has been met, the CER will have to take into account the hydrogeological study. Only then will the CER be in a position to determine whether Condition 39 has been satisfied.

[103] This does away with the uncertainty pointed to in *TWN 2018*. But Canada did not rest on this. It further bolstered Condition 39 by imposing a deadline by which Trans Mountain had to file the hydrogeological study with the CER; requiring Trans Mountain to file a feasibility study of the West Alternative route with the CER, which report has to consider geotechnical, geohazard, and species at risk and environmental factors; and imposing a clear process as to how Trans Mountain must proceed before the CER during the detailed route hearing. Beyond this, Canada remains responsible to ensure that the detailed route hearing decision, whatever it might be, upholds the honour of the Crown.

[104] Coldwater maintains that this initiative came too late in the renewed consultation process. We disagree.

et non les Coldwater. Plus précisément, la Régie a confirmé que [TRADUCTION] « c'est la société qui cherche l'autorisation qui a le fardeau de démontrer que le tracé proposé est le meilleur tracé possible », en renvoyant à *Emera Brunswick Pipeline Company Ltd. (Re)*, 2008 LNCONE 10 (QL), nº MH-3-2007 (mai 2008) et MH-1-2008 (août 2008), à la page 32 (mémoire de la Régie, paragraphe 26). De plus, pour dissiper toute ambiguïté, Trans Mountain s'est engagée à ce que les Coldwater [TRADUCTION] « n'aient pas à supporter le fardeau de la preuve lors des décisions de l'Office sur le tracé » (pièce EEEE, affidavit de Terrance Lee Spahan, recueil des Coldwater, page 682).

[102] Les Coldwater n'ont pas contesté cette confirmation ni l'effet de l'engagement contraignant de Trans Mountain et ils pouvaient difficilement faire autrement, étant donné que ces mesures réglaient un problème fondamental qu'ils avaient soulevé pendant la première ronde de consultations. Il s'ensuit qu'il incombera à Trans Mountain de démontrer quel est le meilleur tracé lors de l'audience sur le tracé détaillé et, en déterminant si cette preuve a été faite, la Régie devra tenir compte de l'étude hydrogéologique. Ce n'est qu'alors que la Régie sera en mesure de déterminer si la condition nº 39 a été respectée.

[103] L'incertitude soulevée dans l'arrêt *TWN 2018* s'en trouve dissipée. Toutefois, le Canada ne s'est pas arrêté là. Il a renforcé encore la condition nº 39 en imposant une date limite à laquelle Trans Mountain devait déposer le rapport hydrogéologique auprès de la Régie; en obligeant Trans Mountain à déposer une étude de faisabilité de l'option ouest comme tracé de rechange auprès de la Régie, qui doit examiner les géotechniques, les géohasards et évaluer les risques posés aux espèces en péril et les facteurs environnementaux; enfin, en imposant un processus clairement établi que Trans Mountain doit suivre devant la Régie pendant l'audience sur le tracé détaillé. Au-delà de cela, le Canada doit veiller à ce que la décision qui sera rendue à la suite de l'audience sur le tracé détaillé, quelle qu'elle soit, préserve l'honneur de la Couronne.

[104] Les Coldwater soutiennent que cette initiative est arrivée trop tard dans le cadre du nouveau processus de

2020 FCA 34 (CanLII)

2020 FCA 34 (CanLII)

The measure is in line with the approach sanctioned in *TWN 2018* and Coldwater retains the right to bring its input into the process. As well, Coldwater complains that the Project was approved on the basis of insufficient information and data. Again, it is not for this Court to weigh in on the science and pronounce on the sufficiency of the data, since the CER will consider the science and data sufficiency during the detailed route hearing (NEB Reconsideration Report, book of major documents, page 0975, under the heading "Condition Filings for approval" (NEB Reconsideration Report)).

[105] In sum, this Court in *TWN 2018* has already provided a full answer to the argument that the consultation process was flawed because the hydrogeological study had yet to be completed when the Project was approved. Coldwater is barred from litigating this issue again. In addition, it was open to the Governor in Council to conclude that the deficiency relating to a lack of meaningful dialogue with Coldwater was adequately remedied. We note in this respect the ongoing consideration of alternative routes, inclusive of the West Alternative, as well as Canada's clearly expressed understanding that it was not confined to the NEB's findings in developing accommodations. On this last point, Canada has spoken through its actions by initiating a binding Proponent Commitment that addresses Coldwater's concerns about routing and provides more certainty that the risk to Coldwater's aquifer will be addressed. While Coldwater remains dissatisfied, the flaw identified in *TWN 2018* has been remedied.

(2) The West Alternative is no longer the preferred route

[106] Having said this, it appears to us that reaching an agreement with Coldwater through meaningful consultation was an unlikely prospect. This can best be illustrated

consultations. Nous sommes en désaccord avec ce point de vue. La mesure est conforme à l'approche sanctionnée dans l'arrêt *TWN 2018* et les Coldwater conservent le droit de faire valoir leur point de vue. De plus, Les Coldwater se plaignent que le projet a été approuvé sur la base de données et de renseignements insuffisants. Il n'appartient pas à la Cour de donner son avis sur des questions qui relèvent du champ de la science ou de se prononcer sur la suffisance des données puisque la Régie va examiner ces questions au cours de l'audience sur le tracé détaillé (Rapport de réexamen de l'Office, recueil des principaux documents, page 0975, sous la rubrique « Dépôts relatifs aux conditions soumis à une approbation »).

[105] En résumé, la Cour, dans l'arrêt *TWN 2018*, a déjà répondu de manière complète à la thèse selon laquelle le processus de consultations présentait une lacune parce que l'étude hydrogéologique n'avait pas encore été terminée au moment de l'approbation du projet. Les Coldwater ne peuvent plus remettre en litige cette question. En outre, le gouverneur en conseil avait la possibilité de conclure que les lacunes se rapportant à l'absence d'un véritable dialogue avec les Coldwater avaient été remédiées de façon adéquate. Nous relevons à cet égard la prise en considération continue des tracés de rechange, y compris l'option ouest, ainsi que la compréhension, clairement exprimée par le Canada, qu'il n'était pas restreint par les conclusions de l'Office en ce qui concerne le développement de mesures d'accommodement. Sur ce dernier sujet, notons que le Canada s'est exprimé concrètement par ses gestes en mettant de l'avant l'engagement contraignant du promoteur pour répondre aux préoccupations des Coldwater concernant l'établissement du tracé, ce qui procure aux Coldwater un degré plus raisonnable de certitude que les risques pour l'aquifère seront abordés. Bien que les Coldwater demeurent insatisfaits, la lacune identifiée dans l'arrêt *TWN 2018* a été corrigée.

2) L'option ouest ne constitue plus le tracé privilégié

[106] Ceci dit, il nous semble qu'il était peu probable qu'une entente puisse être conclue avec les Coldwater par le biais d'une consultation constructive. Ce qui

by Coldwater's increasing disenchantment with the West Alternative as it became increasingly apparent to it that this alternative was being integrated through meaningful consultation and in a manner that provided an adequate response to its concerns.

[107] Throughout the consultations that preceded *TWN 2018* and up to March 2019, Coldwater's position was that it had a "strong preference" for the West Alternative given that it posed no risk to its aquifer and its drinking water supply (*TWN 2018*, paragraph 586). However, during the renewed consultation process, after Trans Mountain indicated its willingness to consider the West Alternative, Coldwater's position began to shift. On or around March 6, 2019, Coldwater raised for the first time concerns about "how risky the river crossings associated with the West Alternative actually are" (emphasis added; Exhibit WW to the Spahan affidavit, Coldwater record, page 499). It had long been known that the West Alternative had two river crossings; this was one of the reasons why Trans Mountain did not choose it as the preferred route.

[108] Later, in early June 2019, when confronted with the prospect that the West Alternative could provide a realistic solution to its aquifer concerns, Coldwater changed course altogether and asserted that no route was safe enough (Exhibit CCCC to the Spahan affidavit, Coldwater record, page 678):

> We do not see how the Project can be approved unless it has been determined that there is a feasible route through the Coldwater Valley that does not put our aquifer at risk or otherwise unduly harm our aboriginal rights and interests. Absent completion of the hydrogeological study and an assessment of the West (or other) route alternatives, any approval of the project would have to contemplate the possibility that there is no safe route through our valley. In this respect, there is no condition that can suffice given our unaddressed and undiscussed concerns about

illustre le mieux cette conclusion est le désenchantement de plus en plus évident des Coldwater pour l'option ouest au fur et à mesure qu'il devenait de plus en plus évident que cette solution de rechange était en train d'être intégrée dans le cadre d'une véritable consultation et d'une façon qui répondait de façon adéquate à leurs préoccupations.

[107] Tout au long des consultations qui ont précédé le prononcé de l'arrêt *TWN 2018* et jusqu'au mois de mars 2019, la position des Coldwater était qu'ils avaient une « nette préférence » pour l'option ouest étant donné que celle-ci ne présentait pas de risque pour leur aquifère et leur approvisionnement en eau potable (*TWN 2018*, paragraphe 586). Cependant, au cours du nouveau processus de consultation, une fois que Trans Mountain s'est dite disposée à examiner l'option ouest, les Coldwater se sont mis à modifier leur position. Vers le 6 mars 2019, les Coldwater ont soulevé pour la première fois des préoccupations portant sur le « risque auquel sont effectivement exposés les franchissements de la rivière associés à l'option ouest » (soulignement ajouté; pièce WW jointe à l'affidavit de Terrance Lee Spahan, recueil des Coldwater, page 499). On savait depuis longtemps que l'option ouest comptait deux franchissements de rivière; il s'agit d'une des raisons pour lesquelles Trans Mountain ne l'avait pas choisie comme son tracé privilégié.

[108] Plus tard, au début de juin 2019, quand les Coldwater ont dû faire face à la possibilité que l'option ouest pourrait constituer une solution réaliste à leurs préoccupations portant sur leur aquifère, ils ont changé de cap et ont fait valoir qu'aucun tracé n'était assez sûr (pièce CCCC jointe à l'affidavit de Terrance Lee Spahan, recueil des Coldwater, page 678) :

> [TRADUCTION] Nous ne voyons pas comment le projet peut être approuvé à moins qu'il soit déterminé qu'il existe un tracé possible dans la vallée Coldwater qui n'exposerait pas à un risque notre aquifère ou qui ne nuirait pas indûment à nos droits et intérêts autochtones. Si l'étude hydrogéologique et l'évaluation de l'option ouest ou de tracés de rechange devaient rester inachevées, il faudrait envisager la possibilité, dans le cadre de l'approbation du projet, qu'il n'existe aucun tracé sans risque dans notre vallée. À cet égard, aucune condition ne suffira étant donné que nos

2020 FCA 34 (CanLII)

> our aquifer and routing lie at the very heart of the Crown's constitutional obligations to us.

[109] This is a position that Coldwater was entitled to take. However, it would have been more useful and productive for everyone if this had been clear from the beginning.

[110] As stated at the outset of these reasons, the issue to be decided in these judicial review applications is confined to the reasonableness of the Governor in Council's conclusion that the flaws identified in *TWN 2018* have been adequately remedied. Coldwater would now like to go back in time and address issues not raised or addressed in *TWN 2018*. This is precluded by the Leave Order.

[111] Beyond this, we believe that the words of the British Columbia Court of Appeal in *Prophet River BCCA*, at paragraph 65, are apposite given Coldwater's revised position that no route is safe enough for the Project to be approved:

> …. Here, the appellants have not been open to any accommodation short of selecting an alternative to the project; such a position amounts to seeking a "veto". They rightly contend that a meaningful process of consultation requires working collaboratively to find a compromise that balances the conflicting interests at issue, in a manner that minimally impairs the exercise of treaty rights. But that becomes unworkable when, as here, the only compromise acceptable to them is to abandon the entire project.

[112] The Governor in Council's decision that Coldwater was adequately consulted and accommodated during the renewed consultation process is eminently reasonable and therefore the Order in Council approving the Project against Coldwater's opposition must stand.

> préoccupations au sujet de notre aquifère et du tracé, qui n'ont pas été abordées et qui n'ont pas fait l'objet de discussions, reposent au cœur même des obligations constitutionnelles de la Couronne à notre égard.

[109] Les Coldwater avaient le droit de défendre cette thèse. Cependant, il aurait été plus utile et productif pour tous si cela avait été clair dès le début.

[110] Comme nous l'avons déclaré initialement dans ces motifs, la question à trancher dans le cadre de ces demandes de contrôle judiciaire se limite au caractère raisonnable de la conclusion du gouverneur général selon laquelle les lacunes identifiées dans l'arrêt *TWN 2018* ont été palliées de façon adéquate. Maintenant, les Coldwater voudraient remonter dans le temps et aborder des questions qui n'ont pas été soulevées ou abordées dans l'arrêt *TWN 2018*. L'ordonnance d'autorisation ne le permet pas.

[111] Par ailleurs, nous croyons que les propos de la Cour d'appel de Colombie-Britannique dans l'arrêt *Prophet River (C.A.C.-B.)*, au paragraphe 65, sont pertinents compte tenu de la thèse revue des Coldwater qu'aucun tracé n'est assez sûr pour que le projet puisse être approuvé :

> [TRADUCTION] […] En l'espèce, les appelantes n'ont été réceptives à aucune mesure d'accommodement si ce n'est celle qui consiste à opter pour une solution de rechange à ce projet; l'adoption d'une telle position équivaut à demander un droit de « veto ». Elles font valoir à juste titre qu'un véritable processus de consultation implique la nécessité de travailler en collaboration pour trouver un compromis entre des intérêts contradictoires en jeu, d'une façon qui portera atteinte le moins possible à l'exercice de droits protégés par traité. Cependant, ce processus s'avère impraticable lorsque, comme en l'espèce, le seul compromis qui leur semble acceptable est d'abandonner l'ensemble du projet.

[112] La décision du gouverneur en conseil que les Coldwater ont été adéquatement consultés et que des mesures d'accommodement adéquates ont été prises dans le cadre du nouveau processus de consultation est éminemment raisonnable et, par conséquent, le décret approuvant le projet auquel s'opposent les Coldwater demeure valide.

2020 FCA 34 (CanLII)

B. *Squamish*

[113] Squamish's primary concerns with the Project have been the risk of spills of the diluted bitumen that would be carried by the pipeline and the consequences of a spill for Squamish's rights and interests.

[114] In *TWN 2018* (paragraphs 662–668), this Court identified three specific shortcomings in the earlier consultation between Canada and Squamish on these subjects. The first was that there was no meaningful response from Canada to Squamish's concern that too little was known about how diluted bitumen would behave if spilled to permit approval of the Project. The second was that there was nothing in Canada's response to show that Squamish's concern about diluted bitumen was given real consideration or weight. The third was that there was nothing to show that any consideration was given to any meaningful and tangible accommodation measures.

[115] The Court went on to set out how, in its view, the consultation by Canada with Squamish fell short of the required standard. It pointed out that there was only one consultation meeting with Squamish in Phase III of the consultation process. During the meeting, Squamish took the position that it had "insufficient information about the Project's impact on Squamish to make a decision on the Project or to discuss mitigation measures" (*TWN 2018*, paragraph 662). There was reference in particular to a lack of information about the fate and behaviour of diluted bitumen if spilled in a marine environment. Canada responded by describing this as an "information gap". It stated that it was unsure how the Governor in Council would weigh the uncertainties in considering whether, despite them, it was acceptable for the Project to go forward. The Court observed that the meeting notes did not reflect that there was any further discussion about the fate and behaviour of diluted bitumen in water.

B. *Les Squamish*

[113] Les préoccupations principales des Squamish au sujet du projet portent sur le risque de déversement du bitume dilué qui serait transporté par pipeline et sur les conséquences d'un déversement sur les droits et intérêts des Squamish.

[114] Dans l'arrêt *TWN 2018* (paragraphes 662 à 668), la Cour a identifié trois manquements précis lors des consultations entre le Canada et les Squamish à ce sujet. Le premier manquement concerne le fait que le Canada n'a pas répondu de façon adéquate à la préoccupation que faisaient valoir les Squamish au sujet du fait que les connaissances sur le comportement du bitume dilué lors d'un déversement étaient trop limitées pour permettre l'approbation du projet. Le deuxième manquement concerne le fait qu'il n'y avait rien dans la réponse du Canada qui démontrait que celui-ci avait accordé un poids effectif ou une attention particulière à la préoccupation des Squamish au sujet du bitume dilué. Le troisième manquement concerne le fait qu'aucune attention n'a été donnée à des mesures d'accommodement significatives et concrètes.

[115] La Cour a poursuivi en affirmant qu'à son avis, la consultation du Canada auprès des Squamish était insuffisante. Elle a signalé le fait qu'il n'y a eu qu'une seule réunion de consultation avec les Squamish dans le cadre de l'étape III du processus de consultations. Au cours de la réunion, les Squamish ont déclaré « 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 » (*TWN 2018*, paragraphe 662). Ils ont mentionné l'absence de renseignements sur le devenir et le comportement du bitume dilué déversé en milieu marin. Le Canada a répondu qu'il s'agissait là d'un « déficit d'information ». Il a déclaré ne pas savoir quel rôle jouerait cette incertitude lors du processus d'approbation par le gouverneur en conseil et s'il approuverait, malgré tout, le projet. La Cour a constaté que le procès-verbal de la réunion n'indiquait aucune discussion sur le devenir et le comportement du bitume dilué dans l'eau.

2020 FCA 34 (CanLII)

[116] The Court also referred to a joint letter to Squamish from Canada and the B.C. Environmental Assessment Office, responding to the issues raised by Squamish and dated the day before the Project was approved. The letter noted that Squamish had raised concerns relating to potential spills and the fate and behaviour of diluted bitumen, but stated only, in effect, that a pipeline company was required to follow regulatory requirements. The Court described the letter as a "generic response" and "not a meaningful response to Squamish's concern that too little was known about how diluted bitumen would behave if spilled" (*TWN 2018*, paragraph 666).

[117] Squamish submits that the renewed consultation that followed this Court's decision did not address these shortcomings: that Canada failed again to engage substantively on the issues of concern to Squamish, and unilaterally relied on accommodation measures that would not mitigate or accommodate impacts to Squamish. Therefore, in its view, it was unreasonable for the Governor in Council to approve the Project.

[118] We disagree. In our view, the record demonstrates that in the renewed consultation process, Canada meaningfully responded to Squamish's concerns through, among other things, discussion, the exchange of expert scientific opinion, and the provision of relevant information and documentation. Canada also proposed accommodation measures that could contribute to mitigating the impacts with which Squamish was concerned, including agreeing to conduct a joint experimental study with Squamish and Tsleil-Waututh (which shares Squamish's concerns about diluted bitumen and spills) on the behaviour of diluted bitumen in the Burrard Inlet and Fraser River area, the area where Squamish and Tsleil-Waututh were concerned a spill could occur.

[116] La Cour a également fait référence à une lettre conjointe du Canada et du Bureau de l'évaluation environnementale de la Colombie-Britannique adressée aux Squamish, datée de la veille de l'approbation du projet et répondant aux préoccupations soulevées par les Squamish. Selon la lettre, bien que les Squamish ont exprimé des préoccupations quant au devenir et au comportement du bitume dilué et aux risques de déversement, les sociétés de pipelines ne sont assujetties qu'aux exigences réglementaires. La Cour a décrit la lettre comme des « généralités » qui 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 » (*TWN 2018*, paragraphe 666).

[117] Les Squamish soutiennent que ces manquements n'ont pas été abordés lors des nouvelles rondes de consultations qui ont suivi la décision de la Cour : le Canada a, une fois de plus, omis de s'engager concrètement à l'égard des préoccupations des Squamish et s'est fié unilatéralement à des mesures d'accommodement qui n'atténueraient pas les effets des répercussions que pourraient subir les Squamish, ni ne les accommoderaient. Par conséquent, selon les Squamish, il était déraisonnable pour le gouverneur en conseil d'approuver le projet.

[118] Nous ne sommes pas de cet avis. Selon nous, il ressort du dossier que, dans le cadre du nouveau processus de consultation, le Canada a répondu de façon significative aux préoccupations des Squamish, notamment, en participant à des discussions avec eux, en procédant à un échange d'opinions d'experts scientifiques ainsi qu'en fournissant de la documentation et d'autres renseignements pertinents. Le Canada a également proposé des mesures d'accommodement qui aideraient à atténuer les répercussions qui préoccupaient les Squamish, soit, notamment, de se mettre d'accord pour mener une étude expérimentale conjointe avec les Squamish et les Tsleil-Waututh (qui partagent avec les Squamish des préoccupations au sujet du bitume dilué et des déversements) sur le comportement du bitume dilué dans la baie Burrard et dans la région du fleuve Fraser, la région où les Squamish et les Tsleil-Waututh étaient préoccupés qu'un déversement puisse survenir.

2020 FCA 34 (CanLII)

[119] Ultimately, Squamish and its experts were not persuaded that enough was known about the fate and behaviour of diluted bitumen to permit a decision approving the Project. For their part, Canada and its experts were not persuaded, given the current state of scientific knowledge, that further information was required before a decision could be made. But the law governing consultation does not impose a duty to agree (*Haida Nation*, paragraph 42). Nor is it the role of the Court to act as an "academy of science'" to decide whose view is correct (*Inverhuron & District Ratepayers Ass. v. Canada (Minister of The Environment)*, 2001 FCA 203, 273 N.R. 62, paragraph 40). Rather, provided the Governor in Council could reasonably determine that there was meaningful consultation, the appropriateness of a decision on the Project given the current state of scientific knowledge was a matter for the Governor in Council to determine.

[120] What, then, were the elements of the renewed consultation with Squamish on potential spills and the fate and behaviour of diluted bitumen?

[121] First, updated evidence was filed in the NEB reconsideration hearing, in which Squamish participated. Canada had advised that it intended to rely on the NEB reconsideration hearing, to the extent possible, to fulfil its duty to consult. The updated evidence addressed, among other things, the fate and behaviour of diluted bitumen and oil spill clean-up technologies. It included a 2018 report on a review conducted by federal scientists and external experts that summarized the state of knowledge in the field and provided direction for further research. There was also evidence from Squamish's expert, Dr. Short, concerning the submergence of diluted bitumen following a spill. The NEB found that the weight of the evidence did not support Dr. Short's assertion that rapid, widespread submergence of diluted bitumen was likely. It concluded that there was sufficient evidence regarding the fate and behaviour of an oil spill, including diluted bitumen, to support assessment of potential spill-related effects and spill response planning (NEB Reconsideration Report, pages 0479–0503).

[119] En fin de compte, Squamish et ses experts n'ont pas été convaincus que les connaissances sur le devenir et le comportement du bitume dilué étaient suffisantes pour permettre au gouverneur en conseil d'approuver le projet. Pour leur part, le Canada et ses experts n'ont pas été convaincus, compte tenu de l'état actuel des connaissances scientifiques, que des renseignements supplémentaires étaient nécessaires avant qu'une décision puisse être rendue. Cependant, le droit régissant les consultations n'impose pas une obligation de parvenir à une entente (*Nation haïda*, paragraphe 42). Il n'appartient pas non plus à la Cour d'agir comme « "académie des sciences" » en vue de décider quelle opinion est la bonne (*Inverhuron & District Ratepayers Ass. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2001 CAF 203, paragraphe 40). Au contraire, à condition que le gouverneur en conseil puisse raisonnablement conclure qu'une véritable consultation a eu lieu, le caractère approprié d'une décision portant sur le projet, compte tenu de l'état actuel des connaissances scientifiques, était une question qui appartenait au gouverneur en conseil de trancher.

[120] Quels étaient alors les éléments de la nouvelle ronde de consultation avec les Squamish sur les risques de déversements ainsi que le devenir et le comportement du bitume dilué?

[121] Premièrement, des éléments de preuve mis à jour ont été déposés lors de l'audience de réexamen de l'Office à laquelle les Squamish ont participé. Le Canada a fait part de son intention de s'appuyer sur l'audience de réexamen de l'Office, dans la mesure du possible, pour s'acquitter de son obligation de consulter. Les éléments de preuve mis à jour portaient notamment sur le devenir et le comportement du bitume dilué ainsi que sur les technologies de nettoyage en cas de déversement d'hydrocarbures. Ils comprenaient un rapport de 2018 sur une étude menée par des scientifiques du gouvernement fédéral et des experts de l'extérieur qui ont fait une synthèse de la situation sur la connaissance dans ce domaine et a orienté davantage les efforts de recherche futurs. Un expert des Squamish, M. Short, Ph. D., a également déposé un rapport en preuve au sujet de la submersion du bitume dilué à la suite d'un déversement. L'Office a conclu que le poids de la preuve n'appuyait pas la thèse de M. Short que la submersion rapide et étendue du bitume dilué était probable. Il a conclu qu'il

2020 FCA 34 (CanLII)

2020 FCA 34 (CanLII)

[122] Second, two of the seven technical consultation meetings between Canada and Squamish, and a substantial portion of a third (a telephone meeting), were devoted to these and related issues. These meetings were convened in response to the identification by Squamish of the fate and behaviour of diluted bitumen and spill response as issues that it considered outstanding or unaddressed in light of the NEB Reconsideration Report, and as subjects requiring consultation (Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 14474–14480, 14498–14502). Both federal experts and Squamish's experts attended these technical consultation meetings. Federal experts gave presentations on oil spills, including spill modelling, the biodegradation of diluted bitumen, and spill response. They advised that much additional research had been conducted since 2016. They presented substantial information on spill response capacities and programs. Squamish and its expert expressed the view that additional work on the fate and behaviour of diluted bitumen must nonetheless be completed before the Governor in Council could make a decision on the Project. Canada responded directly that, given the extent of current scientific knowledge, it did not share that view (Taylor affidavit No. 2, paragraphs 60–61, Canada record, page 14254; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 14729–14783, 15088–15103). The second meeting included a presentation on spill response capacity by Western Canada Marine Response Corporation (the Transport Canada-certified marine spill response organization for Canada's west coast). There was also discussion of available information on spill response capacity that Squamish's expert on this subject had apparently not considered (Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 15101–15102). This was meaningful dialogue.

y avait suffisamment de preuve au sujet du devenir et du comportement d'un déversement de pétrole, y compris du bitume dilué, pour permettre une évaluation des effets potentiels d'un déversement et l'élaboration d'un plan d'urgence en cas de déversement (Rapport de réexamen de l'Office, pages 0479 à 0503).

[122] Deuxièmement, deux des sept réunions de consultation techniques entre des représentants du Canada et des Squamish, ainsi qu'une partie importante d'une troisième réunion (une réunion téléphonique) ont été consacrées à ces questions ainsi qu'à des questions connexes. Ces réunions ont été organisées en réponse à l'identification par les Squamish de questions qu'ils considéraient comme n'ayant pas été abordées ou comme ayant été laissées en suspens et qui se rapportaient au devenir et au comportement du bitume dilué ainsi qu'aux mesures en cas de déversement à la lumière du rapport de réexamen de l'Office, ou à titre de sujets nécessitant consultation (pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, pages 14474 à 14480 et 14498 à 14502). Les experts du fédéral et de Squamish ont assisté à ces réunions de consultation technique. Les experts fédéraux ont fait des présentations sur les déversements de pétrole, y compris la modélisation des déversements, la biodégradation du bitume dilué, et l'intervention en cas de déversement. Ils ont déclaré que beaucoup de recherche supplémentaire avait été effectuée depuis 2016. Ils ont présenté beaucoup de renseignements sur les capacités et les programmes d'intervention en cas de déversement. Les représentants des Squamish et leurs experts ont fait valoir que, néanmoins, plus de travail portant sur le devenir et le comportement du bitume dilué devait être accompli avant que le gouverneur en conseil puisse prononcer sa décision sur le projet. Les représentants du Canada ont répondu directement que, compte tenu de l'état actuel des connaissances scientifiques, ils ne partageaient pas cet avis (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphes 60 et 61, recueil du Canada, page 14254, pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, pages 14729 à 14783 et 15088 à 15103). Au cours de la deuxième réunion, la Western Canada Marine Response Corporation (l'organisation certifiée par Transport Canada pour les services d'intervention en cas de déversement maritime sur la côte ouest du Canada) a donné une présentation sur la capacité d'intervention en cas de déversement. Les

[123] Third, during the consultation period Canada provided to Squamish and its experts substantial research and other written material providing further information on these subjects (Taylor affidavit No. 2, paragraphs 58–59, 62–64, 71, 74, 80, 82, 86, Canada record, pages 14252–14255, 14258–14259, 14262–14267; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 14667–14669, 14687–14693, 14716–14728, 14792, 14850, 14931–14932, 15162–15164, 15178–15189, 15240–15246). This too contributed to the dialogue on these issues.

[124] In our view, these three elements, taken together, reasonably address the first two of the three shortcomings related to the earlier consultation on diluted bitumen and spill modelling specifically identified by this Court in *TWN 2018*. While we have focused on the consultation relating to these subjects because of their importance to Squamish and the shortcomings found in *TWN 2018*, the record also shows substantive dialogue on other concerns communicated by Squamish. For example, among the concerns discussed at the May 23, 2019 consultation meeting were protocols for vessels when killer whales are in port waters, threats facing the whale population and the initiatives being developed by Canada to address them, measures to mitigate impacts on Chinook salmon, and a number of proposed accommodation measures (discussed below) (Taylor affidavit No. 2, paragraph 75, Canada record, pages 14259–14260; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 16431–16439). As a further example, in a letter dated May 28, 2019, Canada responded to Squamish's concerns on various subjects, in addition to diluted bitumen and oil spill response capacity, including cumulative effects, Squamish's restoration efforts, the health and sustainability of killer whales, and measures to avoid potential harms identified by Squamish to the ability to engage in cultural and spiritual practices in marine environments

discussions ont également porté sur les renseignements concernant la capacité d'intervention en cas de déversement que l'expert des Squamish sur le sujet n'avait apparemment pas examinés (pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, pages 15101 et 15102). Ce fut un dialogue constructif.

[123] Troisièmement, le Canada a fourni aux Squamish et à leurs experts, au cours de la période de consultations, un volume important de résultats de recherche et d'autres documents portant sur ces sujets (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphes 58 et 59, 62 à 64, 71, 74, 80, 82 et 86, recueil du Canada pages 14252 à 14255, 14258, 14259 et 14262 à 14267; pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, pages 14667 à 14669, 14687 à 14693, 14716 à 14728, 14792, 14850, 14931, 14932, 15162 à 15164, 15178 à 15189 et 15240 à 15246). Cet échange a également contribué à un dialogue véritable sur ces questions.

[124] À notre avis, ces trois éléments, pris ensemble, remédient raisonnablement aux deux premiers des trois manquements se rapportant à la consultation antérieure sur le bitume dilué et la modélisation des déversements que la Cour a expressément identifié dans l'arrêt *TWN 2018*. Alors que nous avons porté notre attention sur les consultations concernant ces sujets à cause de l'importance que leur accordaient les Squamish et des manquements relevés dans l'arrêt *TWN 2018*, il ressort également du dossier que des échanges importants ont eu lieu sur d'autres sujets de préoccupation signalés par les Squamish. Par exemple, parmi les sujets de préoccupation ayant fait l'objet de discussions au cours de la réunion de consultation qui a eu lieu le 23 mai 2019, il y avait les protocoles de navigation lorsque les épaulards occupent les eaux portuaires, les menaces auxquelles fait face la population de baleines et les initiatives prises par le Canada pour les contrer, les mesures prises pour atténuer les effets néfastes sur les saumons Chinook et un certain nombre de mesures d'accommodement proposées (que nous abordons ci-dessous) (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphe 75, recueil du Canada, pages 14259 à 14260; pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, pages 16431 à 16439). Comme autre exemple, dans une lettre datée du 28 mai 2019, le Canada a répondu à plusieurs

2020 FCA 34 (CanLII)

(Taylor affidavit No. 2, paragraph 80, Canada record, pages 14262–14264; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 15156–15167).

[125] That leaves the third identified shortcoming, the failure in the earlier consultation to consider any meaningful and tangible accommodation measures, as well as the further inadequacies that Squamish asserts in the renewed consultation process: the alleged withholding by Canada of certain "reviews", the late provision by Canada of other relevant information, and the "rushing" of the consultation process toward a "pre-determined outcome".

[126] We address these points in turn.

(1) The proposed accommodation measures were meaningful and tangible

[127] In the renewed consultation process with Squamish, Canada proposed a series of eight accommodation measures, which it stated had been developed to respond to concerns expressed by Squamish and other Indigenous groups about the potential impact of the Project on Aboriginal rights. Canada also proposed these measures to the other applicants. It contemplated from the outset that there would be discussions with interested Indigenous groups to develop the measures further and to refine their application to address each group's particular concerns.

[128] These measures included the Salish Sea Initiative (SSI), described as "a joint Indigenous-government governance structure, to be co-developed,

préoccupations des Squamish, outre le bitume dilué et les capacités d'intervention en cas de déversement, soit, notamment, les effets cumulatifs, les efforts de restauration déployés par les Squamish, la santé et la viabilité des épaulards et les mesures à prendre pour éviter toute dégradation éventuelle identifiée les Squamish ainsi que la possibilité d'exercer des pratiques culturelles et spirituelles dans des milieux marins (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphe 80; recueil du Canada, pages 14262 à 14264; pièce A de l'affidavit de Mitchell Taylor et recueil du Canada, pages 15156 à 15167).

[125] Il reste donc un troisième manquement, le défaut, lors de la ronde de consultations précédente, de prendre en considération des mesures d'accommodement significatives et concrètes ainsi que d'autres fautes qui, d'après les Squamish, auraient grevé le nouveau processus de consultation : la dissimulation de certains [TRADUCTION] « examens scientifiques » par le Canada, la transmission tardive par le Canada de renseignements pertinents supplémentaires et la finalisation [TRADUCTION] « à la hâte » du processus de consultation pour aboutir à un [TRADUCTION] « résultat prédéterminé ».

[126] Nous aborderons ces points un à la fois.

1) Les mesures d'accommodement étaient significatives et concrètes

[127] Dans le cadre du nouveau processus de consultation avec les Squamish, le Canada a proposé une série de huit mesures d'accommodement qui, selon lui, avaient été élaborées pour répondre aux préoccupations des Squamish et d'autres groupes autochtones au sujet de la répercussion potentielle du projet sur les droits des Autochtones. Le Canada a également proposé ces mesures aux autres demanderesses. Le Canada avait envisagé dès le départ d'entamer des discussions avec des groupes d'autochtones intéressés dans le but de développer ces mesures et d'en perfectionner l'application pour répondre aux préoccupations particulières de chaque groupe.

[128] Ces mesures comprennent l'Initiative de la mer des Salish (IMS), décrite comme [TRADUCTION] « une structure de gouvernance conjointe autochtone et

2020 FCA 34 (CanLII)

with funding to support Indigenous capacity to better understand and put in place mechanisms to monitor and address cumulative effects in the Salish Sea"; Co-Developing Community Response (CDCR), described as "a measure that could deliver training and equipment and bring Indigenous groups to the table for the planning of emergency response in the marine environment"; Enhanced Marine Situational Awareness (EMSA), designed to provide real-time vessel information in response to safety concerns expressed by Indigenous groups; Marine Safety Equipment and Training (MSET), created to provide funding for safety equipment to improve marine safety on the water; Quiet Vessel Initiative (QVI), created "to test safe and effective quiet vessel technologies and operational practices that reduce underwater noise at its source as a complement to various other measures currently underway to support the recovery of [killer whales]"; and Aquatic Habitat Restoration Fund (AHRF), designed to support collaboration with Indigenous groups to protect and restore aquatic habitats that would be affected by the Project (Taylor affidavit No. 2, paragraph 41, Canada record, pages 14245–14247; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 14524–14544). Squamish was invited to an information session with officials who had lead responsibility for these measures, but did not attend (Taylor affidavit No. 2, paragraphs 42–43, Canada record, page 14247). However, a number of these measures were discussed during consultation meetings between Canada and Squamish (Taylor affidavit No. 2, paragraph 75, Canada record, pages 14259–14260; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 16431–16439).

gouvernementale, devant être co-développée et financée pour permettre aux Autochtones de mieux comprendre les effets cumulatifs dans la mer des Salish et de mettre en place des mécanismes de surveillance et de gestion de ces effets »; l'élaboration conjointe de l'intervention communautaire, qui est décrite comme [TRADUCTION] « une mesure dans le cadre de laquelle de la formation et de l'équipement seraient fournis aux groupes autochtones qui seraient amenés à participer à l'élaboration de plans d'intervention d'urgence en milieu marin »; l'Initiative de sensibilisation accrue aux activités maritimes, une initiative visant à fournir de l'information en temps réel sur les navires, conçue pour répondre aux préoccupations exprimées par les groupes autochtones en matière de sécurité; l'Initiative relative à l'équipement et à la formation en matière de sécurité maritime, qui prévoit l'octroi d'un financement pour de l'équipement en matière de sécurité maritime; l'Initiative pour des navires silencieux, [TRADUCTION] « pour mettre à l'essai des technologies et des pratiques opérationnelles efficaces visant à réduire à sa source le bruit sous-marin des navires et à les rendre plus sécuritaires en complément de nombreuses autres mesures présentement mises en œuvre pour appuyer le rétablissement des [épaulards] »; le Fonds de restauration de l'habitat aquatique, qui est consacré à la collaboration avec les collectivités autochtones dans le but de protéger et de restaurer les habitats aquatiques touchés par le projet (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphe 41, recueil du Canada, pages 14245 à 14247; pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, pages 14524 à 14544). Une invitation a été lancée aux Squamish pour participer à une séance d'information tenue par des fonctionnaires qui étaient responsables au premier chef de ces mesures, mais ils ne se sont pas présentés (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphe 75, recueil du Canada, page 14247). Cependant, un certain nombre de ces mesures ont ensuite fait l'objet de discussions au cours de réunions de consultation qui ont eu lieu entre des représentants du Canada et des Squamish (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphe 75, recueil du Canada, pages 14259 et 14260; pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, pages 16431 à 16439).

2020 FCA 34 (CanLII)

[129] In addition to proposing these measures, Canada agreed to collaborate with Squamish and Tsleil-Waututh, and their expert, on the joint diluted bitumen study referred to above.

[130] Squamish submits that these proposed measures were unilaterally developed by Canada, without any effort by Canada to collaborate with Squamish in developing them so as to address Squamish's concerns. Squamish states that it provided feedback to Canada on their inadequacies, including that they were unresponsive to Squamish's concerns, deferred the gathering of essential information until after Project approval, could not at this time be considered accommodation because they do not minimize or avoid effects to Squamish's rights, and provide only for the collection of baseline information (memorandum of Squamish, paragraphs 121–122). Squamish further argues that other initiatives—it cites the QVI as an example—"are at the early stages and remain untested and unproven as to whether they will actually mitigate impacts" (memorandum of Squamish, paragraph 123).

[131] However, as Canada points out, Squamish expressed the view during the renewed consultation process that "[u]nderstanding the current cumulative impact loads to Burrard Inlet and the Salish Sea and how the Project will add to those existing impacts, is critical to understanding the impacts of the Project to the Nation and to developing mitigation measures" (Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, page 14476). Squamish also raised, among other things, the potential impact of the Project on Squamish's current restoration efforts in its territory (Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, page 14580). Canada provided information on how mitigation measures already in place could address this issue. Canada also proposed in response to these and other issues raised by Squamish the use and tailoring of the eight proposed accommodation measures to address Squamish's specific concerns. For example, it identified the QVI as responsive to Squamish's specific

[129] En plus de proposer ces mesures, le Canada a accepté de collaborer avec les Squamish, les Tsleil-Waututh et leur expert, sur l'étude conjointe sur le bitume dilué susmentionnée.

[130] Les Squamish soutiennent que le Canada a élaboré unilatéralement ces mesures proposées sans chercher à obtenir la collaboration des Squamish de façon à permettre que ces mesures répondent à leurs préoccupations. Les Squamish affirment qu'ils ont fourni des commentaires au Canada au sujet de leur caractère inadéquat, y compris le fait qu'elles ne répondaient pas aux préoccupations des Squamish, qu'elles avaient pour effet de reporter la collecte de renseignements essentiels jusqu'après l'approbation du projet, qu'elles ne pouvaient pas, à ce moment, être considérées comme des accommodements parce qu'elles ne réduisent ou n'éliminent pas les incidences sur les droits des Squamish, et qu'elles ne portent que sur la collecte de données de base (mémoire des Squamish, paragraphes 121 et 122). Les Squamish ont en outre fait valoir que d'autres initiatives — ils citent l'Initiative pour des navires silencieux comme exemple — [TRADUCTION] « n'en sont seulement qu'à un stade préliminaire, n'ont pas été mises à l'essai et n'ont pas fait leur preuve en termes d'atténuation des effets du projet » (mémoire des Squamish, paragraphe 123).

[131] Cependant, comme le fait valoir le Canada, les Squamish ont, au cours du nouveau processus de consultations, exprimé le point de vue que [TRADUCTION] « [c]omprendre les charges de répercussions cumulatives actuelles dans la baie Burrard et dans la mer de Salish et comment le projet intensifiera ces répercussions est indispensable en vue de comprendre les répercussions du projet sur la Nation et d'établir des mesures d'atténuation » (pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, page 14476). Les Squamish ont également soulevé, entre autres choses, la répercussion possible du projet sur leurs travaux de restauration en cours sur leur territoire (pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, page 14580). Le Canada a fourni de l'information indiquant comment les mesures d'atténuation déjà en place pourraient régler ce problème. Le Canada a également proposé le recours aux huit mesures d'accommodement

2020 FCA 34 (CanLII)

concern about vessel noise and its impacts on killer whales (Taylor affidavit No. 2, paragraphs 58(a), 70, 75, 80–81, Canada record, pages 14252, 14257–14260, 14262–14265; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 14543–14544, 14674–14675, 14684–14685, 14720–14721, 15075–15078, 15156–15167, 15250–15251, 16431–16439).

[132] In further response to Squamish's concerns about Project impacts on killer whales, Canada provided to Squamish details about the initiatives and programs implemented since the first NEB hearing to support the recovery of the species. It explained that in 2016 Canada had launched what it described as the $1.5 billion national Oceans Protection Plan (OPP), a primary component of which is to protect at-risk whale species. As part of this initiative, Canada committed that there would be no net noise increase from vessel traffic associated with the Project. In May 2018, having concluded that killer whales are facing imminent threats to their survival and recovery, Canada initiated the Whales Initiative, which involves among other things emergency measures specifically to protect the species. These include initiatives to increase the amount of prey available to killer whales, reduce vessel noise, and reduce contaminants (Labonté affidavit, paragraphs 120–121, Canada record, page 00035; CCAR, book of major documents, pages 0237–0246; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 14674–14675, 14695–14704, 15108–15111, 15164).

[133] While in *TWN 2018* (paragraphs 471, 661, 667), the Court described the OPP and a related initiative as "laudable", but "inchoate", and stated that the record before it "[did] not allow consideration of whether, as those initiatives evolved, they became something that could meaningfully address real concerns", the record in these proceedings is different. As Canada submits

proposées, en les adaptant si nécessaire, pour répondre aux préoccupations précises des Squamish. Par exemple, il a identifié l'Initiative pour des navires silencieux comme une réponse aux préoccupations précises des Squamish au sujet du bruit des navires et de sa répercussion sur les épaulards (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphes 58(a), 70, 75, 80 et 81, recueil du Canada, pages 14252, 14257 à 14260 et 14262 à 14265; pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, dossier du Canada, pages 14543, 14544, 14674, 14675, 14684, 14685, 14720, 14721, 15075 à 15078, 15156, 15167, 15250, 15251 et 16431 à 16439).

[132] Comme réponse additionnelle aux préoccupations des Squamish au sujet des répercussions du projet sur les épaulards, le Canada a fourni aux Squamish des détails à propos des initiatives et des programmes mis en œuvre depuis la première audience de l'Office pour favoriser le rétablissement de l'espèce. Le Canada a expliqué qu'en 2016 il avait lancé le Plan de protection des océans, dont le financement s'élève à 1,5 milliard de dollars et dont le principal élément consiste à protéger les espèces de baleines en péril. Dans le cadre de cette initiative, le Canada s'est engagé à ce que le trafic maritime associé au projet n'augmente pas le niveau net de bruit. Au mois de mai 2018, après avoir conclu que la survie et le rétablissement des épaulards étaient menacés, le Canada a lancé l'Initiative de protection des baleines, qui prévoyait, entre autres, des mesures d'urgence visant spécifiquement la protection des espèces. Ces mesures comprennent des initiatives visant à améliorer la disponibilité des proies pour les épaulards, à réduire le bruit des navires et à réduire les contaminants (affidavit de Jeff Labonté, paragraphes 120 et 121, recueil du Canada, page 00035; RCAC, recueil des principaux documents, pages 0237 à 0246; pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, pages 14674, 14675, 14695 à 14704, 15108 à 15111 et 15164).

[133] Alors que, dans l'arrêt *TWN 2018* (paragraphes 471, 661 et 667), la Cour a décrit le Plan de protection des océans et une initiative connexe comme étant « louables », mais « naissantes » et a affirmé que le dossier dont elle était saisie « ne [permettait] pas de décider si ces initiatives [avaient] évolué de telle sorte qu'elles pouvaient répondre véritablement aux préoccupations

2020 FCA 34 (CanLII)

(memorandum of Canada, paragraph 49), the record shows that these initiatives have undergone significant development and implementation. Canada's evidence filed in the NEB reconsideration hearing outlined how the OPP, the Whales Initiative, and other federal initiatives addressed Indigenous communities' concerns relating to marine transportation (Labonté affidavit, paragraph 18, Canada record, page 00007). It was reasonable for the Governor in Council to consider Canada's evidence before the NEB in determining that Canada had proposed responsive accommodation measures.

[134] To the extent that Squamish is suggesting that some of the measures proposed by Canada do not qualify as accommodation measures because they provide at this stage largely for the collection of information, including baseline information, and do not themselves mitigate adverse impacts, this proposition does not reflect the law (see *Taku River*, paragraphs 43–44, recognizing "directions … to develop baseline information" as an appropriate accommodation measure). To the extent that Squamish submits that it must be demonstrated that proposed accommodation measures will necessarily succeed in mitigating impacts, this too is not a tenable proposition (see *Ktunaxa Nation*, paragraph 79).

[135] In our view, Canada has addressed the shortcoming in relation to accommodation measures addressing Squamish's concerns that this Court identified in *TWN 2018*. The proposed accommodation measures that Canada put forward in the renewed consultation process cannot be dismissed as not meaningful or tangible. The Governor in Council specifically considered the proposed accommodation measures in coming to its decision on Project approval (Explanatory Note, pages 48–49). In our view it acted reasonably in doing so.

réelles », le dossier dans la présente instance est différent. Comme le fait valoir le Canada (mémoire du Canada, paragraphe 49), il ressort du dossier que ces initiatives ont connu d'importants changements et mises en œuvre. Le Canada a décrit, dans les éléments de preuve soumis lors de l'audience de réexamen de l'Office, comment le Plan de protection des océans, l'Initiative de protection des baleines, et d'autres initiatives fédérales, ont répondu aux préoccupations des communautés autochtones en ce qui concerne le trafic maritime (affidavit de Jeff Labonté, paragraphe 18, recueil du Canada, page 00007). Il était raisonnable pour le gouverneur en conseil d'examiner les éléments de preuve présentés devant l'Office en vue de décider si le Canada avait proposé des mesures d'accommodement appropriées.

[134] La suggestion des Squamish que certaines des mesures proposées par le Canada ne constituent pas des mesures d'accommodement parce qu'à ce stade-ci elles sont axées principalement sur la collecte de renseignements, notamment de données de base, et n'atténuent pas elles-mêmes les répercussions négatives, ne reflète pas le droit en vigueur (voir l'arrêt *Taku River*, paragraphes 43 et 44, qui reconnaît que le fait « qu'il soit ordonné […] d'établir des données de base » constitue une mesure d'accommodement appropriée). Dans la mesure où les Squamish font valoir qu'il faut prouver qu'une mesure d'accommodement proposée réussira nécessairement à atténuer les répercussions, il s'agit ici également d'une position insoutenable (voir l'arrêt *Ktunaxa Nation*, paragraphe 79).

[135] À notre avis, le Canada a adopté des mesures pour combler la lacune liée aux mesures d'accommodement répondant aux préoccupations des Squamish que la Cour a identifiées dans l'arrêt *TWN 2018*. Les mesures d'accommodement que le Canada a proposées dans le cadre du nouveau processus de consultations ne peuvent pas être rejetées au motif qu'elles ne sont pas significatives ou concrètes. Le gouverneur en conseil a spécifiquement tenu compte des mesures d'accommodement proposées lorsqu'il a rendu sa décision sur l'approbation du projet (note explicative, pages 48 et 49). À notre avis, il a agi ainsi de façon raisonnable.

2020 FCA 34 (CanLII)

(2) Canada did not withhold necessary information

[136] Squamish submits that Canada also breached its duty to consult by withholding or delaying production of what it describes as "highly relevant information" (memorandum of Squamish, paragraph 55(a)). (Tsleil-Waututh makes a similar assertion; see the discussion at paragraphs 190 and 191 below.) The focus of Squamish's submission is on documents that it describes as "reviews" by Canada's internal experts of expert reports filed with the NEB by Squamish, Tsleil-Waututh, and others. These expert reports addressed the fate and behaviour of diluted bitumen in the event of a spill, as well as spill response capabilities. The documents were disclosed to Squamish for the first time on June 10, 2019, after the consultation period ended. They were disclosed to Tsleil-Waututh ten days earlier, on May 31, 2019.

[137] As noted above, Squamish describes these documents as "reviews" of its expert reports. It asserts that someone at Environment and Climate Change Canada (ECCC) appears to have made changes in the original "reviews"—changes that, according to Squamish, included, among other things, deletion of language that was supportive of Squamish's experts' opinions, and insertion of language supportive of Canada's view that the Governor in Council could render a decision on the Project based on the current state of scientific knowledge. Canada's evidence is that the documents are "internal summaries", created by scientists within ECCC to inform Canada's consultation discussions and that their contents are consistent with the positions communicated by Canada during the re-initiated consultations.

[138] Squamish contests this. It also raises the spectre that alterations to the documents were made without

2) Le Canada n'a pas retenu des renseignements indispensables

[136] Les Squamish soutiennent que le Canada a également manqué à son obligation de consulter en retenant des [TRADUCTION] « renseignements très pertinents » ou en retardant la production de ceux-ci (mémoire des Squamish, paragraphe 55(a)). (Les Tsleil-Waututh font une affirmation similaire, voir la discussion aux paragraphes 190 et 191 des présents motifs.) Les observations des Squamish portent principalement sur les documents qu'ils décrivent comme étant des « examens scientifiques » formulés par les experts à l'interne du Canada au sujet des rapports d'experts déposés par les Squamish, les Tsleil-Waututh et d'autres auprès de l'Office. Ces rapports d'experts portaient sur le devenir et le comportement du bitume dilué en cas de déversement, et sur les capacités d'intervention en cas de déversement. Les documents ont été divulgués aux Squamish pour la première fois le 10 juin 2019, après la période de consultations. Ils ont été divulgués aux Tsleil-Waututh dix jours plus tôt, le 31 mai 2019.

[137] Comme indiqué ci-dessus, les Squamish ont décrit ces documents comme des « examens scientifiques » de ses rapports d'experts. Ils affirment qu'une personne à Environnement et Changement climatique Canada semble avoir apporté des changements aux « examens scientifiques » originaux, des changements qui, de l'avis des Squamish, comprennent, entre autres choses, la suppression de propos qui appuient les opinions des experts des Squamish et l'insertion de propos qui appuient l'opinion du Canada que le gouverneur en conseil pourrait rendre une décision sur le projet en s'appuyant sur l'état actuel des connaissances scientifiques. Le Canada fait valoir que les documents sont des [TRADUCTION] « rapports sommaires internes » préparés par des scientifiques au sein d'Environnement et Changement climatique Canada comme outils d'information devant être utilisés par le Canada dans le cadre des discussions sur les consultations et que leur contenu est conforme aux positions défendues par le Canada lors des consultations qui ont été lancées de nouveau.

[138] Les Squamish contestent cette affirmation. Ils soulèvent aussi la possibilité que les modifications aient

2020 FCA 34 (CanLII)

their authors' knowledge or consent. It suggests that the withholding of and alterations to the documents "raise serious questions about whether Canada has been forthright in advancing its responses to Squamish concerns", and "a serious question about the honour of the Crown" (memorandum of Squamish, paragraphs 69–70).

[139] Despite these serious allegations, Squamish has put forward no evidence that changes to the documents were made without their authors' knowledge, and no evidence of misconduct by Canada. Nor has Squamish explained why, if Canada was intent on withholding information, it would have provided the documents earlier to Tsleil-Waututh, when Squamish and Tsleil-Waututh were so clearly aligned on the diluted bitumen and spill response issues.

[140] Canada provided the "reviews" to Squamish and Tsleil-Waututh upon request and provided an explanation for the changes which they incorporate. Squamish is entitled to its doubts about Canada's explanation, but in the absence of some evidence that Canada's explanation is false, Squamish is not entitled to ask this Court to conclude that Canada's conduct was inconsistent with the honour of the Crown.

[141] Squamish also submits that Canada breached the duty to consult by making only late disclosure to Squamish of three further documents or categories of information—an updated draft CCAR, Canada's reassessment of impacts on Squamish, and Canada's reassessment of Squamish's strength of claim.

[142] Canada provided Squamish with a draft of its CCAR annex on April 24, 2019. It invited Squamish to provide comments by May 29, a deadline that was extended to May 31. Squamish took up this opportunity. It was also invited to provide to the Governor in Council its independent submissions on the draft CCAR annex within a deadline that was extended to June 6. It also

été apportées aux documents à l'insu et sans le consentement de leurs auteurs. Ils laissent entendre que la non-divulgation et la modification de documents [TRADUCTION] « soulèvent des questions sérieuses au sujet de la détermination du Canada à répondre en toute franchise aux préoccupations des Squamish », et [TRADUCTION] « une question sérieuse au sujet de l'honneur de la Couronne » (mémoire des Squamish, paragraphes 69 et 70).

[139] Malgré ces très graves allégations, les Squamish n'ont présenté aucun élément de preuve qui étaye l'allégation que des changements ont été apportés aux documents à l'insu de leurs auteurs et aucune preuve d'une inconduite de la part du Canada. Les Squamish n'ont pas non plus pu expliquer pourquoi, si le Canada était décidé à ne pas leur divulguer de renseignements, le Canada avait précédemment divulgué les documents aux Tsleil-Waututh, alors que les Squamish et les Tsleil-Waututh étaient clairement alignés sur la question du bitume dilué et de l'intervention en cas de déversement.

[140] Le Canada a fourni sur demande aux Squamish et aux Tsleil-Waututh les « examens scientifiques » et il a fourni une explication au sujet des changements qu'il y a apportés. Les Squamish ont le droit de douter de l'explication du Canada, mais faute de preuve que l'explication du Canada est fausse, ils ne sont pas fondés à demander à la Cour de conclure que le comportement du Canada est incompatible avec l'honneur de la Couronne.

[141] Les Squamish font également valoir que le Canada a manqué à son obligation de consulter en divulguant de façon tardive aux Squamish trois documents ou types d'information supplémentaires, une mise à jour d'une ébauche du RCAC, la nouvelle évaluation du Canada des répercussions sur les Squamish et la nouvelle évaluation de la solidité de la revendication des Squamish.

[142] Le 24 avril 2019, le Canada a fourni aux Squamish une ébauche de son annexe du RCAC. Il a invité les Squamish à faire part de leurs commentaires avant le 29 mai, et l'échéance a été reportée au 31 mai. Les Squamish ont saisi cette occasion. Ils ont également été invités à fournir leurs observations indépendantes sur l'ébauche de l'annexe du RCAC et l'échéance qui avait

2020 FCA 34 (CanLII)

took up this opportunity, and its independent submissions were included in the material provided to the Governor in Council (Taylor affidavit No. 2, paragraphs 56, 79, 83, 88, 93, Canada record, pages 14251–14252, 14261, 14265, 14267–14268; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 14613, 15150–15151, 15190–15196, 15278–15279, 16320–16323).

[143] Squamish complains that Canada provided Squamish with only one draft of the CCAR for comment, and that this draft was provided relatively early in the process. The result, it submits, was that Squamish did not have an opportunity to comment on the much-enlarged further draft prepared later, which reflected the content of the issue-specific meetings that took place following the preparation of the initial draft. Squamish describes the CCAR as "a key document for the [Governor in Council] decision", and states that although it filed its own independent submission, it was unable to respond in that submission to Canada's updated position (memorandum of Squamish, paragraphs 76–77).

[144] We agree that it would have been desirable for Squamish to have had an opportunity to comment on a revised and updated draft of the CCAR. But Squamish itself was a contributor to the delay: it took from the end of January 2019 until late March for Squamish to confirm its availability for a consultation meeting ultimately held in early April (Taylor affidavit No. 2, paragraphs 24–39, Canada record, pages 14242–14245). How the timing of the draft CCAR would have turned out but for this delay can only be speculative. As noted above, perfection in the consultation process is neither required nor realistic. Given the opportunity available to and exercised by Squamish to express independently to the Governor in Council its views on the consultation and accommodation process, we do not see the lack of an opportunity to comment on the updated draft CCAR as sufficiently serious to constitute a breach of the duty to consult or render the Governor in Council's decision unreasonable.

été établie a été reportée au 6 juin. Ils ont également saisi cette occasion et leurs observations indépendantes ont été ajoutées aux documents fournis au gouverneur en conseil (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphes 56, 79, 83, 88 et 93, recueil du Canada, pages 14251, 14252, 14261, 14265, 14267 et 14268; pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, pages 14613, 15150, 15151, 15190 à 15196, 15278, 15279 et 16320 à 16323).

[143] Les Squamish se plaignent du fait que le Canada ne leur a fourni qu'une seule ébauche du RCAC pour commentaires et que cette ébauche leur a été fournie assez tôt dans le processus. Les Squamish font valoir qu'en conséquence ils n'ont pas eu l'occasion de fournir des commentaires sur l'ébauche postérieure bien plus volumineuse qui tenait compte des réunions portant sur des questions précises qui ont été tenues après la rédaction de la première ébauche. Les Squamish ont qualifié le RCAC de [TRADUCTION] « document essentiel au processus décisionnel du gouverneur en conseil », et ils ont déclaré que, bien qu'ils aient déposé leurs propres observations indépendantes, ils n'ont pas eu la possibilité de fournir une réponse à la position mise à jour subséquente du Canada (mémoire des Squamish, paragraphes 76 et 77).

[144] Nous convenons qu'il aurait été souhaitable que les Squamish aient eu la possibilité de fournir des commentaires sur l'ébauche révisée et mise à jour du RCAC. Toutefois, les Squamish sont en partie responsables de la production tardive du rapport : ainsi, les Squamish ont pris de la fin janvier à la fin mars 2019 avant de confirmer leur disponibilité à une réunion de consultation qui a finalement eu lieu au début du mois d'avril (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphes 24 à 39, recueil du Canada, pages 14242 à 14245). Nous ne pouvons que spéculer sur l'incidence qu'a eue ce retard sur la date de production de l'ébauche du RCAC. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, la perfection dans le cadre du processus de consultations n'est ni obligatoire ni réaliste. Compte tenu de la possibilité donnée aux Squamish et saisie par eux de s'exprimer à titre individuel auprès du gouverneur en conseil au sujet du processus de consultations et d'accommodements, nous ne voyons pas le manque d'occasion de pouvoir fournir des commentaires sur l'ébauche mise à jour du RCAC

2020 FCA 34 (CanLII)

comme étant suffisamment grave pour constituer un manquement à l'obligation de consulter ou pour rendre la décision du gouverneur en conseil déraisonnable.

[145] Squamish further submits that Canada failed to communicate its revised assessment of impacts to Squamish until May 29, 2019, one week before the close of consultation, and that as a consequence Squamish had no opportunity to see or discuss with Canada the basis for the assessment. It complains that even then Canada communicated only the conclusion of its assessment—that the Project would have up to moderate impacts on Squamish—and did not provide the basis for this assessment in a revised draft of the CCAR. It points out that in *TWN 2018* (paragraphs 640, 646–647), this Court held that Canada's failure to disclose its assessment of the Project's impacts until two weeks before the close of consultation "contributed to the unreasonableness of the consultation process" (memorandum of Squamish, paragraphs 71–73).

[145] Les Squamish soutiennent en outre que le Canada a tardé à leur communiquer son évaluation révisée des répercussions jusqu'au 29 mai 2019, soit une semaine avant la fin des consultations, et qu'ainsi les Squamish n'ont pas eu la possibilité de rencontrer des représentants pour discuter du fondement de l'évaluation. Et encore, ils déplorent que le Canada ne leur ait transmis que les conclusions de l'évaluation, voulant que le projet n'ait qu'une répercussion tout au plus modérée sur les Squamish, et qu'il ne leur ait pas fourni le fondement de cette évaluation dans une ébauche révisée du RCAC. Ils ont signalé que, dans l'arrêt *TWN 2018* (paragraphes 640, 646 et 647) la Cour a statué que le retard que le Canada a accusé à divulguer son évaluation des répercussions du projet, soit jusqu'à deux semaines avant la clôture des consultations, a [TRADUCTION] « contribué à rendre le processus de consultations déraisonnable » (mémoire des Squamish, paragraphes 71 à 73).

[146] Squamish had also, from the first renewed consultation meeting on January 31, 2019, taken the position that Canada must reassess its strength of claim before there could be any substantive consultations (Taylor affidavit No. 2, paragraph 21, Canada record, page 14241; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 14395, 14472). This was so despite Canada's advice that regardless of the strength of claim, it was consulting with Squamish at the deep end of the consultation spectrum. Canada agreed to do so, and committed to consider information provided by Squamish relevant to its strength of claim. Squamish provided a significant volume of additional information (Taylor affidavit No. 2, paragraphs 31, 52, Canada record, pages 14243, 14250–14251; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 14485–14488, 14604–14605).

[146] Les Squamish avaient depuis la première réunion des nouvelles consultations tenue le 31 janvier 2019 également estimé que le Canada devait réévaluer la solidité de leurs revendications avant que des consultations concrètes puissent avoir lieu (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphe 21, recueil du Canada, page 14241; pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, pages 14395 et 14472). Il en était ainsi malgré l'avis du Canada que, nonobstant la solidité de leurs revendications, il consultait les Squamish à l'extrémité supérieure du continuum des consultations. Le Canada en a convenu et s'est engagé à examiner les renseignements fournis par les Squamish qui étaient pertinents à la solidité de leurs revendications. Les Squamish ont fourni un volume important de renseignements supplémentaires (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphes 31 et 52, recueil du Canada, pages 14243, 14250 et 14251; pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, pages 14485 à 14488, 14604 et 14605).

2020 FCA 34 (CanLII)

[147] On May 15, 2019, Canada sent Squamish a draft reassessed strength of claim, based on a variety of documentary and other sources, including documents and oral traditional evidence submitted by Squamish to the NEB, documents provided by Squamish to Canada, and further documents collected by Canada. The draft concluded that the strength of Squamish's claims varied depending on the particular portion of Squamish's traditional territory concerned and its intersection with the Project. Canada invited Squamish's comments on the draft reassessed strength of claim, and the draft and the basis for its conclusions were subjects discussed at three consultation meetings held on May 16, 2019, May 23, 2019, and May 30, 2019 (Taylor affidavit No. 2, paragraphs 69–70, 75(a), 81(f), Canada record, page 14257–14259, 14265; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 14905–14913, 15131–15132, 15247–15251, 16431–16433, 16445). Squamish asked that Canada reconsider certain of its conclusions and add further detail where claims were strong. Canada declined to do so on the basis that the assessment was intended to be a high-level assessment, not a detailed analysis of every site throughout each Nation's territory (Taylor affidavit No. 2, paragraphs 75(a), 77, Canada record, pages 14259, 14261; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 15132, 16432–16433).

[148] Canada reiterated that it was consulting with Squamish at the deep end of the consultation spectrum, regardless of the outcome of the strength of claim assessment. It ultimately provided Squamish with a revised strength of claim assessment on May 15, 2019 (Taylor affidavit No. 2, paragraph 69, Canada record, 14257; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 14905, 14909–14912). In Squamish's independent submission to the Governor in Council on the draft CCAR, it addressed among other things the significance of the Project to Squamish and its potential impacts on Squamish and its rights and interests (Exhibit WWW to the Lewis affidavit, Squamish record, pages 1703–1774).

[147] Le 15 mai 2019, le Canada a envoyé aux Squamish une ébauche de nouvelle évaluation de la solidité de leurs revendications fondées sur une variété de sources, notamment documentaires, comprenant des documents et des éléments de preuve qui reposent sur les traditions orales, soumis par les Squamish à l'Office, des documents fournis par les Squamish au Canada et d'autres documents recueillis par le Canada. Selon les conclusions de l'ébauche, la solidité des revendications des Squamish variait selon les parties du territoire traditionnel des Squamish et leur intersection avec le tracé du projet. Le Canada a invité les Squamish à fournir des commentaires sur l'ébauche de la nouvelle évaluation de la solidité des revendications et l'ébauche, ainsi que le fondement de ses conclusions, ont fait l'objet de discussions lors de trois réunions de consultation qui ont eu lieu les 16, 23 et 30 mai 2019 (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphes 69 et 70 et sous-paragraphes 75(a) et 81(f), recueil du Canada, pages 14257 à 14259 et 14265; pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, dossier du Canada, pages 14905 à 14913, 15131, 15132, 15247 à 15251, 16431 à 16433 et 16445). Les Squamish ont demandé au Canada de réexaminer certaines de ses conclusions et d'ajouter des détails dans le cas des revendications particulièrement solides. Le Canada a refusé d'obtempérer au motif que l'évaluation se voulait une évaluation de haut niveau et non une analyse détaillée de tous les emplacements à travers le territoire de toutes les Nations (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, sous paragraphe 75(a) et paragraphe 77, recueil du Canada, pages 14259 et 14261; pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, pages 15132, 16432 et 16433).

[148] Le Canada a répété qu'il a consulté les Squamish d'une manière se situant à l'extrémité supérieure du continuum applicable en la matière, indépendamment de l'issue de l'évaluation sur la solidité de leurs revendications. Au bout du compte, il a fourni aux Squamish une évaluation révisée sur la solidité de leurs revendications le 15 mai 2019 (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphe 69, dossier du Canada, page 14257; pièce A du deuxième affidavit de Mitchell Taylor, dossier du Canada, pages 14905 et 14909 à 14912). Les observations indépendantes que les Squamish ont présentées au gouverneur en conseil sur l'ébauche du RCAC portaient notamment sur l'importance du projet pour les Squamish

2020 FCA 34 (CanLII)

2020 FCA 34 (CanLII)

[149] Having considered what the record discloses, we do not accept Squamish's submission that it had no opportunity to discuss the assessment of impacts of the Project on Squamish. In our view, Squamish had and exercised that opportunity. Squamish's submission is accordingly not a basis on which we can conclude that the Governor in Council acted unreasonably.

(3) The bias allegation is not properly before this Court

[150] Finally, Squamish submits that Canada "rushed" the consultation process toward a "pre-determined outcome"—"that the Project would be built as proposed, regardless of what Canada, as the new owner of the Project, might learn in the NEB or consultation process" (memorandum of Squamish, paragraph 55(d)). This amounts to an assertion of bias or conflict of interest.

[151] As set out above, in our view, the Leave Order bars Squamish from advancing this ground for its application. This Court concluded on the motions for leave that this ground was not "fairly arguable" and could not therefore meet the test for granting leave (*Raincoast No. 1*, paragraphs 31–36). It is accordingly not properly before us, and there is no need to consider it any further than we already have (see paragraph 23 above).

C. *Tsleil-Waututh*

[152] In *TWN 2018*, this Court concluded that the Crown's initial consultation with Tsleil-Waututh was inadequate. Tsleil-Waututh's main concern was marine shipping. The Court characterized Canada's response to this concern as "generic and vague", and as devoid of

et ses incidences potentielles sur eux et leurs droits et intérêts (pièce WWW de l'affidavit de Christopher Lewis, dossier des Squamish, pages 1703 à 1774).

[149] Après examen du dossier, nous ne souscrivons pas à l'observation des Squamish selon laquelle ils n'ont pas eu la possibilité de discuter de l'évaluation des incidences que le projet aurait sur eux. À notre avis, les Squamish ont eu cette possibilité et ils l'ont mise à profit. L'observation des Squamish n'est par conséquent pas un fondement nous permettant de conclure que le gouverneur en conseil a agi déraisonnablement.

3) La Cour n'est pas dûment saisie de l'allégation de partialité

[150] Enfin, les Squamish soutiennent que le Canada a finalisé le processus de consultations « à la hâte » pour qu'il débouche sur « un résultat prédéterminé », c'est-à-dire [TRADUCTION] « que le projet soit construit comme le plan le prévoyait, sans égard à ce que le Canada, le nouveau propriétaire du projet, apprendrait au cours de l'audience devant l'Office ou du processus de consultation » (mémoire des Squamish, paragraphe 55(d)). En d'autres mots, ils soutiennent qu'il y a partialité ou conflit d'intérêts.

[151] Comme nous l'avons dit plus haut, à notre avis, l'ordonnance d'autorisation interdit aux Squamish de faire valoir cet argument à l'appui de leur demande. Notre Cour, lorsqu'elle s'est prononcée sur les demandes d'autorisation de contrôle judiciaire, a conclu qu'il n'était pas « "raisonnablement défendable" » et ne pouvait donc satisfaire au critère applicable à l'autorisation (*Raincoast n^o^ 1*, paragraphes 31 à 36). Il s'ensuit que notre Cour n'est pas saisie de cette question et qu'il n'est pas nécessaire qu'elle l'examine davantage qu'elle ne l'a déjà fait (voir le paragraphe 23 des présents motifs).

C. *Les Tsleil-Waututh*

[152] Dans l'arrêt *TWN 2018*, notre Cour a conclu que les consultations initiales de la Couronne avec les Tsleil-Waututh étaient insatisfaisantes. Les principales préoccupations des Tsleil-Waututh concernaient le transport maritime. Notre Cour a jugé la réponse du Canada à

"concrete measures" (*TWN 2018*, paragraph 653). More specifically, it identified as shortcomings Canada's failure to consult with Tsleil-Waututh or accommodate its concerns respecting: (1) the NEB's exclusion of Project-related marine shipping from the Project definition; (2) the inadequacy of the conditions imposed by the NEB to address Tsleil-Waututh's concerns about marine shipping; (3) the likelihood of oil spills in Burrard Inlet; (4) spill response capabilities; (5) the ability to recover spilled oil; and (6) marine shipping impacts on Tsleil-Waututh's title, rights, and interests (*TWN 2018*, paragraphs 649–650).

[153] In support of its current application for judicial review, Tsleil-Waututh submits that in the re-initiated consultation process, Canada failed to address these shortcomings and again breached its duty to consult. Tsleil-Waututh submits Canada made "consultative errors" in relation to Tsleil-Waututh's concerns respecting: (1) the likelihood of oil spills; (2) the ability to recover spilled oil; (3) the fate and behaviour of diluted bitumen; (4) impacts on Tsleil-Waututh's cultural relationship with killer whales; (5) impacts on Tsleil-Waututh's sacred tunnels; and (6) the need for the Project (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraphs 34–61, 70–89).

[154] Tsleil-Waututh further submits Canada took an incorrect and unreasonable approach to accommodation (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraphs 90–107). It also alleges that Canada suppressed and altered its reviews of Tsleil-Waututh's expert reports (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraphs 31–33, 62–69). It argues that Canada did not approach the re-initiated consultation with an open mind, and that the mandate of Canada's officials was unreasonably constrained so as to frustrate genuine consultation (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraphs 108–116).

cette préoccupation « générale et vague » et dépourvue de « mesures concrètes » (*TWN 2018*, paragraphe 653). Plus précisément, elle a qualifié de manquements l'omission du Canada de consulter les Tsleil-Waututh ou de prendre des mesures d'accommodement à l'égard de leurs préoccupations concernant : 1) l'exclusion par l'Office du transport maritime associé au projet de la définition du projet; 2) le caractère inadéquat des conditions imposées par l'Office en vue de répondre aux préoccupations des Tsleil-Waututh au sujet du transport maritime; 3) la possibilité de déversements d'hydrocarbures dans la baie Burrard; 4) la capacité d'intervention en cas de déversement; 5) la capacité de récupérer les hydrocarbures déversés; 6) l'incidence du transport maritime sur les titres, droits et intérêts des Tsleil-Waututh (*TWN 2018*, paragraphes 649 et 650).

[153] Dans leurs observations à l'appui de leur demande de contrôle judiciaire, les Tsleil-Waututh soutiennent que, lors de la nouvelle ronde de consultations, le Canada n'a pas corrigé ces manquements et a une fois de plus failli à son obligation de consulter. Ils soutiennent que le Canada a commis des [TRADUCTION] « erreurs de consultation » à l'égard de leurs préoccupations concernant : 1) la possibilité de déversements d'hydrocarbures; 2) la capacité de récupérer les hydrocarbures déversés; 3) le devenir et le comportement du bitume dilué; 4) les répercussions sur la relation culturelle des Tsleil-Waututh avec les épaulards; 5) les répercussions sur les tunnels sacrés des Tsleil-Waututh; 6) la nécessité du projet (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphes 34 à 61 et 70 à 89).

[154] Les Tsleil-Waututh soutiennent en outre que le Canada a envisagé d'une façon erronée et déraisonnable les mesures d'accommodement (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphes 90 à 107). Ils font aussi valoir que le Canada a supprimé et modifié ses examens des rapports d'experts des Tsleil-Waututh (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphes 31 à 33 et 62 à 69). Ils affirment que le Canada n'a pas abordé les nouvelles consultations dans un esprit d'ouverture et que le mandat des représentants du Canada a été déraisonnablement limité en vue d'empêcher la tenue de véritables consultations (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphes 108 à 116).

2020 FCA 34 (CanLII)

[155] We do not accept these submissions. First, three of Tsleil-Waututh's arguments are barred by the Leave Order. Tsleil-Waututh's claim that Canada failed to consult about and accommodate impacts on Tsleil-Waututh's sacred tunnels is a new impact raised for the first time in the re-initiated consultations and one that Tsleil-Waututh could have raised in *TWN 2018* (*Raincoast No. 1*, paragraph 25). The Leave Order also expressly bars both consideration of the need for the Project because this issue was raised and decided in *TWN 2018* (*Raincoast No. 1*, paragraph 40) and the claim that Canada failed to consult with an open mind because, among other things, "public statements on the part of certain federal politicians … do not trigger disqualifying bias" (*Raincoast No. 1*, paragraph 36 and authorities cited therein).

[155] Nous ne souscrivons pas à ces observations. D'abord, l'ordonnance d'autorisation empêche les Tsleil-Waututh de faire valoir trois de ces arguments. En ce qui concerne l'observation des Tsleil-Waututh selon laquelle le Canada ne les aurait pas consultés et n'aurait pas pris de mesures d'accommodement à l'égard des répercussions du projet sur leurs tunnels sacrés, il s'agit d'une nouvelle répercussion, qui a été invoquée pour la première fois lors de la nouvelle ronde de consultations, alors que les Tsleil-Waututh auraient pu soulever la question dans l'arrêt *TWN 2018* (*Raincoast n^o^ 1*, paragraphe 25). De plus, l'ordonnance d'autorisation interdit expressément que soient examinées tant la question de la nécessité du projet, parce que cette question a été soulevée et tranchée dans l'arrêt *TWN 2018* (*Raincoast n^o^ 1*, paragraphe 40), que l'allégation selon laquelle le Canada n'aurait pas abordé les consultations dans un esprit d'ouverture, parce que, notamment, « des déclarations publiques […] par des politiciens fédéraux […] ne révèlent pas une partialité fatale » (*Raincoast n^o^ 1*, paragraphe 36, et la jurisprudence qui y est citée).

[156] Therefore, these issues are not properly before the Court in this application.

[156] Par conséquent, notre Cour n'est pas dûment saisie de ces questions en l'espèce.

[157] Accordingly, we limit our analysis to examining Tsleil-Waututh's contentions that: (1) Canada made "consultative errors" in relation to Tsleil-Waututh's concerns about Project-related marine shipping impacts; (2) Canada took an incorrect and unreasonable approach to accommodation; (3) Canada withheld necessary information until the end of the consultation process; and (4) Canada's mandate was unreasonably constrained.

[157] Il s'ensuit que notre analyse des observations des Tsleil-Waututh se limitera aux assertions suivantes : 1) le Canada a commis des « erreurs de consultation » à l'égard des préoccupations des Tsleil-Waututh concernant les incidences du transport maritime associé au projet; 2) le Canada a envisagé d'une façon erronée et déraisonnable les mesures d'accommodement; 3) le Canada n'a divulgué des renseignements essentiels qu'à la fin du processus de consultation; 4) le mandat du Canada était déraisonnablement limité.

[158] As the following analysis shows, the record does not support Tsleil-Waututh's characterization of the re-initiated consultation process. Rather, the record demonstrates that Canada adequately consulted Tsleil-Waututh in relation to its concerns about Project-related marine shipping impacts and reasonably approached accommodation. As set out above in relation to the similar assertion by Squamish, there is also no evidence to suggest that Canada withheld necessary information from Tsleil-Waututh. Nor does the record support the

[158] Comme le montre l'analyse ci-dessous, le dossier n'étaye pas le point de vue des Tsleil-Waututh sur la nouvelle ronde de consultations. Au contraire, le dossier montre que le Canada a suffisamment consulté les Tsleil-Waututh à l'égard de leurs préoccupations concernant les incidences du transport maritime associé au projet et a envisagé de façon raisonnable les mesures d'accommodement. Comme nous l'avons affirmé plus haut au sujet d'observations semblables formulées par les Squamish, rien dans la preuve ne donne à penser que

2020 FCA 34 (CanLII)

contention that Canada's mandate was inappropriately constrained. While the record does show that Tsleil-Waututh's conduct during the re-initiated consultation process hindered Canada's consultation efforts, Canada nonetheless succeeded in addressing the shortcomings identified in *TWN 2018*. Therefore, Tsleil-Waututh fails to show that the Governor in Council's assessment of the consultation with and accommodation of Tsleil-Waututh was unreasonable.

[159] We turn now to consider in further detail the "consultative errors" asserted by Tsleil-Waututh.

(1) Canada adequately consulted Tsleil-Waututh in relation to its concerns about Project-related marine shipping impacts

[160] Tsleil-Waututh submits that, during the re-initiated consultation, it raised the following "specific, focused concerns, substantiated with evidence and argument": (1) oil spills from the Project are inevitable; (2) significant amounts of spilled oil cannot be cleaned up in Burrard Inlet; (3) a spill of diluted bitumen in Burrard Inlet or the Fraser River Estuary will cause catastrophic environmental effects and will have corresponding impacts on Tsleil-Waututh's title and rights; and (4) the Project will impair Tsleil-Waututh's cultural relationship with killer whales (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraph 16). Tsleil-Waututh maintains that Canada failed to adequately consult Tsleil-Waututh in relation to these concerns.

[161] Contrary to Tsleil-Waututh's submission, the record demonstrates that Canada engaged in meaningful dialogue with Tsleil-Waututh respecting its concerns about Project-related marine shipping impacts. While Canada disagreed with Tsleil-Waututh's experts on certain issues, disagreement is not grounds for invalidating

le Canada a omis de divulguer des renseignements essentiels aux Tsleil-Waututh. De plus, rien dans le dossier ne vient fonder l'allégation selon laquelle le mandat du Canada a été limité de façon indue. Bien que le dossier révèle que la conduite des Tsleil-Waututh durant les nouvelles consultations a nui aux efforts de consultation du Canada, il demeure que le Canada a réussi à remédier aux manquements que notre Cour avait relevés dans l'arrêt *TWN 2018*. Par conséquent, les Tsleil-Waututh n'ont pas démontré que l'évaluation qu'a faite le gouverneur en conseil des consultations avec eux et des mesures d'accommodement prises à leur endroit était déraisonnable.

[159] Nous examinerons maintenant plus en détail les « erreurs de consultation » soulevées par les Tsleil-Waututh.

1) Le Canada a suffisamment consulté les Tsleil-Waututh à l'égard de leurs préoccupations concernant les incidences du transport maritime associé au projet

[160] Les Tsleil-Waututh soutiennent que, pendant les nouvelles consultations, ils ont soulevé ces [TRADUCTION] « préoccupations spécifiques et précises, étayées par des éléments de preuve et des observations » : 1) le projet entraînera inévitablement des déversements d'hydrocarbures; 2) il est impossible de nettoyer de grandes quantités d'hydrocarbures déversés dans la baie Burrard; 3) un déversement de bitume dilué dans la baie Burrard ou dans l'estuaire du fleuve Fraser aurait des effets catastrophiques sur l'environnement et, conséquemment, sur les titres et droits des Tsleil-Waututh; 4) le projet portera atteinte à la relation culturelle des Tsleil-Waututh avec les épaulards (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphe 16). Les Tsleil-Waututh soutiennent que le Canada n'a pas consulté suffisamment les Tsleil-Waututh à l'égard de ces préoccupations.

[161] Contrairement à ce que soutiennent les Tsleil-Waututh, le dossier montre que le Canada a engagé avec eux un véritable dialogue au sujet de leurs préoccupations concernant les incidences du transport maritime associé au projet. Bien que le Canada ne se soit pas rangé à l'avis des experts des Tsleil-Waututh sur certaines

2020 FCA 34 (CanLII)

consultation. As set out above, there is no duty to agree, and the duty to consult does not require a particular outcome. Here, the re-initiated consultation process was consistent with the honour of the Crown and led to the development of responsive accommodation measures.

[162] As noted above, Canada informed Tsleil-Waututh that it intended to rely on the NEB reconsideration hearing, to the extent possible, to fulfil its duty to consult. The NEB is recognized for its "expertise in the supervision and approval of federally regulated pipeline projects", making it "particularly well positioned to assess the risks posed by such projects to Indigenous groups" (*Chippewas of the Thames*, paragraph 48; see also *Clyde River*, paragraph 33).

[163] Tsleil-Waututh commissioned and filed with the NEB expert reports that, according to Tsleil-Waututh, support its position that oil spills from Project-related marine shipping are "essentially inevitable" (George affidavit, paragraph 131, Tsleil-Waututh record, page 77). Tsleil-Waututh also submitted to the NEB expert evidence respecting spill response capabilities and the fate and behaviour of diluted bitumen (George affidavit, paragraphs 157(c), 193(c), Tsleil-Waututh record, pages 90, 102).

[164] The NEB, however, disagreed with Tsleil-Waututh's experts' opinion, finding that a credible worst-case oil spill from the Project would cause adverse environmental effects, but that such a spill "is not likely" and that the risks "can be justified in the circumstances" (NEB Reconsideration Report, pages 0312, 0344, 0803–0804, 0807, 0824–0829). The NEB also ultimately disagreed with Tsleil-Waututh's experts' conclusions on the issues of spill response capabilities and the ability

questions, un tel désaccord ne constitue pas un motif justifiant l'invalidation des consultations. Comme nous l'avons rappelé précédemment, l'obligation de parvenir à une entente n'existe pas, et l'obligation de consulter ne commande pas que l'on en arrive à un résultat donné. En l'espèce, les nouvelles consultations se sont déroulées dans le respect du principe de l'honneur de la Couronne et ont débouché sur l'élaboration de mesures d'accommodement adaptées.

[162] Comme nous l'avons mentionné précédemment, le Canada a informé les Tsleil-Waututh qu'il avait l'intention de s'appuyer sur l'audience de réexamen de l'Office, dans la mesure du possible, pour satisfaire à son obligation de consulter. Il est reconnu que, « [v]u l'expertise [que l'Office] possède en ce qui concerne la surveillance et l'approbation de projets de pipeline réglementés par le fédéral », il est « particulièrement bien placé pour évaluer les risques que posent des projets de cette nature pour les groupes autochtones » (*Chippewas of the Thames*, paragraphe 48; voir aussi *Clyde River*, au paragraphe 33).

[163] Les Tsleil-Waututh ont commandé et déposé auprès de l'Office des rapports d'experts qui, selon les Tsleil-Waututh, étayent leur observation selon laquelle les déversements d'hydrocarbures causés par le transport maritime associé au projet sont [TRADUCTION] « quasiment inévitables » (affidavit d'Ernie George, paragraphe 131, dossier des Tsleil-Waututh, page 77). Les Tsleil-Waututh ont également présenté à l'Office des rapports d'experts sur la capacité d'intervention en cas de déversement ainsi que sur le devenir et le comportement du bitume dilué (affidavit d'Ernie George, paragraphes 157(c) et 193(c), dossier des Tsleil-Waututh, pages 90 et 102).

[164] Toutefois, l'Office n'a pas souscrit à l'avis des experts des Tsleil-Waututh. Il a conclu qu'un déversement représentant le pire scénario crédible causé par le projet aurait des effets environnementaux importants, mais qu'un tel déversement était « peu probable » et que les risques étaient « justifiés dans les circonstances » (Rapport de réexamen de l'Office, pages 0312, 0344, 0803, 0804, 0807 et 0824 à 0829). Au bout du compte, l'Office n'a pas non plus souscrit aux conclusions des

2020 FCA 34 (CanLII)

to recover spilled diluted bitumen (George affidavit, paragraphs 169–172, 213–214, Tsleil-Waututh record, pages 94–96, 109–111; NEB Reconsideration Report, pages 0492–0503, 0844–0848).

[165] Tsleil-Waututh also expressed a particular concern regarding the effects of marine shipping on killer whales and presented evidence on this issue before the NEB (George affidavit, paragraphs 285–295, Tsleil-Waututh record, pages 136–139). The NEB concluded the Project is "likely to cause significant adverse environmental effects on" killer whales (NEB Reconsideration Report, page 0671) and "imposed (through conditions) and recommended (to the [Governor in Council]) measures to avoid or lessen those effects and to monitor them" (NEB Reconsideration Report, page 0312).

[166] But Tsleil-Waututh took issue with the NEB's conclusions and raised these issues again during the re-initiated consultations (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraphs 34–37, 44–45, 48). On April 29, 2019, the parties and their respective experts and officials met to discuss Tsleil-Waututh's concerns respecting the likelihood of oil spills, response capabilities, and the fate and behaviour of diluted bitumen (Tupper affidavit, paragraphs 78–84, 86, Canada record, pages 16482–16485; George affidavit, paragraphs 144–145, 147–153, 155–156, 173–191, 215–216, Tsleil-Waututh record, pages 84–89, 96–101, 112–113).

[167] The record demonstrates that the parties engaged in meaningful discussion on these issues (George affidavit, paragraphs 144–153, 155, 173–190, 215–223, Tsleil-Waututh record, pages 84–89, 96–101, 112–116). For example, according to Tsleil-Waututh's own evidence, "[a] very technical and scientific discussion … ensued among" the parties' respective experts respecting the fate and behaviour of diluted bitumen, and the parties reached an agreement to conduct further research on the issue (George affidavit, paragraphs 219–220,

experts des Tsleil-Waututh sur la capacité d'intervention en cas de déversement et sur la capacité de récupérer le bitume dilué (affidavit d'Ernie George, paragraphes 169 à 172, 213 et 214, dossier des Tsleil-Waututh, pages 94 à 96 et 109 à 111; Rapport de réexamen de l'Office, pages 0492 à 0503 et 0844 à 0848).

[165] Les Tsleil-Waututh se sont également dits particulièrement préoccupés des effets du transport maritime sur les épaulards et ont produit des éléments de preuve à ce sujet auprès de l'Office (affidavit d'Ernie George, paragraphes 285 à 295, dossier des Tsleil-Waututh, pages 136 à 139). L'Office a conclu que des activités liées au projet « sont susceptibles d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants sur » les épaulards (Rapport de réexamen de l'Office, page 0671), et il « a imposé (dans les conditions) et recommandé (au gouverneur en conseil) des mesures pour les éviter ou les amoindrir, et les surveiller » (Rapport de réexamen de l'Office, page 0312).

[166] Les Tsleil-Waututh se sont toutefois inscrits en faux contre les conclusions de l'Office et ont soulevé ces questions à nouveau lors des nouvelles consultations (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphes 34 à 37, 44, 45 et 48). Le 29 avril 2019, les parties ainsi que leurs experts et représentants respectifs se sont rencontrés pour discuter des préoccupations des Tsleil-Waututh concernant la probabilité de déversements d'hydrocarbures, la capacité d'intervention, et le devenir et le comportement du bitume dilué (affidavit de Shawn Tupper, paragraphes 78 à 84 et 86, dossier du Canada, pages 16482 à 16485; affidavit d'Ernie George, paragraphes 144, 145, 147 à 153, 155, 156, 173 à 191, 215 et 216, dossier des Tsleil-Waututh, pages 84 à 89, 96 à 101, 112 et 113).

[167] Le dossier révèle que les parties ont eu un véritable dialogue sur ces questions (affidavit d'Ernie George, paragraphes 144 à 153, 155, 173 à 190 et 215 à 223, dossier des Tsleil-Waututh, pages 84 à 89, 96 à 101, 112 à 116). Par exemple, d'après les propres éléments de preuve des Tsleil-Waututh, [TRADUCTION] « une discussion très technique et scientifique […] s'en est suivie » entre les experts respectifs des parties au sujet du devenir et du comportement du bitume dilué, et les parties en sont parvenues à une entente sur la

2020 FCA 34 (CanLII)

Tsleil-Waututh record, page 114; Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, pages 18129–18134). In response to Tsleil-Waututh's concerns about spill response, the Canadian Coast Guard outlined "collaborative projects with [Tsleil-Waututh] and other Indigenous communities, the development of the Greater Vancouver Integrated Response Plan (which was created with federal, provincial, municipal, and Indigenous participation), and $10 million dollars invested in updating emergency response equipment" (Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, page18133). Canada also informed Tsleil-Waututh that, as of December 2018, there is unlimited compensation available under the Ship-Source Oil Pollution Fund in the event of a tanker spill (Tupper affidavit, paragraph 81, Canada record, 16483; Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, page 18133).

conduite de futurs travaux de recherche sur la question (affidavit d'Ernie George, paragraphes 219 et 220, dossier des Tsleil-Waututh, page 114; pièce A de l'affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, pages 18129 à 18134). En réponse aux préoccupations des Tsleil-Waututh sur la capacité d'intervention en cas de déversement, la Garde côtière canadienne a prévu [TRADUCTION] « des projets de collaboration avec [les Tsleil-Waututh] et d'autres communautés autochtones, le plan d'intervention intégré du Grand Vancouver (qui a été créé avec la participation du gouvernement fédéral, de la province, de la ville et des Autochtones) et un investissement de dix millions de dollars dans la modernisation de l'équipement d'intervention d'urgence » (pièce A de l'affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, page 18133). Le Canada a également informé les Tsleil-Waututh que, depuis décembre 2018, il n'y a plus de plafond aux indemnités offertes par la Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires en cas de déversement causé par un navire-citerne (affidavit de Shawn Tupper, paragraphe 81, dossier du Canada, page 16483; pièce A de l'affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, page 18133).

[168] At the April 16, 2019, consultation meeting, the parties discussed potential Project impacts on killer whales (Tupper affidavit, paragraphs 61–64, Canada record, pages 16477–16478; Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, pages 17266–17271; George affidavit, paragraphs 322–336, Tsleil-Waututh record, pages 148–152). In response to Tsleil-Waututh's "desire to develop noise thresholds", Transport Canada expressed its interest in developing a policy on underwater noise management plans, and outlined the QVI, which "will examine how quieter tankers can be made" (Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, pages 17268–17269). Canada and Tsleil-Waututh ultimately agreed to conduct further joint studies relating to impacts on killer whales (Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, page 17267; George affidavit, paragraph 335, Tsleil-Waututh record, page 152).

[168] Lors de la réunion de consultation du 16 avril 2019, les parties ont discuté des effets potentiels du projet sur les épaulards (affidavit de Shawn Tupper, paragraphes 61 à 64, dossier du Canada, pages 16477 et 16478; pièce A de l'affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, pages 17266 à 17271; affidavit d'Ernie George, paragraphes 322 à 336, dossier des Tsleil-Waututh, pages 148 à 152). En réponse au [TRADUCTION] « souhait que soient établis des seuils de bruit » exprimé par les Tsleil-Waututh, Transports Canada a fait part de son intérêt pour l'élaboration d'une politique sur les plans de gestion du bruit sous-marin et a présenté son Initiative pour des navires silencieux, qui [TRADUCTION] « examinera la façon dont on peut rendre les navires plus silencieux » (pièce A de l'affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, pages 17268 et 17269). Le Canada et les Tsleil-Waututh se sont en fin de compte entendus pour mener conjointement des études sur les effets du projet sur les épaulards (pièce A de l'affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, page 17267; affidavit d'Ernie George, paragraphe 335, dossier des Tsleil-Waututh, page 152).

2020 FCA 34 (CanLII)

[169] The parties also continued to dialogue respecting Project-related marine shipping impacts, including impacts on killer whales, following the initial consultation meetings (see, e.g., Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, pages 18292–18295, 18437–18446, 18486–18493; Tupper affidavit, paragraphs 66–67, 86–87, Canada record, pages 16478–16479, 16484–16485; George affidavit, paragraphs 225–230, 340–344, Tsleil-Waututh record, pages 116–118, 153–155; Exhibit 48 to the George affidavit, Tsleil-Waututh record, pages 1537–1544; Exhibit 49 to the George affidavit, Tsleil-Waututh record, pages 1545–1547; Exhibit 50 to the George affidavit, Tsleil-Waututh record, pages 1548–1555; Exhibit 77 to the George affidavit, Tsleil-Waututh record, pages 2228–2232).

[170] Throughout the re-initiated consultation process, Canada expressed a position consistent with the NEB's conclusions, federal experts' opinions, the Technical Review Process of Marine Terminal Systems and Transshipment Sites committee's assessment, and/or the Marine Technical Advisor's perspective (Tupper affidavit, paragraphs 79–81, 84, 86–87, Canada record, pages 16482–16485; see also Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, pages 18444–18446, 18492). Tsleil-Waututh's experts maintained a different view (Tupper affidavit, paragraphs 78–81, 84, 86–87, Canada record, pages 16482–16485).

[171] As already stated, it is not the role of this Court to act as "an academy of science" to decide whose view is correct. Here, the NEB, Canada, and the Governor in Council all considered Tsleil-Waututh's experts' opinions and disagreed with those opinions based on other evidence and opinions. Disagreement does not indicate a failure of consultation; failure to adopt specific scientific and technical views does not render consultation unreasonable.

[169] Les parties ont également poursuivi le dialogue sur les incidences du transport maritime associé au projet, y compris les effets sur les épaulards, après les premières réunions de consultation (voir, notamment, pièce A de l'affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, pages 18292 à 18295, 18437 à 18446 et 18486 à 18493; affidavit de Shawn Tupper, paragraphes 66, 67, 86 et 87, dossier du Canada, pages 16478, 16479, 16484 et 16485; affidavit d'Ernie George, paragraphes 225 à 230 et 340 à 344, dossier des Tsleil-Waututh, pages 116 à 118 et 153 à 155; pièce 48 de l'affidavit d'Ernie George, dossier des Tsleil-Waututh, pages 1537 à 1544; pièce 49 de l'affidavit d'Ernie George, dossier des Tsleil-Waututh, pages 1545 à 1547; pièce 50 de l'affidavit d'Ernie George, dossier des Tsleil-Waututh, pages 1548 à 1555; pièce 77 de l'affidavit d'Ernie George, dossier des Tsleil-Waututh, pages 2228 à 2232).

[170] Durant la nouvelle ronde de consultations, le Canada a exprimé un point de vue conforme aux conclusions de l'Office, aux opinions des experts fédéraux, à l'évaluation du comité du processus d'examen technique des systèmes de terminaux maritimes et des sites de transbordement ou aux points de vue du conseiller technique maritime (affidavit de Shawn Tupper, paragraphes 79 à 81, 84, 86 et 87, dossier du Canada, p. 16482 à 16485; voir aussi la pièce A de l'affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, pages 18444 à 18446 et 18492). Les experts des Tsleil-Waututh ont défendu un point de vue différent (affidavit de Shawn Tupper, paragraphes 78 à 81, 84, 86 et 87, dossier du Canada, pages 16482 à 16485).

[171] Comme la Cour l'a fait remarquer, elle n'a pas à jouer le rôle d'une « académie des sciences » pour décider qui a raison. En l'espèce, l'Office, le Canada et le gouverneur en conseil ont tous examiné les opinions des experts des Tsleil-Waututh et ils n'ont pas souscrit à ces opinions, sur le fondement d'autres éléments de preuve et opinions. Qu'il y ait désaccord ne signifie pas qu'il y a eu manquement à l'obligation de consulter. Que certaines opinions scientifiques et techniques bien précises n'aient pas été adoptées ne rend pas la consultation déraisonnable.

2020 FCA 34 (CanLII)

[172] There is also no merit to Tsleil-Waututh's contention that Canada did not bring the appropriate experts to the table to address Tsleil-Waututh's concerns respecting Project-related marine shipping impacts (George affidavit, paragraph 146, Tsleil-Waututh record, page 84). Meeting minutes from the April 29, 2019, consultation meeting show that many experts and officials attended the meeting, including representatives from Natural Resources Canada, the Department of Fisheries and Oceans, ECCC, Transport Canada, the Canadian Coast Guard, and the Department of Justice (Tupper affidavit, paragraph 78, Canada record, page 16482; Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, pages 18129–18134).

(2) Canada's approach to accommodation was reasonable

[173] We also conclude that Canada's approach to accommodation was reasonable. The proposed accommodation measures flowed from an understanding of potential impacts on Tsleil-Waututh's rights and interests and were responsive to Tsleil-Waututh's concerns respecting Project-related marine shipping impacts. Counsel for Canada prepared a useful table that outlines the NEB conditions, proponent commitments, federal initiatives, and additional federal accommodation measures intended to accommodate Tsleil-Waututh's concerns (memorandum of Canada, paragraphs 176, 178, 180, 184). The list of these measures is a lengthy one.

[174] While Tsleil-Waututh takes issue with aspects of the accommodation process, these alleged deficiencies do not render Canada's approach unreasonable. As noted above, the duty to consult "guarantees a process, not a particular result … There is no guarantee that, in the end, the specific accommodation sought will be warranted or possible" (*Ktunaxa Nation*, paragraph 79). And there is no assurance that proposed accommodation measures

[172] Il n'y a pas non plus de fondement à l'observation des Tsleil-Waututh selon laquelle le Canada n'a pas invité les bons experts à la table pour répondre à leurs préoccupations concernant les incidences du transport maritime associé au projet (affidavit d'Ernie George, paragraphe 146, dossier des Tsleil-Waututh, page 84). Le procès-verbal de la réunion de consultation du 29 avril 2019 montre que de nombreux experts et représentants ont assisté à la réunion, y compris des représentants de Ressources naturelles Canada, du ministère des Pêches et des Océans, d'Environnement et Changement climatique Canada, de Transports Canada, de la Garde côtière canadienne et du ministère de la Justice (affidavit de Shawn Tupper, paragraphe 78, dossier du Canada, page 16482; pièce A de l'affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, pages 18129 à 18134).

2) Le Canada a envisagé les mesures d'accommodement d'une façon raisonnable

[173] Nous concluons également que la façon dont le Canada a envisagé les mesures d'accommodement était raisonnable. Il a proposé des mesures d'accommodement en fonction de ce qu'il a compris des incidences potentielles sur les droits et intérêts des Tsleil-Waututh et ces mesures répondaient aux préoccupations des Tsleil-Waututh concernant les incidences du transport maritime associé au projet. Les avocats du Canada ont préparé un tableau utile qui présente les mesures prises pour répondre aux préoccupations des Tsleil-Waututh, soit les conditions imposées par l'Office, les engagements pris par le promoteur, les initiatives prises par le gouvernement fédéral ainsi que les mesures d'accommodement supplémentaires offertes par le gouvernement fédéral (mémoire du Canada, paragraphes 176, 178, 180 et 184). La liste de ces mesures est longue.

[174] Bien que les Tsleil-Waututh contestent certains aspects du processus d'accommodement, les lacunes qu'ils allèguent n'ont pas pour effet de rendre déraisonnable la façon dont le Canada a abordé ce processus. Comme nous l'avons mentionné plus haut, l'obligation de consulter « garantit un processus, et non un résultat précis […] Rien ne garantit qu'en fin de compte il sera justifié ou possible d'obtenir l'accommodement précis

2020 FCA 34 (CanLII)

will result in agreement between the parties (*Mikisew 2005*, paragraph 66).

[175] On April 1, 2019, Canada shared information with Tsleil-Waututh and the other applicants regarding eight new proposed accommodation measures (CCAR, pages 0260–0261; Labonté affidavit, paragraph 87, Canada record, page 00026; Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, pages 16976–16996). Tsleil-Waututh argues that it was unreasonable for Canada to propose these accommodation measures before holding consultation meetings with Tsleil-Waututh. It asserts that "the duty to accommodate is a potential result of consultation, necessarily flowing from a mutual understanding of potential impacts to Aboriginal rights" (emphasis in original; memorandum of Tsleil-Waututh, paragraph 91).

[176] However, the re-initiated consultation process did not occur in a vacuum. In *TWN 2018*, "this Court did not require all the work and consultation leading up to the Governor in Council's approval to be redone … It only required targeted work and further meaningful consultation to be performed to address the specific flaws that led to the quashing of the first approval" (*Raincoast No. 1*, paragraph 25). It was reasonable for Canada to suggest accommodation measures "intended to respond to the concerns" that Indigenous groups had earlier expressed (Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, page 16995).

[177] In any event, Canada did directly respond to Tsleil-Waututh's position that the accommodation measures were not sufficiently responsive to Tsleil-Waututh's concerns. Canada advised Tsleil-Waututh that "the April 1, 2019 letter was intended to provide consistent information regarding Canada's proposed accommodation measures to all the Indigenous communities working with Canada, while more customized conversations could take place about how accommodations

demandé » (*Ktunaxa Nation*, paragraphe 79). Et rien ne garantit non plus que les mesures d'accommodement proposées donneront lieu à une entente entre les parties (*Mikisew 2015*, paragraphe 66).

[175] Le 1er avril 2019, le Canada a communiqué des renseignements aux Tsleil-Waututh et aux autres demanderesses concernant huit nouvelles mesures d'accommodement (RCAC, pages 0260 et 0261; affidavit de Jeff Labonté, paragraphe 87, dossier du Canada, page 00026; pièce A de l'affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, pages 16976 à 16996). Les Tsleil-Waututh soutiennent qu'il était déraisonnable pour le Canada de proposer ces mesures d'accommodement avant la tenue de réunions de consultation avec les Tsleil-Waututh. Ils soutiennent que [TRADUCTION] « l'obligation de prendre des mesures d'accommodement est le résultat potentiel de consultations, découlant nécessairement d'une compréhension mutuelle des répercussions potentielles sur les droits autochtones » (souligné dans l'original; mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphe 91).

[176] Cependant, les nouvelles consultations ne sont pas un processus isolé de tout contexte. Dans l'arrêt *TWN 2018*, « [l]a Cour n'a pas exigé que tous les travaux et les consultations ayant mené à la décision du gouverneur en conseil soient repris à neuf […] Elle exigeait seulement, pour pallier les lacunes précises qui avaient mené à l'annulation de la décision initiale, la reprise de certains travaux et la tenue de véritables consultations supplémentaires » (*Raincoast nº 1*, paragraphe 25). Il était raisonnable pour le Canada de proposer des mesures d'accommodement [TRADUCTION] « ayant pour but de répondre aux préoccupations » que les groupes autochtones avaient exprimées plus tôt (pièce A de l'affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, page 16995).

[177] Quoi qu'il en soit, le Canada a bel et bien répondu directement à la position des Tsleil-Waututh selon laquelle les mesures d'accommodement n'étaient pas suffisamment adaptées aux préoccupations des Tsleil-Waututh. Le Canada a informé ces derniers que, [TRADUCTION] « la lettre du 1er avril 2019 avait pour but de fournir à toutes les communautés autochtones travaillant avec le Canada les mêmes renseignements concernant les mesures d'accommodement proposées par le

2020 FCA 34 (CanLII)

2020 FCA 34 (CanLII)

could be tailored to TWN's specific concerns" (Tupper affidavit, paragraph 69, Canada record, page 16479; see also Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, pages 17263–17264).

[178] Tsleil-Waututh itself characterizes the consultation meetings as including "extensive discussion on [proposed accommodation] measures" (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraph 102). On May 28, 2019, Canada outlined how it could tailor the broad accommodation measures listed in the April 1, 2019 letter to address Tsleil-Waututh's specific concerns (Tupper affidavit, paragraph 107, Canada record, page 16491; Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, pages 18343–18348). Despite Canada's best efforts at the May 29, 2019 consultation meeting, Tsleil-Waututh did not engage and maintained the position that the measures were unresponsive (Tupper affidavit, paragraphs 109–111, Canada record, pages 16491–16492; Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, pages 18465–18472). In other words, Canada and Tsleil-Waututh differed about the efficacy of Canada's proposed accommodations: Canada believed the measures were responsive, and Tsleil-Waututh disagreed.

[179] Tsleil-Waututh now relies on this disagreement to submit that Canada's approach to accommodation was unreasonable. But as noted above, the duty to consult does not guarantee that a specific accommodation sought will be warranted or possible, or that accommodation will result in agreement between the parties. As the British Columbia Court of Appeal has observed, "[t]he fact that the [Indigenous group's] position was not accepted does not mean the process of consultation in which they were fully engaged was inadequate" (*Prophet River BCCA*, paragraph 67). Here, as in *Prophet River BCCA*, the record "demonstrates the thorough consultation and efforts to accommodate" that were made (paragraph 67).

Canada, tout en prévoyant la tenue de conversations individualisées sur la façon dont les mesures d'accommodement pourraient être adaptées aux préoccupations spécifiques des Tsleil-Waututh » (affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, page 16479; voir aussi la pièce A de l'affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, pages 17263 et 17264).

[178] Les Tsleil-Waututh eux-mêmes reconnaissent que les réunions de consultation ont comporté [TRADUCTION] « d'amples discussions sur les mesures [d'accommodement proposées] » (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphe 102). Le 28 mai 2019, le Canada a expliqué comment il pourrait adapter les mesures d'accommodement générales énoncées dans la lettre du 1er avril 2019 pour répondre aux préoccupations précises des Tsleil-Waututh (affidavit de Shawn Tupper, paragraphe 107, dossier du Canada, page 16491; pièce A de l'affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, pages 18343 à 18348). Malgré tous les efforts du Canada lors de la réunion de consultation du 29 mai 2019, les Tsleil-Waututh n'ont pas dialogué et ont maintenu leur point de vue selon lequel les mesures ne répondaient pas à leurs préoccupations (affidavit de Shawn Tupper, paragraphes 109 à 111, dossier du Canada, pages 16491 et 16492; pièce A de l'affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, pages 18465 à 18472). En d'autres mots, le Canada et les Tsleil-Waututh avaient des opinions divergentes sur l'efficacité des mesures d'accommodement proposées par le Canada : le Canada estimait que ces mesures répondaient aux préoccupations, les Tsleil-Waututh étaient d'avis contraire.

[179] Les Tsleil-Waututh se fondent maintenant sur ce désaccord pour soutenir que le Canada a envisagé les mesures d'accommodement de façon déraisonnable. Comme nous l'avons affirmé précédemment, l'obligation de consulter ne garantit pas que la mesure d'accommodement spécifiquement demandée sera justifiée ou possible ni que les mesures d'accommodement donneront lieu à une entente entre les parties. Comme la Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'a affirmé, [TRADUCTION] « le fait qu'on ne se range pas à l'avis [du groupe autochtone] ne signifie pas que le processus de consultation auquel [le groupe] a pleinement participé était déficient » (*Prophet River (C.A.C.-B.)*, paragraphe 67). En l'espèce, comme

dans l'affaire *Prophet River (C.A.C.-B.)*, le dossier [TRADUCTION] « révèle les consultations et les efforts exhaustifs en vue de la prise de mesures d'accommodement » qui ont été faits (paragraphe 67).

[180] Contrary to Tsleil-Waututh's claim that Canada did not propose any new measures to avoid or reduce impacts on Tsleil-Waututh's rights (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraph 106), Canada and Tsleil-Waututh did agree on accommodation measures targeted at Tsleil-Waututh's concerns about Project-related marine shipping impacts. As discussed above, Canada committed to undertake joint research with Tsleil-Waututh on the behaviour of diluted bitumen in the Burrard Inlet and Fraser River Estuary. Canada also agreed to conduct further research investigating the impacts of the Project on killer whales. Respecting the likelihood of oil spills, Canada offered to engage in additional joint spill modelling—including at the site requested by one of Tsleil-Waututh's experts—but Tsleil-Waututh declined (Tupper affidavit, paragraph 87, page 16485; Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, page 18492).

[180] Contrairement à ce que soutiennent les Tsleil-Waututh lorsqu'ils affirment que le Canada n'a pas proposé de nouvelles mesures pour éviter ou atténuer les répercussions sur les droits des Tsleil-Waututh (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphe 106), le Canada et les Tsleil-Waututh se sont entendus sur des mesures d'accommodement visant précisément les préoccupations des Tsleil-Waututh concernant les incidences du transport maritime associé au projet. Comme il en a été précédemment question, le Canada s'est engagé à mener des recherches conjointement avec les Tsleil-Waututh sur le devenir et le comportement du bitume dilué dans la baie Burrard et l'estuaire du fleuve Fraser. Le Canada a également accepté de mener d'autres recherches sur les répercussions du projet sur les épaulards. En ce qui concerne les possibilités de déversements d'hydrocarbures, le Canada a proposé d'effectuer d'autres modélisations conjointes de déversement, y compris sur le site demandé par un des experts des Tsleil-Waututh, mais les Tsleil-Waututh ont décliné cette offre (affidavit de Shawn Tupper, paragraphe 87, dossier du Canada, page 16485; pièce A de l'affidavit de Shawn Tupper, page 18492).

[181] Tsleil-Waututh takes issue with Canada's position that it was not necessary to conduct this additional research before the Governor in Council could make a decision on the Project (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraph 104). Canada maintained the position that, while "the additional work the parties agreed [on] would be valuable", given the current state of scientific knowledge it "was not necessary prior to the [Governor in Council's] decision on the Project" (Tupper affidavit, paragraph 144, Canada record, page 16501; see also Exhibit C to the Tupper affidavit, Canada record, page 18906). Canada's scientists supported this position (Tupper affidavit, paragraph 146, Canada record, page 16502). The parties thus had different perspectives. But on the record before the Governor in Council, it was reasonable for it to decide that additional scientific research was not required before approving the Project.

[181] Les Tsleil-Waututh s'inscrivent en faux contre l'opinion du Canada selon laquelle il n'est pas nécessaire de mener ces recherches supplémentaires avant que le gouverneur en conseil prenne une décision sur le projet (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphe 104). Le Canada maintient sa position selon laquelle, bien que [TRADUCTION] « les travaux supplémentaires dont ont convenu les parties puissent être très utiles », étant donné l'état actuel des connaissances scientifiques, il [TRADUCTION] « n'était pas nécessaire [de les effectuer] avant la décision [du gouverneur en conseil] sur le projet » (affidavit de Shawn Tupper, paragraphe 144, dossier du Canada, page 16501; voir aussi la pièce C de l'affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, page 18906). Les scientifiques du Canada ont soutenu cette position (affidavit de Shawn Tupper, paragraphe 146, dossier du Canada, page 16502). Les parties ont donc des points de vue divergents. Toutefois, compte tenu du dossier dont

2020 FCA 34 (CanLII)

disposait le gouverneur en conseil, il était raisonnable pour lui de conclure qu'il n'était pas nécessaire de procéder à des recherches scientifiques supplémentaires avant d'approuver le projet.

[182] Tsleil-Waututh relies on *Pembina Institute for Appropriate Development v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 302, 323 F.T.R. 297, at paragraph 25, for the proposition that "the possibilities of future research and development do not constitute mitigation measures". The Federal Court made that statement in the context of an environmental assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 [repealed by S.C. 2012, c. 19, s. 66]. In the context of the duty to consult, however, the Supreme Court has made it clear that directions to develop baseline information are proper accommodation measures (*Taku River*, paragraphs 43–44).

[182] Les Tsleil-Waututh invoquent la décision *Pembina Institute for Appropriate Development c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 302, [2008] A.C.F. nº 324 (QL), au paragraphe 25, pour affirmer que « les possibilités de recherche et développement futurs ne constituent pas des mesures d'atténuation ». La Cour fédérale a fait cette affirmation dans le contexte d'une évaluation environnementale effectuée sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 [abrogé par L.C. 2012, ch. 19, art. 66]. Toutefois, dans le contexte de l'obligation de consulter, la Cour suprême a clairement établi que des directives au sujet de l'établissement de données de base constituaient des mesures d'accommodement en bonne et due forme (*Taku River*, paragraphes 43 et 44).

[183] Tsleil-Waututh further argues that Canada's approach to accommodation was unreasonable because Canada did not agree with its proposed accommodations (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraph 106). However, many of Tsleil-Waututh's proposed accommodations concerned issues that had already been addressed or were otherwise outside the scope of the "specific and focussed" re-initiated consultation process (*TWN 2018*, paragraph 772; see also Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, pages 18491–18492).

[183] Les Tsleil-Waututh soutiennent en outre que le Canada a envisagé les mesures d'accommodement de façon déraisonnable parce que celui-ci n'a pas retenu les mesures d'accommodement qu'ils avaient proposées (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphe 106). Toutefois, bon nombre des mesures d'accommodement proposées par les Tsleil-Waututh concernaient des questions auxquelles il avait déjà été répondu ou outrepassaient la portée des nouvelles consultations « précises et circonscrites » (*TWN 2018*, paragraphe 772; voir aussi la pièce A de l'affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, pages 18491 et 18492).

[184] For example, Tsleil-Waututh suggested that consideration be given to alternative configurations of the pipeline, including alternative terminal locations. Canada responded that alternative configurations had already been considered both as part of the NEB process and in *TWN 2018*. Canada was not prepared to consider alternatives that had already been assessed as impractical or non-viable (Tupper affidavit, paragraph 184, Canada record, pages 16513–16514; Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, pages 18443–18444, 18492). This was an entirely reasonable position. Moreover, the challenge to the Project in *TWN 2018* based on alternate

[184] Par exemple, les Tsleil-Waututh ont proposé qu'on examine d'autres configurations de l'oléoduc, y compris d'autres lieux pour le terminal. Le Canada a répondu que d'autres configurations avaient déjà été examinées, tant dans le processus de l'Office que dans celui visé par l'arrêt *TWN 2018*. Le Canada n'était pas disposé à examiner des solutions de rechange qu'il avait déjà jugées peu pratiques ou non viables (affidavit de Shawn Tupper, paragraphe 184, dossier du Canada, pages 16513 et 16514; pièce A de l'affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, pages 18443, 18444 et 18492). C'était une position tout à fait raisonnable. En

2020 FCA 34 (CanLII)

configurations was rejected. Therefore, Canada could properly have responded that the issue was barred. As explained in the reasons in support of the Leave Order (*Raincoast No. 1*, paragraph 24), the doctrines of law barring relitigation apply both to issues that were raised and decided, and to those that could have been raised, in an earlier proceeding. It is therefore immaterial that the issue was raised by the City of Burnaby rather than by Tsleil-Waututh or another of the applicants in these proceedings.

[185] Similarly, Canada declined to consider proposals for joint studies on the economics of the Project, Project alternatives, transporting oil in puck format, upgrading diluted bitumen in Alberta before transporting it, and reducing marine traffic in Burrard Inlet (Tupper affidavit, paragraphs 54, 167, 183–184, Canada record, pages 16474–16475, 16508, 16512–16514). None of these proposed accommodation measures was a proper subject of discussion in the re-initiated consultation process. Canada's failure to consider them provides no proper basis for concluding that Canada acted unreasonably.

[186] Finally, Tsleil-Waututh contends that a decision not to proceed with the Project must be an available option for there to be meaningful consultation and accommodation (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraphs 96–97). On April 17 and May 3, 2019, Tsleil-Waututh expressed its concern that "none of the 'accommodation' measures are responsive to the very serious concern that [Tsleil-Waututh] has been raising since at least 2013: that the Project is too risky because spills are inevitable, they cannot be cleaned up, and they will cause catastrophic impacts if they occur" (George affidavit, paragraph 367, Tsleil-Waututh record, page 161; Exhibit 84 to the George affidavit, Tsleil-Waututh record, page 2330).

[187] There is nothing in the record to suggest that Canada, or the Governor in Council, were unaware

outre, dans l'arrêt *TWN 2018*, la Cour a rejeté la contestation du projet fondée sur le motif des configurations de rechange. Par conséquent, le Canada pouvait tout à fait répondre que la question ne pouvait être débattue de nouveau. Comme la Cour l'explique dans ses motifs justifiant l'ordonnance d'autorisation (*Raincoast n^o^ 1*, paragraphe 24), les notions de droit interdisant la remise en cause s'appliquent tant aux questions qui ont déjà été soulevées et tranchées qu'à celles qui auraient pu être soulevées dans une instance antérieure. Il est donc sans importance que la question ait été soulevée par la ville de Burnaby plutôt que par les Tsleil-Waututh ou une autre des demanderesses en l'espèce.

[185] De même, le Canada a refusé d'examiner des propositions pour la tenue d'études conjointes sur l'économie du projet, des solutions de rechange au projet, le transport des hydrocarbures en galets, la valorisation du bitume dilué en Alberta avant son transport et la réduction du transport maritime dans la baie Burrard (affidavit de Shawn Tupper, par. 54, 167, 183 et 184, dossier du Canada, p. 16474, 16475, 16508 et 16512 à 16514). Aucune de ces mesures d'accommodement n'avait à faire l'objet d'une discussion lors des nouvelles consultations. Le fait que le Canada n'ait pas examiné ces possibilités ne justifie pas que l'on conclue que le Canada a agi déraisonnablement.

[186] Enfin, les Tsleil-Waututh soutiennent que la décision de ne pas donner suite au projet doit être une possibilité réelle pour qu'il y ait de véritables consultations et mesures d'accommodement (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphes 96 et 97). Le 17 avril et le 3 mai 2019, les Tsleil-Waututh ont fait part de leur préoccupation selon laquelle [TRADUCTION] « aucune des mesures "d'accommodement" ne répond à la préoccupation très sérieuse que [les Tsleil-Waututh] expriment depuis au moins 2013 : que le projet est trop risqué parce que les déversements sont inévitables, qu'ils ne peuvent être nettoyés et que, le cas échéant, ils auront des effets catastrophiques » (affidavit de George, paragraphe 367, dossier des Tsleil-Waututh, page 161; pièce 84 de l'affidavit de George, dossier des Tsleil-Waututh, page 2330).

[187] Rien dans le dossier ne donne à penser que le Canada ou le gouverneur en conseil ignoraient la

2020 FCA 34 (CanLII)

2020 FCA 34 (CanLII)

of Tsleil-Waututh's position. Therefore, the question becomes whether, given this competing position—that the Project should not proceed—Canada breached its duty to consult and accommodate Tsleil-Waututh by ultimately approving the Project (*William v. British Columbia (Attorney General)*, 2019 BCCA 74, 20 B.C.L.R. (6th) 355, paragraph 41). In our view, it did not. Throughout the re-initiated consultation process, Canada dialogued with Tsleil-Waututh respecting the need for the Project, but the parties ultimately held opposing views on whether the Project was needed (see, e.g., Tupper affidavit, paragraphs 164–171, Canada record, pages 16507–16510). Canada provided Tsleil-Waututh with an explanation for the need for the Project in the consultation meetings, as well as through other information that was made available to Tsleil-Waututh during the re-initiated consultation process and through the Order in Council and the Explanatory Note.

[188] A meaningful process "becomes unworkable when, as here, the only compromise acceptable to [the Indigenous group] is to abandon the entire project" (*Prophet River BCCA*, paragraph 65). Insisting that the only acceptable accommodation is selecting an alternative to the Project amounts to seeking a veto over the Project, which forms no part of the duty to consult (*Prophet River BCCA*, paragraph 65; *Haida Nation*, paragraph 48). The record "demonstrates the thorough consultation and efforts to accommodate apart from abandoning the project" that were made throughout the re-initiated consultation process (*Prophet River BCCA*, paragraph 67).

[189] The standard for consultation and accommodation is not perfection; the process viewed in its entirety must result in adequate consultation with and accommodation of the Indigenous group (*Haida Nation*, paragraph 62). We are satisfied that it was open to the Governor in Council to conclude, on the record before it, that the re-initiated consultation conducted with Tsleil-Waututh following *TWN 2018* was adequate, and resulted in proposed accommodation measures that are responsive to Tsleil-Waututh's concerns.

position des Tsleil-Waututh. La question devient donc celle de savoir si, étant donné ce point de vue concurrent, selon lequel il ne faudrait pas donner suite au projet, le Canada a manqué à son obligation de consulter les Tsleil-Waututh et de prendre des mesures d'accommodement à leur endroit en décidant d'approuver le projet en définitive (*William v. British Columbia (Attorney General)*, 2019 BCCA 74, 20 B.C.L.R. (6th) 355, paragraphe 41). À notre avis, le Canada n'a pas manqué à son obligation. Tout au long des nouvelles consultations, le Canada a dialogué avec les Tsleil-Waututh au sujet de la nécessité du projet, mais, à la fin, les parties avaient des points de vue opposés sur la question de la nécessité du projet (voir entre autres l'affidavit de Shawn Tupper, paragraphes 164 à 171, dossier du Canada, pages 16507 à 16510). Le Canada a fourni aux Tsleil-Waututh des explications justifiant la nécessité du projet lors des réunions de consultation, dans des documents qu'ont pu consulter les Tsleil-Waututh lors des nouvelles consultations ainsi que dans le décret et la note explicative.

[188] La tenue de véritables consultations [TRADUCTION] « devient irréalisable lorsque, comme en l'espèce, le seul compromis acceptable pour [le groupe autochtone] est l'abandon du projet en entier » (*Prophet River (C.A.C.-B.)*, paragraphe 65). Insister sur le fait que la seule mesure d'accommodement acceptable consiste à choisir une solution de rechange au projet équivaut à demander un droit de veto sur le projet, ce qui ne fait pas du tout partie de l'obligation de consulter (*Prophet River (C.A.C.-B.)*, paragraphe 65; *Nation haïda*, paragraphe 48). Le dossier [TRADUCTION] « révèle les consultations et les efforts exhaustifs en vue de la prise de mesures d'accommodement, hormis l'abandon du projet », qui ont été faits lors des nouvelles consultations (*Prophet River (C.A.C.-B.)*, paragraphe 67).

[189] La norme applicable aux consultations et aux mesures d'accommodement n'est pas la perfection; le processus, considéré dans son ensemble, doit donner lieu à des consultations satisfaisantes ainsi qu'à des mesures d'accommodement pour le groupe autochtone (*Nation haïda*, paragraphe 62). Nous sommes convaincus que le gouverneur en conseil pouvait, compte tenu du dossier dont il disposait, conclure que les nouvelles consultations avec les Tsleil-Waututh tenues dans la foulée de

(3) Canada did not withhold "reviews" of Tsleil-Waututh's expert reports

[190] Like Squamish, Tsleil-Waututh submits that Canada intentionally withheld its "reviews" of Tsleil-Waututh's expert reports, the content of which, Tsleil-Waututh contends, "bears directly on [its] specific, focused concerns regarding the Project" (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraph 31). Tsleil-Waututh goes so far as to submit that Canada altered the content of these responding reviews to support Canada's position, failed to inform Tsleil-Waututh that Canada's experts agreed with Tsleil-Waututh's experts on many issues, and took positions contrary to the scientific conclusions reached in the responding reports (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraphs 31, 33, 62–69).

[191] Like Squamish, Tsleil-Waututh, despite making these serious allegations, has put forward no evidence of misconduct by Canada. The contents of the "reviews" are consistent with the positions communicated by Canada during the re-initiated consultations, and Tsleil-Waututh has provided no evidence that changes to the documents were made without their authors' knowledge. For the same reasons discussed above in addressing Squamish's similar submission, we reject the submission by Tsleil-Waututh that the documents were improperly altered or withheld.

(4) Canada's mandate was appropriately defined

[192] Tsleil-Waututh submits Canada failed to rectify the concern identified in *TWN 2018* that Canada's ability to execute its consultation framework was unreasonably constrained by the way its officials implemented their mandate, "limiting their role to mostly listening

l'arrêt *TWN 2018* étaient satisfaisantes et ont débouché sur des mesures d'accommodement qui répondent aux préoccupations des Tsleil-Waututh.

3) Le Canada n'a pas retenu ses « examens scientifiques » des rapports d'experts des Tsleil-Waututh

[190] Comme les Squamish, les Tsleil-Waututh soutiennent que le Canada a intentionnellement retenu ses « examens scientifiques » des rapports d'experts des Tsleil-Waututh, dont le contenu, selon les Tsleil-Waututh, [TRADUCTION] « se rapporte directement à [leurs] préoccupations spécifiques et précises concernant le projet » (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphe 31). Les Tsleil-Waututh vont jusqu'à soutenir que le Canada a modifié le contenu de ces examens pour étayer sa position, a omis d'informer les Tsleil-Waututh que ses experts étaient d'accord avec ceux des Tsleil-Waututh sur de nombreuses questions et a adopté une position contraire aux conclusions scientifiques tirées dans les rapports répondant à ceux des Tsleil-Waututh (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphes 31, 33 et 62 à 69).

[191] Comme les Squamish, les Tsleil-Waututh, en dépit d'allégations graves, n'ont produit aucun élément de preuve montrant qu'il y a eu inconduite de la part du Canada. Le contenu de ces « examens scientifiques » est conforme à la position que le Canada a défendue durant les nouvelles consultations et les Tsleil-Waututh n'ont fourni aucun élément de preuve établissant que des modifications avaient été apportées aux documents à l'insu de leurs auteurs. Pour les mêmes motifs que ceux exposés en réponse à l'observation semblable formulée par les Squamish, nous ne souscrivons pas à l'observation des Tsleil-Waututh selon laquelle les documents ont été indûment modifiés ou retenus.

4) Le mandat du Canada a été correctement défini

[192] Les Tsleil-Waututh soutiennent que le Canada n'a pas remédié au manquement relevé dans l'arrêt *TWN 2018* voulant que la capacité du Canada à mettre en œuvre son cadre de consultation ait été déraisonnablement limitée par la façon dont ses représentants

2020 FCA 34 (CanLII)

and recording Indigenous concerns and transmitting those concerns to decision-makers" (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraph 116). Tsleil-Waututh submits that it raised similar concerns about Canada's mandate in the re-initiated consultation, but Canada denied there was a problem (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraph 116).

[193] The objective of Canada's mandate for the re-initiated consultations was "to work with Indigenous groups to understand impacts and seek to identify potential accommodations for the Project, where appropriate" (Exhibit 43 to the George affidavit, Tsleil-Waututh record, page 935). As discussed above, Canada's consultation teams in the re-initiated process were composed of senior officials, who were tasked with engaging with Indigenous groups, not merely taking notes. The mandate given to them was appropriately defined to remedy the shortcomings identified by this Court in *TWN 2018*. The record is replete with examples of discussions and exchanges of information and perspectives consistent with this mandate.

[194] However, Tsleil-Waututh submits that Canada's mandate should have included seeking or obtaining Tsleil-Waututh's consent (George affidavit, paragraphs 95–97, 119(b), Tsleil-Waututh record, pages 65–66, 71). Canada expressed its desire to "seek to secure the free, prior, and informed consent" of Tsleil-Waututh for the Project at the start of the re-initiated consultation process (Exhibit 38 to the George affidavit, Tsleil-Waututh record, page 916). That being said, Canada was under no obligation to obtain consent prior to approving the Project. That would, again, amount to giving Indigenous groups a veto.

ont exécuté leur mandat, lesquels [TRADUCTION] « se sont contentés de consigner les préoccupations des Autochtones et de les transmettre aux décideurs » (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphe 116). Les Tsleil-Waututh soutiennent avoir fait part de préoccupations semblables concernant le mandat du Canada lors des nouvelles consultations, mais que le Canada n'a pas reconnu qu'il y avait un problème (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphe 116).

[193] Pour la nouvelle ronde de consultations, le Canada s'est doté d'un mandat dont l'objectif était de [TRADUCTION] « travailler avec les groupes autochtones pour comprendre les répercussions et tenter de trouver les mesures d'accommodement potentielles pour le projet, lorsqu'il y avait lieu » (pièce 43 de l'affidavit d'Ernie George, dossier des Tsleil-Waututh, page 935). Comme il en a été question plus haut, les équipes de consultation du Canada ayant participé à la nouvelle ronde étaient composées de hauts fonctionnaires ayant pour tâche de nouer le dialogue avec les groupes autochtones, et non uniquement de prendre des notes. Le mandat qui leur avait été confié avait été correctement défini, d'une manière qui remédiait aux manquements relevés par notre Cour dans l'arrêt *TWN 2018*. Le dossier regorge d'exemples de discussions et d'échanges de renseignements et de points de vue qui s'inscrivent dans la logique de ce mandat.

[194] Cependant, les Tsleil-Waututh soutiennent que le mandat du Canada aurait dû comprendre la tâche de demander le consentement des Tsleil-Waututh ou de l'obtenir (affidavit d'Ernie George, paragraphes 95 à 97 et 119(b), dossier des Tsleil-Waututh, p. 65, 66 et 71). Le Canada a exprimé au début de la nouvelle ronde de consultations le désir de [TRADUCTION] « viser à obtenir le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause », des Tsleil-Waututh à l'égard du projet (pièce 38 de l'affidavit d'Ernie George, dossier des Tsleil-Waututh, page 916). Cela dit, le Canada n'avait aucunement l'obligation d'obtenir leur consentement avant d'approuver le projet. Encore une fois, cela équivaudrait à donner aux groupes autochtones un droit de veto.

2020 FCA 34 (CanLII)

(5) Tsleil-Waututh's conduct during the re-initiated consultation process hindered Canada's consultation efforts

[195] Canada alleges, and we agree, that Tsleil-Waututh's conduct during the re-initiated consultation process hindered Canada's consultation efforts. While the duty to consult imposes obligations on Canada, it also gives rise to corresponding obligations on the part of Indigenous groups. Indigenous groups "must not frustrate the Crown's reasonable good faith attempts, nor should they take unreasonable positions to thwart government from making decisions or acting in cases where, despite meaningful consultation, agreement is not reached" (*Haida Nation*, paragraph 42; see also *Ktunaxa Nation*, paragraph 80).

[196] While hard bargaining on the part of Indigenous groups is permissible, Tsleil-Waututh's conduct during the re-initiated consultation process exceeded hard bargaining and interfered with Canada's efforts to consult and accommodate. Canada's efforts nonetheless resulted in adequate consultation and responsive accommodation measures.

D. *Ts'elxwéyeqw*

[197] In *TWN 2018* (paragraphs 681–727), six shortcomings were pointed to in support of the conclusion that Canada's initial consultations with the Stó:lō (including Ts'elxwéyeqw) were not meaningful. First, Canada failed to give due consideration to the 89 recommendations contained in the Integrated Cultural Assessment for the Proposed Trans Mountain Expansion Project (ICA), a detailed technical submission prepared by the Stó:lō concerning potential impacts of the Project (*TWN 2018*, paragraph 712). Second, Canada failed to address the Stó:lō's position that Lightning Rock is a "'no go'" area (*TWN 2018*, paragraphs 716–717). Third, Canada failed to ensure that the Stó:lō cultural sites were incorporated into the Project's alignment sheets (documents showing the exact route proposed for the pipeline) (*TWN 2018*, paragraphs 697, 718). Fourth, Canada failed to accommodate the request for Indigenous groups to select

5) La conduite des Tsleil-Waututh durant la nouvelle ronde de consultations a nui aux efforts de consultation du Canada

[195] Le Canada soutient, et nous sommes d'accord, que la conduite des Tsleil-Waututh durant la nouvelle ronde de consultations a nui aux efforts de consultation du Canada. Bien que l'obligation de consulter impose au Canada des obligations, elle a aussi pour effet d'imposer des obligations aux groupes autochtones. Ceux-ci « ne doivent pas contrecarrer les efforts déployés de bonne foi par la Couronne et ne devraient pas non plus défendre des positions déraisonnables pour empêcher le gouvernement de prendre des décisions ou d'agir dans les cas où, malgré une véritable consultation, on ne parvient pas à s'entendre » (*Nation haïda*, paragraphe 42; voir aussi *Ktunaxa Nation*, paragraphe 80).

[196] Bien que les groupes autochtones puissent choisir de négocier de façon serrée, la conduite des Tsleil-Waututh durant la nouvelle ronde de consultations était plus que de la négociation serrée; elle a contrecarré les efforts du Canada en matière de consultations et de mesures d'accommodement. Les efforts du Canada ont néanmoins débouché sur des consultations satisfaisantes et des mesures d'accommodement adaptées.

D. *Les Ts'elxwéyeqw*

[197] Dans l'arrêt *TWN 2018* (paragraphes 681 à 727), six lacunes ont été soulignées au soutien de la conclusion selon laquelle les premières consultations du Canada avec les Stó:lō (y compris les Ts'elxwéyeqw) étaient dépourvues d'un caractère véritable. Premièrement, le Canada n'a pas dûment pris en considération les 89 recommandations énoncées dans le document intitulé « [TRADUCTION] "Évaluation culturelle intégrée relative au projet d'agrandissement du réseau Trans Mountain" » (l'ECI), un document d'observations techniques détaillées préparé par les Stó:lō au sujet des répercussions du projet (*TW 2018*, paragraphe. 712). Deuxièmement, le Canada ne s'est pas penché sur l'observation des Stó:lō voulant que Lightning Rock soit une zone « interdite » (*TWN 2018*, paragraphes 716 et 717). Troisièmement, le Canada ne s'est pas assuré que les sites culturels des Stó:lō soient inscrits sur les cartes-tracés du projet

2020 FCA 34 (CanLII)

Indigenous monitors (*TWN 2018*, paragraphs 700–701). Fifth, Canada failed to guarantee that Trans Mountain would be held accountable for its commitments (*TWN 2018*, paragraph 715). Finally, Canada did not succeed in explaining how the Stó:lō's constitutionally protected right to fish was accounted for during the consultation process (*TWN 2018*, paragraph 727).

[198] Responding to these flaws in the order presented above, Canada maintains that each has been adequately addressed in light of the following measures implemented in the course of the renewed consultation process.

[199] First, due consideration has been given to the 89 recommendations reflected in the ICA (Dekker affidavit, paragraphs 7–9, Canada record, pages 09571–09572).

[200] Second, Trans Mountain adjusted the Project footprint at Lightning Rock, will complete the archaeological and cultural heritage assessment required by NEB Condition 77 prior to construction and will work with the Stó:lō Collective on measures to avoid impacts to the site (NEB Reconsideration Report, pages 0630, 0888).

[201] Third, Trans Mountain incorporated traditional knowledge, including Stó:lō cultural sites in the Project corridor identified by Ts'elxwéyeqw in the ICA, into its environmental alignment sheets (Anderson affidavit No. 2, paragraphs 86(m)-(q), (t)-(x), (dd), Trans Mountain Record, pages 18153–18156, 18159) and committed to update its Resource Specific Mitigation Tables and work with Ts'elxwéyeqw on an ongoing basis to develop site-specific measures to manage Project effects (Dekker affidavit, paragraph 84, Canada record, pages 09604–09605).

(c'est-à-dire les documents montrant le tracé exact proposé pour l'oléoduc) (*TWN 2018*, paragraphes 697 et 718). Quatrièmement, le Canada n'a pas pris de mesures d'accommodement quant à la demande des groupes autochtones de sélectionner des surveillants autochtones (*TWN 2018*, paragraphes 700 et 701). Cinquièmement, le Canada n'a pas garanti que Trans Mountain serait tenue de respecter ses engagements (*TWN 2018*, paragraphe 715). Enfin, le Canada n'a pas réussi à expliquer en quoi le droit de pêche, constitutionnellement garanti, des Stó:lō avait été pris en considération durant les consultations (*TWN 2018*, paragraphe 727).

[198] Le Canada soutient que, en réaction à ces lacunes relevées dans l'ordre énoncé ci-dessus, il a remédié à chacune d'elle en mettant en œuvre les mesures présentées qui suivent lors de la nouvelle ronde de consultations.

[199] Premièrement, il a dûment pris en considération les 89 recommandations énoncées dans l'ECI (affidavit de Corey Dekker, paragraphes 7 à 9, dossier du Canada, pages 09571 et 09572).

[200] Deuxièmement, Trans Mountain a ajusté l'empreinte du projet à Lightning Rock, elle procédera à l'évaluation du patrimoine archéologique et culturel exigé à la condition 77 de l'Office préalablement à la construction, et elle collaborera avec le groupe Stó:lō pour l'établissement de mesures visant à éviter les incidences sur le site (Rapport de réexamen de l'Office, pages 0630 et 0888).

[201] Troisièmement, Trans Mountain a inclus dans ses cartes-tracés environnementales du savoir ancestral, notamment les sites culturels Stó:lō se trouvant dans le corridor du projet relevés par les Ts'elxwéyeqw dans l'ECI (deuxième affidavit d'Ian Anderson, paragraphes 86(m) à (q), (t) à (x), et (dd), dossier de Trans Mountain, pages 18153 à 18156 et 18159) et elle s'est engagée à mettre à jour ses tableaux de mesures d'atténuation propres aux ressources et à travailler sur une base continue avec les Ts'elxwéyeqw afin d'établir des mesures propres aux sites pour la gestion des incidences du projet (affidavit de Corey Dekker, paragraphe 84, dossier du Canada, pages 09604 et 09605).

2020 FCA 34 (CanLII)

[202] Fourth, Trans Mountain has committed to hiring a Ts'elxwéyeqw monitor selected by Ts'elxwéyeqw to be on Trans Mountain's inspection team (Dekker affidavit, paragraph 74(l), Canada record, page 09600). Fifth, the Governor in Council amended NEB Condition 6 to require Trans Mountain to add all commitments made during consultations to its commitments tracker, rendering them enforceable by virtue of NEB Condition 2 (NEB Reconsideration Report, page 0861; Order in Council, pages 10–11).

[203] Finally, Canada acknowledged Ts'elxwéyeqw's constitutionally protected Aboriginal right to fish and took this right into account in assessing Project impacts (Dekker affidavit, paragraphs 31(c), 58(f), Canada record, pages 09578, 09593).

[204] Ts'elxwéyeqw chooses not to confront these measures and to try to show why they fail to adequately address the flaws identified in *TWN 2018*. Rather, it begins its submissions by providing its account and assessment of the reconsideration hearing before the NEB and the renewed consultation process. The gist of its position is that nothing useful came out of either. Not a single positive feature is acknowledged (memorandum of Ts'elxwéyeqw, paragraphs 13–72).

[205] Ts'elxwéyeqw goes on to advance four contentions as follows: (1) Canada failed to adequately engage with the ICA and the 89 recommendations; (2) Canada's accommodation measures are generic, conceptual, not specific, and rely heavily on future commitments; (3) Canada failed to re-initiate consultations in a timely manner and then truncated their execution; and (4) Canada failed to consider the infringement of its established fishing right (memorandum of Ts'elxwéyeqw, paragraphs 86–87).

[206] A review of the arguments made in support of these contentions shows that Ts'elxwéyeqw has lost sight of the fact that this is a judicial review application

[202] Quatrièmement, Trans Mountain s'est engagée à embaucher un surveillant ts'elxwéyeqw sélectionné par les Ts'elxwéyeqw, qui fera partie de l'équipe d'inspection de Trans Mountain (affidavit de Corey Dekker, paragraphe 74(l), dossier du Canada, page 09600). Cinquièmement, le gouverneur en conseil a modifié la condition nº 6 de l'Office pour exiger de Trans Mountain qu'elle ajoute tous les engagements qu'elle a pris lors des consultations à son tableau de suivi des engagements, ce qui les rend obligatoires en vertu de la condition nº 2 de l'Office (Rapport de réexamen de l'Office, page 0861; décret, pages 10 et 11).

[203] Enfin, le Canada reconnaît le droit de pêche ancestral, constitutionnellement garanti, des Ts'elxwéyeqw et a pris ce droit en considération dans son évaluation des incidences du projet (affidavit de Corey Dekker, paragraphes 31(c), 58(f), dossier du Canada, pages 09578 et 09593).

[204] Les Ts'elxwéyeqw choisissent de ne pas contester ces mesures et de ne pas tenter de prouver qu'elles ne remédient pas aux lacunes relevées dans l'arrêt *TWN 2018*. Ils commencent plutôt leurs observations en présentant leur version du déroulement de l'audience de réexamen devant l'Office et de la nouvelle ronde de consultations ainsi que l'évaluation qu'ils en font. Essentiellement, ils soutiennent que cette audience et les consultations n'ont servi à rien. Ils n'y voient absolument rien de bon (mémoire des Ts'elxwéyeqw, paragraphes 13 à 72).

[205] Les Ts'elxwéyeqw font ensuite valoir les quatre assertions suivantes : 1) le Canada n'a pas dûment pris en considération l'ECI ni les 89 recommandations; 2) les mesures d'accommodement proposées par le Canada sont génériques, abstraites et vagues et elles reposent beaucoup sur des engagements à venir; 3) le Canada n'a pas entamé la nouvelle ronde de consultations dans un délai raisonnable et par la suite y a coupé court; 4) le Canada n'a pas pris en considération l'empiétement sur les droits de pêche reconnus (mémoire des Ts'elxwéyeqw, paragraphes 86 et 87).

[206] Un examen des observations présentées à l'appui de ces assertions montre que les Ts'elxwéyeqw semblent avoir perdu de vue que la présente instance

2020 FCA 34 (CanLII)

(memorandum of Ts'elxwéyeqw, paragraphs 95–110). It essentially invites us to consider the overall conclusion reached by the Governor in Council to the effect that the duty to consult was adequately met, weigh the evidence that bears on this question, and come to a different conclusion. Notably, Ts'elxwéyeqw makes no mention of the reasons given in support of the issuance of the Order in Council or the Explanatory Note that accompanied it.

[207] The Explanatory Note among other things outlines the re-initiated consultation process and the new "specific, targeted accommodation measures […] developed and proposed as part of the consultations … [,] designed specifically to respond to concerns raised by Indigenous groups in the consultations, and to address areas where the consultations highlighted the potential for an enhancement to existing efforts or to close a programming gap in a particular area" (Explanatory Note, page 48). Among these measures is funding to support Indigenous-led studies to gain a better understanding of the Project's potential land-based impacts, for example on traditional land use. As part of that initiative, Canada offered $250 000 in funding to facilitate the protection of Stó:lō cultural sites (Dekker affidavit, paragraph 87, Canada record, pages 09605–09606). Also addressed is amended Condition 6, which makes Trans Mountain's commitments to Ts'elxwéyeqw mandatory, and amended Condition 100, which ensures that Trans Mountain takes necessary steps to preserve and protect cultural sites during construction, 400 of which belong to the Stó:lō. Amended Condition 98 is also referenced; it provides that Trans Mountain will have to justify how it has incorporated the results of its consultation, including any recommendations from those consulted, into the plan describing Indigenous participation in construction monitoring (Explanatory Note, page 64).

[208] The modifications ordered by the Governor in Council as a result of the renewed consultation process are set out in Annex A of the Order in Council, beginning at page 10. These form part of the foundation for its

est une demande de contrôle judiciaire (mémoire des Ts'elxwéyeqw, paragraphes 95 à 110). Ils nous invitent essentiellement à examiner l'ensemble des conclusions tirées par le gouverneur en conseil voulant qu'il ait satisfait à son obligation de consultation, à examiner les éléments de preuve à cet égard et à tirer une conclusion différente. Il convient de noter que les Ts'elxwéyeqw ne font aucune mention des motifs présentés à l'appui du décret ou de la note explicative l'accompagnant.

[207] La note explicative décrit entre autres la nouvelle ronde de consultations et les nouvelles « mesures d'accommodement précises et ciblées […] élaborées et proposées lors des consultations […] [,] conçues précisément pour répondre aux préoccupations exprimées par les groupes autochtones lors des consultations, et afin de se pencher sur les domaines où les consultations ont montré un potentiel d'amélioration des efforts actuellement déployés ou pour consolider le programme dans un secteur en particulier » (note explicative, page 48). Au nombre de ces mesures, on compte des fonds servant à financer des études menées par les Autochtones en vue d'améliorer leurs connaissances sur les effets potentiels du projet sur les terres, notamment celles utilisées à des fins traditionnelles. Dans le cadre de cette initiative, le Canada a offert un financement à hauteur de 250 000 $ pour la protection des sites culturels des Stó:lō (affidavit de Corey Dekker, paragraphe 87, dossier du Canada, pages 09605 à 09606). Elle mentionne aussi la condition 6 modifiée, qui rend impératifs les engagements que Trans Mountain a pris à l'égard des Ts'elxwéyeqw, ainsi que la condition 100 modifiée, qui oblige Trans Mountain à prendre les mesures nécessaires au cours des travaux pour préserver et protéger les sites culturels, dont 400 appartenant aux Stó:lō. Elle mentionne également la condition 98 modifiée, suivant laquelle Trans Mountain doit justifier de la manière dont elle a incorporé les résultats de sa consultation, y compris toutes les recommandations des personnes consultées, dans le plan qui décrit la participation des groupes autochtones à la surveillance des travaux (note explicative, page 64).

[208] Les modifications ordonnées par le gouverneur en conseil par suite de la nouvelle ronde de consultations sont énoncées à l'annexe A du décret, à compter de la page 10. Elles étayent entre autres sa conclusion selon

2020 FCA 34 (CanLII)

conclusion that the renewed consultations were adequate for all applicants, including Ts'elxwéyeqw.

[209] When regard is had to the reasons given by the Governor in Council in support of its conclusion and the record, insofar as it pertains to Ts'elxwéyeqw's four contentions, it becomes clear that they are without merit. In each case, save for the legal issue underlying the fourth contention, we are essentially asked to prefer Ts'elxwéyeqw's account and assessment of the consultations over Canada's without any indication as to why we should do so (contrast paragraphs 95–110 of the memorandum of Ts'elxwéyeqw with paragraphs 215–233 of the memorandum of Canada). Indeed, when reviewing the record to test Ts'elxwéyeqw's four contentions against Canada's responses, Canada's account of the consultation process is to be preferred. This is the issue to which we now turn.

(1) Canada adequately engaged with the ICA and the 89 recommendations

[210] In *TWN 2018*, this Court found that Canada had blatantly disregarded the ICA and the 89 recommendations (paragraph 712):

> …. 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.

[211] During the re-initiated consultation process, Canada and Trans Mountain both produced reports responding to each of *the* 89 recommendations raised in the ICA. Trans Mountain's report demonstrates how information contained in the ICA and Cultural Heritage Overview Assessment were incorporated into Trans Mountain's environmental plans (Ardell affidavit, paragraph 86, Ts'elxwéyeqw record, page 603), while Canada's report pointed to specific conditions, commitments or accommodation measures addressing each of the 89 recommendations. This is shown by the table highlighting Canada's consideration of the potential impacts raised (memorandum of Canada, paragraph 224).

laquelle la nouvelle ronde de consultations était adéquate à l'égard de toutes les demanderesses, y compris les Ts'elxwéyeqw.

[209] Si l'on examine les raisons qui étayent la conclusion du gouverneur en conseil et la partie du dossier qui concerne les quatre prétentions des Ts'elxwéyeqw, il ressort clairement que ces dernières ne sont pas fondées. Pour chacune, à l'exception de la question juridique qui sous-tend la quatrième prétention, on nous demande essentiellement de privilégier le récit et l'évaluation des consultations des Ts'elxwéyeqw à ceux du Canada, et ce sans nous expliquer pourquoi (comparer les paragraphes 95 à 110 du mémoire des Ts'elxwéyeqw aux paragraphes 215 à 233 du mémoire du Canada). En effet, lorsqu'on examine le dossier pour confronter les quatre prétentions des Ts'elxwéyeqw aux réponses du Canada, le récit des consultations présenté par le Canada doit être privilégié. Il s'agit du sujet que nous abordons dans les paragraphes qui suivent.

1) Le Canada a adéquatement tenu compte de l'ECI et des 89 recommandations

[210] Dans l'arrêt *TWN 2018*, la Cour estimait que le Canada avait fait complètement fi de l'ECI et des 89 recommandations (paragraphe 712) :

> […] 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.

[211] Au cours de la nouvelle ronde de consultations, le Canada et Trans Mountain ont tous deux produit un rapport répondant à chacune des 89 recommandations soulevées dans l'ECI. Le rapport de Trans Mountain explique comment les renseignements provenant de l'ECI et de l'évaluation d'ensemble du patrimoine culturel ont été intégrés aux plans environnementaux de Trans Mountain (affidavit de Keri Ardell, paragraphe 86, dossier des Ts'elxwéyeqw, page 603). Le rapport du Canada indique les conditions, engagements et mesures d'accommodement précises qui répondent à chacune des 89 recommandations. C'est ce que montre le tableau sur lequel sont inscrites les mesures prises par le Canada

2020 FCA 34 (CanLII)

The bolded numbers in the table highlight the additional actions, measures or commitments that were taken as a result of the renewed consultation process. When regard is had to the changes highlighted in this table, it cannot be said that Canada failed to grapple with the 89 recommendations (Dekker affidavit, paragraphs 8–9, Canada record, page 09572; Exhibit A to the Dekker affidavit, Canada record, pages 13092–13099).

[212] Ts'elxwéyeqw further argues that both ICA response reports were received too late in the process to allow for a meaningful response on its part given its limited resources (memorandum of Ts'elxwéyeqw, paragraph 102(e)). The Crown ICA report, however, came on March 6, 2019 whereas Trans Mountain's was provided on April 30, 2019. Ts'elxwéyeqw asserts that "[w]orkshops were a necessary component to begin to address the 89 Recommendations, and would provide an opportunity to review the mitigation and management strategies that Canada and [Trans Mountain] proposed to address [its] concerns" (memorandum of Ts'elxwéyeqw, paragraph 101). However, Ts'elxwéyeqw insisted that it could not participate in workshops to discuss Canada's analysis without first having Trans Mountain's updated ICA responses. Mindful of the fact that the renewed consultation process was not open-ended, Canada instead took the position that the Crown ICA report was a proper starting point to guide further collaborative discussions (Dekker affidavit, paragraph 57, Canada record, page 09592). Although Ts'elxwéyeqw does not agree with Canada's approach, it has not shown that it was inappropriate or in any way unreasonable.

[213] Given Ts'elxwéyeqw's refusal to participate in workshops in early March, Canada waited for Trans Mountain's responses to the ICA before holding the workshops. All were held in May 2019. Canada asserts that the workshops resulted in substantive feedback and discussion (memorandum of Canada, paragraph 219). Ts'elxwéyeqw controlled the agenda, which spoke to a

pour examiner les incidences potentielles du projet (mémoire du Canada, paragraphe 224). Les chiffres en caractères gras dans le tableau indiquent les actions, mesures et engagements supplémentaires pris par suite de la nouvelle ronde de consultations. Au vu des changements soulignés dans le tableau, on ne saurait dire que le Canada n'a pas tenu compte des 89 recommandations (affidavit de Corey Dekker, paragraphes 8 et 9, dossier du Canada, page 09572; pièce A de l'affidavit de Corey Dekker, dossier du Canada, pages 13092 à 13099).

[212] Les Ts'elxwéyeqw affirment également qu'ils ont reçu les deux rapports présentés en réponse à l'ECI trop tard pour leur permettre d'y opposer une véritable réponse, vu leurs moyens limités (mémoire des Ts'elxwéyeqw, paragraphe 102(e)). Le rapport de la Couronne sur l'ECI, toutefois, a été reçu le 6 mars 2019, tandis que celui de Trans Mountain, le 30 avril 2019. Les Ts'elxwéyeqw soutiennent que des [TRADUCTION] « [a]teliers étaient nécessaires pour l'étude des 89 recommandations et donneraient l'occasion de prendre connaissance des stratégies d'atténuation et de gestion des risques que proposaient le Canada et [Trans Mountain] pour répondre à [leurs] préoccupations » (mémoire des Ts'elxwéyeqw, paragraphe 101). Cependant, les Ts'elxwéyeqw ont refusé de participer à des ateliers pour discuter de l'analyse réalisée par le Canada tant qu'ils ne disposeraient pas des réponses mises à jour de Trans Mountain à l'ECI. Conscient que la nouvelle ronde de consultations n'était pas indéfinie, le Canada était plutôt d'avis que le rapport de la Couronne sur l'ECI constituait un bon point de départ susceptible d'orienter les discussions communes qui s'ensuivraient (affidavit de Corey Dekker, paragraphe 57, dossier du Canada, page 09592). Même si les Ts'elxwéyeqw ne souscrivent pas à la démarche proposée par le Canada, ils n'ont pas démontré qu'elle était inadéquate ou déraisonnable de quelque manière que ce soit.

[213] Vu le refus des Ts'elxwéyeqw de participer aux ateliers au début de mars, le Canada a attendu les réponses de Trans Mountain à l'ECI avant d'en organiser la tenue. Ils se sont tous déroulés en mai 2019. Selon le Canada, les ateliers ont donné lieu à une rétroaction et à des discussions considérables (mémoire du Canada, paragraphe 219). Les Ts'elxwéyeqw avaient établi l'ordre

2020 FCA 34 (CanLII)

wide array of issues contained in the ICA. Despite having delayed the holding of the workshops, Ts'elxwéyeqw did have an opportunity to provide input on the draft report, and to dialogue on Canada's analysis, when the workshops finally took place.

[214] Moreover, Canada's goal was to present to the Governor in Council a joint report on the 89 recommendations. The record shows that multiple efforts were made toward that end. On May 7, 2019, Canada provided Ts'elxwéyeqw with a draft table of contents and proposed a teleconference to explore whether there could initially be an agreement as to the contents. Ts'elxwéyeqw indicated they would comment, but did not (Dekker affidavit, paragraphs 70, 76, Canada record, pages 09597, 09600). On May 28, 2019, Canada made another attempt to discuss how to best move forward with making joint submissions incorporating the work done by Canada, Trans Mountain and Ts'elxwéyeqw on addressing the 89 recommendations (Dekker affidavit, paragraph 85, Canada record, page 09605). This attempt also proved to be unsuccessful. Ultimately, Canada nonetheless ensured that the final Crown ICA report and the CCAR, which were provided to the Governor in Council in order to inform its decision, reflected the feedback received, including that conveyed at all workshops and in written responses provided by Ts'elxwéyeqw.

[215] In the end, there is no support for Ts'elxwéyeqw's contention that Canada failed to adequately engage with the ICA and the 89 recommendations.

(2) Canada's accommodation measures cannot be said to be generic, conceptual, and not specific, or to rely heavily on future commitments

[216] On their face, all six measures proposed during the course of the renewed consultation process (see paragraphs 198 to 203 above) are particularized and specific to Ts'elxwéyeqw or the Stó:lō.

du jour, qui énumérait une variété de questions issues de l'ECI. Même si les Ts'elxwéyeqw avaient retardé la tenue des ateliers, ils ont tout de même eu l'occasion de présenter leurs commentaires sur l'ébauche de rapport et d'échanger sur l'analyse réalisée par le Canada, quand les ateliers se sont finalement déroulés.

[214] En outre, le Canada entendait présenter un rapport conjoint sur les 89 recommandations au gouverneur en conseil. Suivant le dossier, beaucoup d'efforts tendaient vers ce but. Le 7 mai 2019, le Canada a fourni aux Ts'elxwéyeqw l'ébauche de la table des matières et a proposé la tenue d'une conférence téléphonique visant à tâter le pouls des intéressés sur la possibilité d'une entente quant au contenu. Les Ts'elxwéyeqw ont répondu qu'ils allaient faire des commentaires, mais n'en ont rien fait (affidavit de Corey Dekker, paragraphes 70 et 76, dossier du Canada, pages 09597 et 09600). Le 28 mai 2019, le Canada a tenté en vain d'ouvrir à nouveau la discussion sur la présentation de remarques conjointes sur les travaux réalisés par le Canada, Trans Mountain et les Ts'elxwéyeqw à l'égard des 89 recommandations (affidavit de Corey Dekker, paragraphe 85, dossier du Canada, page 09605). Finalement, le Canada a néanmoins veillé à ce que le rapport final de la Couronne sur l'ECI et le RCAC, qui ont été présentés au gouverneur en conseil et servaient à éclairer sa décision, traduisaient les commentaires reçus, y compris ceux issus des ateliers et les réponses écrites fournies par les Ts'elxwéyeqw.

[215] Enfin, rien n'étaye la prétention des Ts'elxwéyeqw suivant laquelle le Canada n'a pas adéquatement tenu compte de l'ECI et des 89 recommandations.

2) On ne saurait dire des mesures d'accommodement proposées par le Canada qu'elles sont générales, conceptuelles et non adaptées ni qu'elles sont en grande partie subordonnées à des engagements futurs

[216] *A priori*, les six mesures proposées au cours de la nouvelle ronde de consultations (voir les paragraphes 198 à 203 des présents motifs) sont détaillées et propres aux Ts'elxwéyeqw ou aux Stó:lō.

2020 FCA 34 (CanLII)

[217] In order to illustrate the point that the measures taken by Canada to address its concerns are "generic, conceptual and non-responsive", Ts'elxwéyeqw refers to *TWN 2018*, at paragraph 653, where this Court commented on specific measures put in place during the initial consultation process. It omits to point out that these measures were aimed at assuaging the concerns of Tsleil-Waututh. Ts'elxwéyeqw also cites paragraphs 660, 661, 668 and 735 of *TWN 2018*. Again these comments concerned measures pertaining to Tsleil-Waututh's, Squamish's and Upper Nicola's experiences. Paragraph 703 in *TWN 2018* is the only cited paragraph that relates to the Stó:lō, where this Court found that Canada had failed to provide for a new condition that would ensure the presence of local Indigenous monitors. As explained earlier, this flaw, insofar as it relates to Ts'elxwéyeqw, has been remedied by the commitment to hire a Ts'elxwéyeqw monitor selected by Ts'elxwéyeqw.

[217] Pour illustrer sa thèse suivant laquelle les mesures prises par le Canada pour répondre à leurs préoccupations sont [TRADUCTION] « générales, conceptuelles et non adaptées », les Ts'elxwéyeqw renvoient à l'arrêt *TWN 2018*, au paragraphe 653, où la Cour commente les mesures mises en œuvre au cours du processus de consultation initial. Ils oublient de mentionner que ces mesures visaient à répondre aux préoccupations des Tsleil-Waututh. Les Ts'elxwéyeqw renvoient également aux paragraphes 660, 661, 668 et 735 du même arrêt. Dans ce cas également, ces passages concernaient des mesures visant l'expérience des Tsleil-Waututh, des Squamish et des Upper Nicola. Le paragraphe 703 de la décision est le seul qui s'applique aux Stó:lō parmi ceux qu'ils invoquent. Dans ce passage, la Cour estime que le Canada n'a pas ajouté de condition qui assurerait la présence de surveillants autochtones choisis localement. Comme nous l'expliquons plus haut, cette lacune a été corrigée dans le cas des Ts'elxwéyeqw : l'engagement a été pris d'embaucher un surveillant issu des Ts'elxwéyeqw, choisi par ces derniers.

[218] Additionally, Ts'elxwéyeqw makes sweeping allegations to the effect that Canada did not consider whether the accommodation measures will actually materialize, whether they respond to concerns that are specific to Ts'elxwéyeqw or whether the forward-looking measures will be enforceable so as to lead to actual mitigation of Project impacts (memorandum of Ts'elxwéyeqw, paragraph 110). These submissions are, however, difficult if not impossible to assess because in making them Ts'elxwéyeqw fails to refer to the record or to specify the measures that it targets. It further argues that "commitments to send reports … are also not a commitment to meaningfully implement adequate mitigation measures" (memorandum of Ts'elxwéyeqw, paragraph 110). Here again, it fails to refer to the record—we are again left in the dark as to what exactly is being argued. No further enlightenment was provided in oral argument. These unsubstantiated assertions do nothing to show that the Governor in Council's approval of the Project was unreasonable.

[218] En outre, les Ts'elxwéyeqw soulèvent des prétentions exagérées, soit que le Canada ne se préoccupait pas de savoir si les mesures d'accommodement allaient bel et bien se matérialiser, si elles répondaient aux préoccupations propres aux Ts'elxwéyeqw ou si les mesures futures étaient susceptibles d'exécution de sorte qu'elles puissent atténuer véritablement les incidences du projet (mémoire des Ts'elxwéyeqw, paragraphe 110). Ces prétentions sont difficiles, voire impossibles, à évaluer, car les Ts'elxwéyeqw ne renvoient pas au dossier et ne précisent pas les mesures qu'ils visent dans leurs prétentions. Ils affirment en outre [TRADUCTION] « que s'engager à présenter des rapports […] n'équivaut pas non plus à s'engager à véritablement mettre en œuvre des mesures d'atténuation adéquates » (mémoire des Ts'elxwéyeqw, paragraphe 110). Cette prétention ne renvoie pas non plus au dossier; nous ne savons donc pas exactement ce qu'ils font valoir. Leur plaidoirie ne nous a pas permis d'y voir plus clair. Ces prétentions non étayées ne permettent aucunement de démontrer que l'approbation du projet par le gouverneur en conseil était déraisonnable.

[219] Similarly, Ts'elxwéyeqw argues that some of the accommodations that were proposed to it were also

[219] De même, les Ts'elxwéyeqw affirment que certaines des mesures d'accommodement qui leur avaient

2020 FCA 34 (CanLII)

extended to the other applicants, thereby suggesting that these accommodations are unresponsive to its specific concerns (memorandum of Ts'elxwéyeqw, paragraph 109). There is, however, nothing wrong with Canada attempting to address concerns that are common to more than one Indigenous group through a common measure (Exhibit A to the Dekker affidavit, Canada record, pages 10585–10604). This is particularly so given the brief and efficient process envisaged in *TWN 2018*.

[220] We note in this respect that nearly all the measures alluded to by Ts'elxwéyeqw are either joint initiatives between Canada and Indigenous groups, or funding measures for Indigenous-led studies to better understand potential Project-related impacts (Exhibit A to the Dekker affidavit, Canada record, pages 10603–10604). Accommodation measures that are to be co-developed with Ts'elxwéyeqw cannot be labelled as "vague" and "not specific".

(3) The accommodation measures implemented by Canada address the shortcomings identified in *TWN 2018*

[221] When regard is had to the first of the six measures proposed by Canada to remedy the shortcomings highlighted in *TWN 2018*—proper consideration of the ICA—it is apparent from the earlier analysis that the accommodation measures taken by Canada to respond to the ICA and the 89 recommendations were anything but "generic, conceptual, [and] not specific". As to the sixth measure, the question whether Canada adequately considered Ts'elxwéyeqw's established fishing right is addressed and answered in paragraphs 245 to 253 below.

[222] The fifth measure—the amendment of NEB Condition 6—although not exclusive to Ts'elxwéyeqw or the Stó:lō, operates to their benefit. This measure makes Trans Mountain's commitments binding and enforceable. It was advanced in response to this Court's concern in *TWN 2018* that Trans Mountain had a history of not following through with its commitments (*TWN 2018*,

été proposées avaient également été offertes à d'autres demanderesses, ce qui laisse entendre qu'elles n'étaient pas adaptées à leurs préoccupations propres (mémoire des Ts'elxwéyeqw, paragraphe 109). Or, on ne peut reprocher au Canada d'avoir tenté de répondre à des préoccupations que partagent plus d'un groupe autochtone par le truchement d'une même mesure (pièce A de l'affidavit de Corey Dekker, dossier du Canada, pages 10585 à 10604). Tout particulièrement compte tenu du processus bref et efficace envisagé dans l'arrêt *TWN 2018*.

[220] Soulignons à cet égard que presque toutes les mesures mentionnées par les Ts'elxwéyeqw constituent soit des initiatives de collaboration entre le Canada et les groupes autochtones, soit du financement offert aux groupes autochtones pour entreprendre des études visant à comprendre davantage les incidences possibles du projet (pièce A de l'affidavit de Corey Dekker, dossier du Canada, pages 10603 à 10604). Les mesures d'accommodement qui seront élaborées en collaboration avec les Ts'elxwéyeqw ne sauraient être qualifiées de « vagues » et « non adaptées ».

3) Les mesures d'accommodement mises en œuvre par le Canada pallient les lacunes relevées dans l'arrêt *TWN 2018*

[221] Si l'on examine la première des six mesures proposées par le Canada pour pallier les lacunes relevées dans l'arrêt *TWN 2018*, soit un examen en bonne et due forme de l'ECI, il ressort de l'analyse précédente que les mesures d'accommodement prises par le Canada pour répondre à l'ECI et aux 89 recommandations étaient tout sauf « générales, conceptuelles [et] non adaptées ». Quant à la sixième mesure, la question de savoir si le Canada a véritablement tenu compte du droit de pêche établi des Ts'elxwéyeqw est examinée et tranchée aux paragraphes 245 à 253 des présents motifs.

[222] La cinquième mesure, celle qui concerne la modification de la condition 6 établie par l'Office, bien qu'elle ne soit exclusive aux Ts'elxwéyeqw ou aux Stó:lō, joue tout de même en faveur de ces derniers. Cette mesure rend exécutoires les engagements pris par Trans Mountain. Elle a été mise de l'avant en réponse à la préoccupation énoncée par la Cour dans l'arrêt *TWN*

2020 FCA 34 (CanLII)

paragraph. 715). Insofar as amended Condition 6 makes any commitment tailored to Ts'elxwéyeqw's concerns enforceable, it cannot reasonably be contended that such an accommodation is "vague" or "conceptual".

2018 voulant que Trans Mountain était réputée ne pas respecter ses engagements (*TWN 2018*, paragraphe 715). Si la condition 6 modifiée permet d'assurer le respect de tout engagement susceptible de répondre aux besoins des Ts'elxwéyeqw, on ne peut raisonnablement affirmer que pareille mesure d'accommodement est « vague » ou « conceptuelle ».

[223] By the same token, the fact that some of these commitments have a post-approval impact is not a ground for complaint. What matters is that the CER has been vested with the responsibility of ensuring that Trans Mountain's commitments are complied with.

[223] De même, le fait que certains des engagements n'auront effet qu'après l'approbation ne saurait justifier un mécontentement. Ce qui importe, c'est que la Régie est investie de la responsabilité de vérifier que Trans Mountain respecte ses engagements.

[224] Further, no direct argument is made by Ts'elxwéyeqw about the lack of responsiveness or specificity of the second, third and fourth accommodation measures proposed during the renewed consultation process. We nevertheless offer a few comments.

[224] De plus, les Ts'elxwéyeqw ne présentent aucun argument reprochant directement le manque d'adéquation des deuxième, troisième et quatrième mesures d'accommodement proposées au cours de la nouvelle ronde de consultations. Nous offrons néanmoins quelques remarques.

[225] The second and fourth accommodation measures are on their face specific and responsive to the precise flaws identified in*TWN 2018*—that Canada failed to address the Stó:lō's position that Lightning Rock is a "no go" area and failed to accommodate the request to select Indigenous monitors. Nothing more needs to be said as to their adequacy. The third accommodation measure—the inclusion of Stó:lō cultural sites in the Project design—requires some elaboration.

[225] *A priori*, les deuxième et quatrième mesures d'accommodement sont précises et répondent aux lacunes relevées dans l'arrêt *TWN 2018*, c'est-à-dire que le Canada n'a pas tenu compte de l'argument des Stó:lō selon lequel Lightning Rock devait être une zone interdite et n'a pas donné suite au désir exprimé quant au choix de surveillants autochtones. Point n'est besoin d'en dire davantage à ce sujet. La troisième mesure d'accommodement, à savoir l'inclusion des sites culturels des Stó:lō dans la conception du projet, nécessite qu'on s'y attarde.

[226] This measure was devised in response to Canada's earlier failure, identified in *TWN 2018*, to ensure that the Stó:lō cultural sites were incorporated into the Project design. Specifically, Canada had failed to meaningfully engage with the Stó:lō on their traditional knowledge, including the location of Stó:lō cultural sites (*TWN 2018*, paragraphs 712, 715). In contrast, this accommodation is demonstrably the by-product of a meaningful two-way dialogue about the protection of Stó:lō cultural sites along the Project corridor.

[226] Cette mesure a été adoptée parce que le Canada n'avait pas veillé à ce que les sites culturels des Stó:lō soient inclus dans la conception du projet, ce que la Cour avait remarqué dans l'affaire *TWN 2018*. Plus particulièrement, le Canada n'avait pas véritablement tenu compte des connaissances traditionnelles des Stó:lō, y compris l'emplacement de leurs sites culturels (*TWN 2018*, paragraphes 712 et 715). En revanche, cette mesure d'accommodement résulte manifestement d'un véritable dialogue sur la protection des sites culturels des Stó:lō le long du couloir qu'empruntera le projet.

[227] Indeed, the environmental alignment sheets, to be used by Trans Mountain during construction, were

[227] En effet, les cartes-tracés environnementales dont se servira Trans Mountain pendant les travaux ont

2020 FCA 34 (CanLII)

modified to include the location of Stó:lō cultural sites identified by Ts'elxwéyeqw. We note as well that commitments made by Trans Mountain are in place to work with Ts'elxwéyeqw to ensure each site will be adequately protected.

[228] These commitments include ensuring Stó:lō sites are included in Trans Mountain's final alignment sheets used during construction; updating Trans Mountain's Resource Specific Mitigation Tables to ensure that mitigation measures are specific to various types of cultural sites; providing Stó:lō representatives opportunities to deliver cultural awareness training to Trans Mountain staff and contractors; incorporating information regarding the cultural site boundaries identified by Stó:lō when considering appropriate mitigation measures; and meeting with Stó:lō to discuss timeframes for construction that respect Stó:lō cultural practices and events (Exhibit A to the Dekker affidavit, Canada record, pages 12779–12780). Beyond these commitments, amended NEB Condition 100 provides that Trans Mountain must take mitigation measures to reduce or eliminate, to the extent possible, Project effects on cultural sites during construction. Additionally, as noted above, Canada offered a further $250 000 in funding to facilitate the protection of cultural sites, through the Terrestrial Studies Initiative.

[229] It can be seen from this review that the measures proposed by Canada to address the particular shortcomings identified by this Court in *TWN 2018* were neither generic nor vague. Given that Ts'elxwéyeqw has not pointed to any precise measure proposed during the renewed consultations—aside from the measures common to more than one group dealt with above—that would be unresponsive to its concerns, we see no reason to conclude that the Governor in Council's decision was unreasonable (memorandum of Ts'elxwéyeqw, paragraphs 107–109).

[230] We are satisfied that it was open to the Governor in Council to conclude that the consultations conducted

été modifiées de sorte qu'y figurent dorénavant les sites culturels des Stó:lō indiqués par les Ts'elxwéyeqw. Nous signalons également que Trans Mountain a pris des engagements en vue de collaborer avec les Ts'elxwéyeqw pour veiller à la protection adéquate de chaque site.

[228] Au nombre de ces engagements, signalons notamment qu'on veillera à ce que les sites des Stó:lō figurent sur les cartes-tracés finales qui serviront à Trans Mountain pendant les travaux; on mettra à jour les tableaux de mesures d'atténuation propres aux ressources de Trans Mountain pour faire en sorte que les mesures d'accommodement soient adaptées aux divers types de sites culturels; on donnera aux représentants des Stó:lō l'occasion de présenter des séances de formation sur la sensibilisation culturelle au personnel de Trans Mountain et à ses sous-traitants; on tiendra compte des renseignements sur les bornes des sites culturels fournis par les Stó:lō quand il est question d'envisager les mesures d'atténuation qui conviennent; on discutera avec les Stó:lō des délais des travaux qui respectent leurs coutumes et activités culturelles (pièce A de l'affidavit de Corey Dekker, dossier du Canada, pages 12779 à 12780). Outre ces engagements, la condition 100 modifiée oblige Trans Mountain à prendre des mesures d'atténuation pour réduire dans la mesure du possible, voire éviter complètement, les effets du projet sur les sites culturels pendant les travaux. En outre, comme nous le mentionnons plus haut, le Canada a offert 250 000 $ de plus pour améliorer la protection des sites culturels, grâce à l'initiative relative aux études terrestres.

[229] Il ressort de l'analyse qui précède que les mesures proposées par le Canada pour pallier les lacunes précises relevées par la Cour dans l'arrêt *TWN 2018* n'étaient ni générales ni vagues. Étant donné que les Ts'elxwéyeqw n'ont pas soulevé de mesure précise proposée durant la nouvelle ronde de consultations, hormis celles qui concernaient plus d'un groupe et dont nous discutons plus haut, qui ne répond pas à leurs préoccupations, rien ne nous permet de conclure que la décision du gouverneur en conseil était déraisonnable (mémoire des Ts'elxwéyeqw, paragraphes 107 à 109).

[230] Nous sommes convaincus qu'il était loisible au gouverneur en conseil de conclure que les consultations

2020 FCA 34 (CanLII)

in the aftermath of *TWN 2018* have been adequate and have resulted in measures that address Ts'elxwéyeqw's concerns in a meaningful way.

(4) Canada re-initiated consultations in a timely manner and did not truncate their execution

[231] Ts'elxwéyeqw argues first that Canada spent months establishing how the re-initiated consultations would take place and then "sped through execution", thereby denying Ts'elxwéyeqw the opportunity for meaningful two-way dialogue (memorandum of Ts'elxwéyeqw, paragraph 95). It also contends that in imposing this timeline on Ts'elxwéyeqw, Canada overlooked the fact that in contrast with Canada and Trans Mountain, it has limited capacity in terms of staff, knowledge holders and leaders, and that all of these individuals had other responsibilities to attend to (memorandum of Ts'elxwéyeqw, paragraph 97).

[232] Ts'elxwéyeqw first blames Canada for "sitting on its hands" from September 2018, when the Order in Council referring the matter back to the NEB for reconsideration was issued, to January 2019, when the first face-to-face meeting with representatives of Canada took place (Exhibit A to the Dekker affidavit, Canada record, page 12445; memorandum of Ts'elxwéyeqw, paragraphs 29–38). In response, Canada acknowledges that during the initial months, it was putting in place a team from across the federal government, and conducting significant preparatory work. It also points out that meetings did take place before January, namely one with Minister Sohi in early October 2018 and a roundtable discussion headed by former Justice Frank Iacobucci on December 11, 2018.

[233] As well, it is useful to recall that the Governor in Council also referred the matter back to the NEB for reconsideration so that Project-related marine shipping impacts could be taken into account (Order in Council, page 3, fourth whole paragraph). Ts'elxwéyeqw participated extensively in the Reconsideration Hearing as an intervener and repeatedly raised its limited capacity to engage in multiple activities at once with both the NEB through the Reconsideration Hearing and with

menées par suite de l'arrêt *TWN 2018* étaient adéquates et ont abouti à des mesures qui répondent véritablement aux préoccupations des Ts'elxwéyeqw.

4) Le Canada n'a pas tardé à reprendre les consultations et n'en a pas écourté la réalisation

[231] Les Ts'elxwéyeqw soutiennent d'abord que le Canada a mis des mois à établir les paramètres de la nouvelle ronde de consultations pour ensuite en [TRADUCTION] « hâter l'exécution », ce qui les a privés de la tenue d'un véritable dialogue (mémoire des Ts'elxwéyeqw, paragraphe 95). Ils affirment également qu'en leur imposant ces délais, le Canada a négligé le fait qu'ils disposent de ressources limitées, contrairement au Canada et à Trans Mountain, en fait de personnel, de détenteurs du savoir traditionnel ou de dirigeants, et que toutes ces personnes devaient vaquer à d'autres obligations (mémoire des Ts'elxwéyeqw, paragraphe 97).

[232] Tout d'abord, les Ts'elxwéyeqw accusent le Canada de s'être [TRADUCTION] « tourné les pouces » de septembre 2018, quand le décret renvoyant l'affaire à l'Office pour réexamen a été délivré, à janvier 2019, quand la première réunion avec les représentants du Canada a eu lieu (pièce A de l'affidavit de Corey Dekker, dossier du Canada, page 12445; mémoire des Ts'elxwéyeqw, paragraphes 29 à 38). En réponse, le Canada reconnaît qu'au cours des premiers mois, il s'affairait à assembler une équipe formée de représentants de divers secteurs de l'administration fédérale et à mener d'importants travaux préparatoires. Il souligne également la tenue de réunions avant janvier, dont une au début du mois d'octobre 2018 avec le ministre Sohi ainsi qu'une table ronde présidée par l'ancien juge Frank Iacobucci, qui s'est déroulée le 11 décembre 2018.

[233] En outre, il est utile de rappeler que le gouverneur en conseil a également renvoyé l'affaire à l'Office pour réexamen à la lumière des répercussions du transport maritime découlant du projet (décret, page 3, quatrième paragraphe entier). Les Ts'elxwéyeqw ont participé activement à l'audience de réexamen à titre d'intervenants et ont rappelé à maintes reprises, à l'Office lors de l'audience de réexamen et au Canada directement, qu'ils n'avaient pas les ressources suffisantes pour

2020 FCA 34 (CanLII)

Canada directly (memorandum of Ts'elxwéyeqw, paragraphs 27, 56; Ardell affidavit, paragraphs 23–25, 31, Ts'elxwéyeqw record, pages 582–584). Beyond the fact that the consultation process could not be fully operative instantly (memorandum of Canada, paragraphs 21–22), it would have been inappropriate for Canada to require Ts'elxwéyeqw to engage in more substantive discussion while the NEB process was on-going. Moreover, this Court explained in *TWN 2018* that Phase III of the consultation process was designed to address any outstanding concerns following the NEB hearing process (Phase II), and provide Canada with the opportunity to propose appropriate accommodation measures to remedy these issues (*TWN 2018*, paragraph 530). Canada cannot be faulted for engaging with Ts'elxwéyeqw more intensively following the NEB process.

[234] Ts'elxwéyeqw further contends that once Phase III was re-initiated, Canada truncated its execution. At the first consultation meeting held on January 17, 2019, Ts'elxwéyeqw and Canada agreed that the ICA was a critical part of the renewed consultations and that the technical workshops would provide an opportunity to review mitigation measures proposed by Canada and Trans Mountain. Also essential to addressing the 89 recommendations was the Crown ICA responses. As noted earlier, Ts'elxwéyeqw insisted on waiting for Trans Mountain's updated ICA responses to hold the workshops on the ICA despite having Canada's analysis of the ICA in hand since early March 2019. Ts'elxwéyeqw insists that it was "always clear that it was only after receiving and having adequate time to review information such as the Crown ICA Response, [and] the [Trans Mountain] ICA Response … that … [w]orkshops could be held" (memorandum of Ts'elxwéyeqw, paragraph 101). Instead, a review of the record suggests that Ts'elxwéyeqw was engaged in a delay exercise.

[235] Indeed, Canada was ready and willing to hold the first workshop on February 20, 2019, but Ts'elxwéyeqw declined (Exhibit M to the Ardell affidavit, Ts'elxwéyeqw record, page 1307):

mener à bien de multiples tâches en même temps (mémoire des Ts'elxwéyeqw, paragraphes 27 et 56, affidavit de Keri Ardell, paragraphes 23 à 25 et 31; dossier des Ts'elxwéyeqw, pages 582 à 584). Mis à part l'impossibilité de reprendre sur-le-champ les consultations (mémoire du Canada, paragraphes 21 à 22), il n'aurait pas été judicieux que le Canada exige la participation des Ts'elxwéyeqw à de plus amples discussions avant la fin du processus de l'Office. Qui plus est, la Cour explique dans l'arrêt *TWN 2018* que l'étape III des consultations a été conçue pour répondre aux préoccupations qui demeurent après la procédure d'audience de l'Office (étape II) et donne au Canada l'occasion de proposer des mesures d'accommodement convenables pour y remédier (*TWN 2018*, paragraphe 530). On ne peut reprocher au Canada d'avoir accru sa collaboration avec les Ts'elxwéyeqw après le processus devant l'Office.

[234] Les Ts'elxwéyeqw soutiennent également qu'une fois que l'étape III a été enclenchée à nouveau, le Canada en a écourté la réalisation. À leur première réunion de consultation, le 17 janvier 2019, les Ts'elxwéyeqw et le Canada ont convenu que l'ECI jouerait un rôle essentiel dans la nouvelle série de consultations et que les ateliers techniques allaient donner l'occasion de prendre connaissance des mesures d'atténuation des risques proposées par le Canada et Trans Mountain. En outre, les réponses de la Couronne à l'ECI étaient essentielles à la mise en œuvre des 89 recommandations. Comme nous le mentionnons plus haut, les Ts'elxwéyeqw ont refusé de tenir les ateliers sur l'ECI avant de disposer des réponses mises à jour de Trans Mountain à l'ECI, et ce même s'ils avaient, depuis le début du mois de mars 2019, l'analyse de l'ECI réalisée par le Canada. Selon les Ts'elxwéyeqw, il [TRADUCTION] « ne faisait aucun doute que ce ne serait qu'après avoir reçu les renseignements comme la réponse de la Couronne à l'ECI [et] la réponse à l'ECI [de Trans Mountain] […], et avoir eu suffisamment de temps pour en prendre connaissance que [d]es ateliers pourraient être tenus » (mémoire des Ts'elxwéyeqw, paragraphe 101). Or, il ressort du dossier qu'il s'agissait de manœuvres dilatoires de la part des Ts'elxwéyeqw.

[235] En effet, le Canada était disposé à tenir le premier atelier le 20 février 2019, mais les Ts'elxwéyeqw ont refusé d'y assister, (pièce M de l'affidavit de Keri Ardell, dossier des Ts'elxwéyeqw, page 1307) :

2020 FCA 34 (CanLII)

> In order for the Tribe to identify the right individuals to form part of our working group, we would like to see the responses from the various Federal departments on the ICA/89 recommendations which we understand is not going to be available to circulate to us until February 15. This does not leave us sufficient time to review and ensure all of the right people can be present on the 20th. [Emphasis added.]

[236] Canada agreed by email on the same day, noting it was available February 25 to February 28 to hold the first workshop (Exhibit M to the Ardell affidavit, Ts'elxwéyeqw record, page 1306).

[237] On February 14, 2019, Canada sent draft agendas for the workshops to Ts'elxwéyeqw for comment and asked Ts'elxwéyeqw to confirm whether it was available for the first two technical workshops in the week of March 4 to March 8, 2019 and the week of March 25 to April 1, 2019 (Exhibit M to the Ardell affidavit, Ts'elxwéyeqw record, page 1318). On February 22, 2019, Ts'elxwéyeqw responded that it would get back to Canada once it had reviewed the agenda and considered the potential dates (Exhibit A to the Dekker affidavit, Canada record, page 10290).

[238] Ts'elxwéyeqw emailed Canada three days later and stated that it could not yet meet (Exhibit R to the Ardell affidavit, Ts'elxwéyeqw record, pages 1341–1342):

> The Tribe has taken steps to identify and coordinate the individuals who will form part of the technical working group; however, we have not received Canada's comments on the ICA and 89 recommendations which is critical for the working group to move forward in a timely way. If you can provide an update on the timing for us to receive this, it will assist in scheduling the first working group meeting and ensuring that all of the appropriate individuals have been identified. [Emphasis added.]

[239] Canada replied that the first draft would be issued before the first workshop was held and, during a teleconference that took place on March 1, 2019, it committed to providing Ts'elxweyeqw with this document

> [TRADUCTION] Pour que la tribu nomme les bonnes personnes à son groupe de travail, nous souhaiterions prendre connaissance des réponses des divers ministères fédéraux à l'égard de l'ECI et des 89 recommandations. Nous avons été informés qu'elles ne nous seraient pas transmises avant le 15 février. Nous ne disposons pas de suffisamment de temps pour les lire et faire en sorte que toutes les bonnes personnes soient présentes le 20. [Non souligné dans l'original.]

[236] Le Canada a accepté par courriel le même jour et a précisé la possibilité de tenir le premier atelier entre le 25 et le 28 février (pièce M de l'affidavit de Keri Ardell, dossier des Ts'elxwéyeqw, page 1306).

[237] Le 14 février 2019, le Canada a transmis les ordres du jour provisoires des ateliers aux Ts'elxwéyeqw pour solliciter leurs commentaires. Il demandait également aux Ts'elxwéyeqw de confirmer leurs disponibilités pour les deux premiers ateliers techniques prévus pour la semaine du 4 au 8 mars 2019 et celle du 25 mars au 1er avril (pièce M de l'affidavit de Keri Ardell, dossier des Ts'elxwéyeqw, page 1318). Le 22 février 2019, les Ts'elxwéyeqw ont répondu qu'ils allaient d'abord prendre connaissance des ordres du jour et des dates proposées (pièce A de l'affidavit de Corey Dekker, dossier du Canada, page 10290).

[238] Les Ts'elxwéyeqw ont informé le Canada par courriel trois jours plus tard qu'ils ne pouvaient toujours pas assister à une rencontre (pièce R de l'affidavit de Keri Ardell, dossier des Ts'elxwéyeqw, pages 1341 à 1342) :

> [TRADUCTION] La tribu a commencé à trouver et à coordonner les personnes qui composeront le groupe de travail technique; cependant, nous n'avons pas reçu les commentaires du Canada sur l'ECI et les 89 recommandations, qui sont essentiels à la bonne marche des activités du groupe de travail. Si vous pouvez nous informer de la date à laquelle vous envisagez de nous les transmettre, nous serions en mesure de planifier la première réunion du groupe de travail et de veiller à ce que les bonnes personnes y soient conviées. [Non souligné dans l'original.]

[239] Le Canada a répondu que la première ébauche leur serait transmise avant la tenue du premier atelier et, au cours d'une conférence téléphonique qui s'est tenue le 1er mars 2019, il s'est engagé à la leur fournir au plus

2020 FCA 34 (CanLII)

by March 6, 2019, which it did (Dekker affidavit, paragraphs 42, 44(c), 45, Canada record, pages 9584, 9586).

[240] On March 18, 2019, Ts'elxwéyeqw sent a letter (dated March 14, 2019) to Prime Minister Justin Trudeau outlining its outstanding concerns with the renewed consultation. On the topic of the technical workshops, it decried the fact that Canada had only submitted its responses in March, despite having the ICA for five years (Exhibit P to the Jimmie affidavit, Ts'elxwéyeqw record, page 90). During a teleconference held on the same day between Canada and Ts'elxwéyeqw, Canada again requested confirmation of dates when the workshops could take place, but Ts'elxwéyeqw advised "that they intend[ed] to consult internally … and that they were unable to commit to dates at that time" (Exhibit A to the Dekker affidavit, Canada record, page 12447).

[241] Canada again tried to schedule the technical workshops on March 21, 2019, but Ts'elxwéyeqw did not respond (Dekker affidavit, paragraph 51, Canada record, page 9589). On April 2, 2019, Canada suggested dates for two technical workshops between April 15 and April 26, 2019 (Exhibit A to the Dekker affidavit, Canada record, page 10605). Ts'elxwéyeqw informed Canada by email two days later that it required Trans Mountain's updated response to the 89 recommendations before it would respond to Canada's analysis and participate in the workshops (Exhibit A to the Dekker affidavit, Canada record, page 10652):

> The Tribe also remains eager to set the meeting schedule for the technical working groups; however, the most pressing concern is ensuring that this work is done right. … [W]e requested a timeline from [Trans Mountain] to update alignment sheets with Stó:lō cultural sites …. … [Trans Mountain] is in the process of preparing an updated response to the 89 recommendations. The Tribe requires this before providing its response to Canada's analysis. It is not efficient for the Tribe to respond to Canada and then be required to prepare a further response after receiving [Trans Mountain]'s analysis. In the Tribe's view, these steps are critical prerequisites to the technical

tard le 6 mars 2019, ce qu'il a fait (affidavit de Corey Dekker, paragraphes 42, 44(c) et 45, dossier du Canada, pages 9584 et 9586).

[240] Le 18 mars 2019, les Ts'elxwéyeqw ont écrit au premier ministre Trudeau (lettre en date du 14 mars 2019) pour résumer leurs préoccupations continues à propos de la nouvelle série de consultations. Au sujet des ateliers techniques, ils reprochaient au Canada de n'avoir fourni ses réponses à l'ECI qu'en mars, alors qu'il disposait du document depuis cinq ans (pièce P de l'affidavit de David Jimmie, dossier des Ts'elxwéyeqw, page 90). Au cours d'une conférence téléphonique qui s'est tenue le jour même, le Canada a demandé à nouveau aux Ts'elxwéyeqw de confirmer les dates possibles pour la tenue des ateliers, mais les Ts'elxwéyeqw ont répondu qu'ils avaient [TRADUCTION] « l'intention de consulter leurs membres […] et ne p[o]uv[ai]ent s'engager pour l'instant » (pièce A de l'affidavit de Corey Dekker, dossier du Canada, page 12447).

[241] Le 21 mars 2019, le Canada a tenté de nouveau de prévoir les dates des ateliers techniques, mais les Ts'elxwéyeqw n'ont pas répondu (affidavit de Corey Dekker, paragraphe 51, dossier du Canada, page 9589). Le 2 avril 2019, le Canada a proposé des dates pour la tenue de deux ateliers techniques, entre le 15 et le 26 avril 2019 (pièce A de l'affidavit de Corey Dekker, dossier du Canada, page 10605). Les Ts'elxwéyeqw ont informé le Canada par courriel deux jours plus tard qu'il leur fallait recevoir les réponses mises à jour de Trans Mountain aux 89 recommandations pour être en mesure de répondre à l'analyse du Canada et de participer aux ateliers (pièce A de l'affidavit de Corey Dekker, dossier du Canada, page 10652) :

> [TRADUCTION] La tribu a également très hâte de fixer le calendrier des groupes de travail techniques. Toutefois, sa principale préoccupation consiste à veiller à ce que les travaux soient bien faits. […] [N]ous avons demandé à Trans Mountain de nous dire quand les cartes-tracés seraient mises à jour en fonction des sites culturels des Stó:lō […]. […] [Trans Mountain] est en voie de mettre à jour sa réponse aux 89 recommandations. La tribu a besoin de ce document pour fournir sa réponse à l'analyse du Canada. Il n'est pas efficace pour la tribu de répondre au Canada pour être ensuite contrainte à préparer une autre réponse une fois qu'elle aura reçu l'analyse de [Trans Mountain].

2020 FCA 34 (CanLII)

working groups' work as it will inform the analysis to be undertaken concerning the gaps between the ICA, alignment sheets and EPPs. … [T]he Tribe may be available to meet the week of April 22nd or the week of May 6th …. [Emphasis added.]

[242] While it was not unreasonable for Ts'elxwéyeqw to seek to maximize efficiency, this had to be done with some regard to the available time. Having all the elements in place for effective consultations without any time left for the actual consultations was not the proper course in the circumstances.

[243] Notably, although scheduling the workshops was discussed numerous times since January 2019, Trans Mountain's ICA response was referred to as a condition precedent for the holding of the workshops for the first time in April 2019.

[244] Based on the foregoing, it cannot seriously be argued that Canada failed to re-initiate consultation in a timely manner and then truncated its execution. Canada made every effort to schedule the workshops and substantially engage with Ts'elxwéyeqw on the ICA and the 89 recommendations, but was consistently faced with refusals to set dates. Additionally, Ts'elxwéyeqw did not provide its response to Canada's analysis of the 89 recommendations sent on March 6, 2019, until May 3, 2019 (Exhibit A to the Dekker affidavit, Canada record, pages 11489–11490).

(5) Canada was not required to engage in the infringement and justification analysis of Ts'elxwéyeqw's established fishing right

[245] The last flaw identified in *TWN 2018* was Canada's failure to make any mention of the Stó:lō's constitutionally protected right to fish, and show how this constitutionally protected right would be taken into account (*TWN 2018*, paragraph 727). The Court also noted that there was no explanation as to how the consultation process affected Canada's ultimate assessment

De l'avis de la tribu, ces étapes doivent absolument précéder les activités des groupes de travail techniques, car elles éclaireront l'analyse qui permettra de déterminer les éléments manquants de l'ECI, des cartes-tracés et des PPE. […] [L]a tribu pourrait être disponible pour une réunion au cours de la semaine du 22 avril ou celle du 6 mai […]. [Non souligné dans l'original.]

[242] S'il n'était pas déraisonnable pour les Ts'elxwéyeqw de chercher à optimiser leurs efforts, il leur fallait tenir compte des délais. Faire en sorte d'avoir en place tous les éléments nécessaires à des consultations efficaces sans prévoir une période suffisante au déroulement de celles-ci ne constitue pas une ligne de conduite appropriée en l'espèce.

[243] Il convient de souligner que, si la planification des ateliers a fait l'objet d'échanges à plusieurs reprises depuis janvier 2019, ce n'est qu'en avril de la même année que la réponse de Trans Mountain à l'ECI est mentionnée pour la première fois comme condition préalable à la tenue des ateliers.

[244] À la lumière de ce qui précède, on ne peut sérieusement prétendre que le Canada a tardé à reprendre les consultations pour en écourter par la suite la réalisation. Le Canada a fait tout ce qui était en son pouvoir pour fixer la date des ateliers et pour avoir avec les Ts'elxwéyeqw des discussions approfondies sur l'ECI et les 89 recommandations, mais n'a essuyé que des refus à cet égard. En outre, les Ts'elxwéyeqw n'ont répondu à l'analyse que le Canada leur avait fournie des 89 recommandations le 6 mars 2019 que le 3 mai 2019 (pièce A de l'affidavit de Corey Dekker, dossier du Canada, pages 11489 à 11490).

5) Le Canada n'était pas tenu de procéder à l'analyse de l'atteinte au droit établi de pêche des Ts'elxwéyeqw et de sa justification

[245] La dernière lacune recensée dans l'arrêt *TWN 2018* concernait le silence du Canada à propos du droit de pêche que la Constitution accorde aux Stó:lō et du poids qu'il allait accorder à ce droit (*TWN 2018*, paragraphe 727). La Cour a également signalé l'absence d'explication sur le rôle des consultations dans l'évaluation ultime de l'incidence du projet sur les Stó:lō.

2020 FCA 34 (CanLII)

of the impact of the Project on the Stó:lō. It then added that "[m]eaningful 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" (*TWN 2018*, paragraph 727).

[246] The record shows unequivocally that during the renewed consultation process, Canada acknowledged Ts'elxwéyeqw's constitutionally protected Aboriginal right to fish and took this right into account in assessing Project impacts (Exhibit A to the Dekker affidavit, Canada record, pages 10186–10188; Exhibit R to the Jimmie affidavit, Ts'elxwéyeqw record, page 116). Canada's position was that potential impacts to water and marine life were adequately mitigated or accommodated through NEB Conditions, new and existing Trans Mountain commitments, and federal accommodation initiatives (memorandum of Canada, paragraph 226).

[247] The new commitments included in particular Trans Mountain's undertaking to use Ts'elxwéyeqw (Stó:lō) traditional and technical knowledge and data in creating Trans Mountain's watercourse crossing inventories and plans. As well, Trans Mountain committed to treat waterbodies classified as non-fish-bearing but with hydrological connectivity to fish-bearing waters as potentially fish-bearing, and in the event that a contingency open cut crossing method was required (i.e., without flow isolation), to provide notice to Stó:lō.

[248] Ts'elxwéyeqw has not shown that the Governor in Council acted unreasonably in approving the Project on the basis that in conducting the renewed consultation, Canada failed to take into account Ts'elxwéyeqw's constitutionally protected fishing right.

[249] Finally, Ts'elxwéyeqw contends that Canada's legal approach in addressing its constitutionally protected fishing right was flawed. It argues that Canada ought to have engaged in a *Sparrow*-type justification analysis based on the alleged infringement of its established fishing

Et d'ajouter « [d]e 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 » (*TWN 2018*, paragraphe 727).

[246] Il ressort indubitablement du dossier qu'au cours de la nouvelle ronde de consultations, le Canada a reconnu le droit de pêche ancestral établi des Ts'elxwéyeqw et qu'il en a tenu compte dans son évaluation des incidences du projet (pièce A de l'affidavit de Corey Dekker, dossier du Canada, pages10186 à 10188; pièce R de l'affidavit de David Jimmie, dossier des Ts'elxwéyeqw, page 116). Selon la thèse du Canada, les conditions imposées par l'Office, les engagements initiaux et ultérieurs pris par Trans Mountain et les initiatives fédérales d'accommodement ont permis d'atténuer adéquatement les risques pour l'eau et la faune aquatique (mémoire du Canada, paragraphe 226).

[247] Les nouveaux engagements pris par Trans Mountain comptaient notamment celui de mettre à profit les connaissances traditionnelles et techniques des Ts'elxwéyeqw (Stó:lō) ainsi que leurs données pour établir l'inventaire des franchissements de cours d'eau et les plans à cet égard. En outre, Trans Mountain s'est engagée à traiter comme des plans d'eau potentiellement poissonneux ceux qui n'ont pas été classés ainsi, mais qui sont reliés, sur le plan hydrologique, à ceux qui le sont et à aviser les Stó:lō si un ouvrage de franchissement à ciel ouvert (c.-à-d. sans isolement du cours d'eau) se révélait nécessaire.

[248] Les Ts'elxwéyeqw n'ont pas démontré que le gouverneur en conseil avait approuvé le projet de manière déraisonnable par leur argument voulant que le Canada, au cours de la nouvelle ronde de consultations, n'eût pas tenu compte du droit de pêche que la Constitution reconnaît aux Ts'elxwéyeqw.

[249] Enfin, les Ts'elxwéyeqw soutiennent que la thèse juridique du Canada à propos du droit de pêche protégé par la Constitution était viciée. Selon eux, le Canada était tenu de procéder à une analyse de la justification comme celle énoncée dans l'arrêt *Sparrow* et fondée

2020 FCA 34 (CanLII)

right (*R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, pages 1113–1119, (1990), 70 D.L.R. (4th) 385) as part of the consultation process because, according to Ts'elxwéyeqw, the justification analysis forms part of the duty to consult and accommodate.

[250] Although the argument relating to the content of the duty to consult was before the Court in *TWN 2018*, it went unaddressed by reason of the Court's finding that no consultation had taken place with respect to Stó:lō's established right to fish (memorandum of Stó:lō in Docket A-78-17, paragraphs 62–78). The argument is therefore within the scope of the Leave Order and appropriately before us.

[251] In our view, there is no merit to Ts'elxwéyeqw's contention. The consultation process and the justification process occur at different points in time and address different circumstances. The consultation framework aims to prevent potential infringement of Aboriginal rights, whereas the justification analysis is intended to justify a *prima facie* infringement that has been demonstrated. Finding that the duty to consult and accommodate requires as a starting point the need to justify the infringement of an Aboriginal right is putting the cart before the horse, as the former seeks to prevent the latter. In *Beckman*, the Supreme Court described the consultation process as an attempt "to head off confrontations [when an infringement is alleged] by imposing on the parties a duty to consult and (if appropriate) accommodate in circumstances where development might have a significant impact on Aboriginal rights when and if established" (paragraph 53). Additionally, concluding otherwise would lead to a circular result, the first step of the justification analysis being whether the Crown has discharged its procedural duty to consult and accommodate (*Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, paragraph 77).

[252] Moreover, this Court in *Prophet River First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 15, 408 D.L.R. (4th) 165 (*Prophet River FCA*), held that the Governor in Council, when making a decision under subsection 52(4) of the *Canadian Environmental*

sur l'atteinte contestée à leur droit de pêche établi (*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, pages 1113 à 1119, 1990 CanLII 104) au cours des consultations, car selon eux, l'analyse de la justification fait partie de l'obligation de consultation et d'accommodement.

[250] Si l'argument relatif à la teneur de l'obligation de consultation était devant la Cour dans l'affaire *TWN 2018*, il n'a pas été tranché, la Cour ayant conclu à l'absence de consultations au sujet du droit de pêche établi des Stó:lō (mémoire des Stó:lō dans le dossier A-78-17, paragraphes 62 à 78). Par conséquent, cet argument est visé par l'ordonnance d'autorisation. Nous en sommes donc saisis à bon droit.

[251] À notre avis, la prétention des Ts'elxwéyeqw n'est pas fondée. Les consultations et la justification se déroulent à des moments différents et ont pour objet des circonstances différentes. Le cadre de consultation vise à empêcher une atteinte à des droits ancestraux, alors que l'analyse de justification intervient lorsqu'une atteinte à première vue a été démontrée. Si l'on concluait que l'obligation de consultation et d'accommodement est subordonnée à la nécessité de justifier l'atteinte à un droit ancestral, on mettrait la charrue devant les bœufs, car la première vise à prévenir la seconde. Dans l'arrêt *Beckman*, la Cour suprême décrit le processus de consultation comme une tentative « de prévenir de tels affrontements [si une atteinte est invoquée] en imposant aux parties une obligation de consulter et (au besoin) d'accommoder, dans des circonstances où le développement est susceptible d'avoir des conséquences importantes sur les droits ancestraux lorsque ceux-ci ont été établis » (paragraphe 53). En outre, si l'on arrivait à une conclusion différente, on obtiendrait un raisonnement circulaire, car le premier volet de l'analyse de justification consiste à décider si la Couronne s'est acquittée de son obligation procédurale de consultation et d'accommodement (*Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, paragraphe 77).

[252] Qui plus est, la Cour, dans l'arrêt *Première Nation de Prophet c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 15 (*Prophet River (CAF)*), arrive à la conclusion que le gouverneur en conseil, lorsqu'il prend une décision en vertu du paragraphe 52(4) de la *Loi canadienne*

2020 FCA 34 (CanLII)

Assessment Act, *2012*, S.C. 2012, c. 19, **s. 52** [repealed by S.C. 2019, c. 28, s. 9] did not have the power to determine whether infringements to treaty rights are justified. This is because it "lacks the necessary hallmarks associated with adjudicative bodies: public hearings, ability to summon witnesses and compel production of documents and the receipt of submissions by interested parties" (paragraph 70).

[253] Ts'elxwéyeqw argues that *Prophet River FCA* does not address the question that arises here, i.e., whether the justification analysis forms part of the duty to consult and accommodate, and thus the Crown's failure to do so is in breach of that duty. That is so. It remains, however, that the rationale advanced in *Prophet River FCA* supports the conclusion drawn above. Accepting that the adjudication of treaty rights (or established Aboriginal rights, akin to treaty rights in that respect) or claimed Aboriginal rights must take place every time an infringement is alleged during the consultation and accommodation process would effectively revert to the pre-*Haida Nation* case law, which led to complex and lengthy litigation (*Prophet River FCA*, paragraphs 36, 57). This was precisely the problem that *Haida Nation* sought to remedy by clearly indicating that negotiations—before an infringement occurs—are the preferred way toward reconciliation between the Crown and Indigenous groups (*Prophet River FCA*, paragraph 57).

[254] In the end, Ts'elxwéyeqw did not show that Canada failed to meet its duty to consult and accommodate during the re-initiated consultations.

V. Disposition

[255] For the foregoing reasons, the applications for judicial review are dismissed with costs to the respondents.

sur l'évaluation environnementale (2012), L.C. 2012, ch. 19, **art. 52** [abrogé par L.C. 2019, ch. 28, art. 9] n'est pas investi du pouvoir de décider si les atteintes aux droits issus de traités sont justifiées. Il en est ainsi, car il « n'a pas les attributs nécessaires des organismes juridictionnels : audiences publiques, capacité d'assigner des témoins et de contraindre à la production de documents et réception des écritures de chacune des parties » (paragraphe 70).

[253] Selon les Ts'elxwéyeqw, l'arrêt *Prophet River (CAF)* ne répond pas à la question qui est soulevée en l'espèce, soit celle de savoir si l'analyse de justification fait partie de l'obligation de consultation et d'accommodement, et donc de savoir si le défaut de la Couronne en la matière constitue un manquement à cette obligation. Nous sommes du même avis. Cependant, le raisonnement énoncé dans l'arrêt *Prophet River (CAF)* étaye la conclusion précédente. Si l'on accepte qu'il faille se prononcer sur les droits issus de traités (ou les droits ancestraux établis, assimilés aux droits issus de traités à cet égard) ou les droits ancestraux revendiqués chaque fois qu'une atteinte à ces droits est soulevée au cours du processus de consultations et d'accommodement, on reviendrait à la jurisprudence qui avait cours avant l'arrêt *Nation haïda*, qui a mené à des litiges complexes et interminables (*Prophet River (CAF)*, paragraphes 36 et 57). C'était précisément le problème auquel l'arrêt *Nation haïda* était censé remédier en indiquant expressément que les négociations — avant l'atteinte — sont le meilleur moyen de concilier les intérêts des groupes autochtones et de la Couronne (*Prophet River (CAF)*, paragraphe 57).

[254] En fin de compte, les Ts'elxwéyeqw n'ont pas démontré que le Canada avait manqué à son obligation de consultation et d'accommodement au cours de la nouvelle série de consultations.

V. Dispositif

[255] Pour les motifs qui précèdent, les demandes de contrôle judiciaire sont rejetées avec dépens en faveur des défendeurs.

2020 FCA 34 (CanLII)

4

David Dunsmuir *Appellant*

v.

Her Majesty the Queen in Right of the Province of New Brunswick as represented by Board of Management *Respondent*

INDEXED AS: DUNSMUIR *v.* NEW BRUNSWICK

Neutral citation: 2008 SCC 9.

File No.: 31459.

2007: May 15; 2008: March 7.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Proper approach to judicial review of administrative decision makers — Whether judicial review should include only two standards: correctness and reasonableness.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Employee holding office "at pleasure" in provincial civil service dismissed without alleged cause with four months' pay in lieu of notice — Adjudicator interpreting enabling statute as conferring jurisdiction to determine whether discharge was in fact for cause — Adjudicator holding employer breached duty of procedural fairness and ordering reinstatement — Whether standard of reasonableness applicable to adjudicator's decision on statutory interpretation issue — Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, ss. 97(2.1), 100.1(5) — Civil Service Act, S.N.B. 1984, c. C-5.1, s. 20.

Administrative law — Natural justice — Procedural fairness — Dismissal of public office holders — Employee holding office "at pleasure" in provincial civil service dismissed without alleged cause with four months' pay in lieu of notice — Employee not informed of reasons for termination or provided with opportunity to respond — Whether employee entitled to procedural fairness — Proper approach to dismissal of public employees.

David Dunsmuir *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick, représentée par le Conseil de gestion *Intimée*

RÉPERTORIÉ : DUNSMUIR *c.* NOUVEAU-BRUNSWICK

Référence neutre : 2008 CSC 9.

N° du greffe : 31459.

2007 : 15 mai; 2008 : 7 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Démarche appropriée pour le contrôle judiciaire d'une décision administrative — Le contrôle judiciaire devrait-il s'effectuer au regard de deux normes seulement : celle de la décision correcte et celle de la raisonnabilité?

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Fonctionnaire provincial amovible congédié sans motif avec indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis — Arbitre concluant que sa loi habilitante l'autorisait à déterminer si le congédiement constituait en fait un congédiement pour motif — Arbitre statuant que l'employeur avait manqué à son obligation d'équité procédurale et ordonnant la réintégration de l'employé — La norme de la décision raisonnable s'appliquait-elle à l'interprétation de la loi par l'arbitre? — Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, art. 97(2.1), 100.1(5) — Loi sur la Fonction publique, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, l'art. 20.

Droit administratif — Justice naturelle — Équité procédurale — Congédiement d'un titulaire de charge publique nommé à titre amovible — Congédiement sans motif avec indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis — Employeur n'ayant pas précisé les motifs du congédiement ni donné à l'employé la possibilité d'y répondre — L'employé avait-il droit à l'équité procédurale? — Démarche appropriée pour le congédiement d'un fonctionnaire.

2008 SCC 9 (CanLII)

D was employed by the Department of Justice for the Province of New Brunswick. He held a position under the *Civil Service Act* and was an office holder "at pleasure". His probationary period was extended twice and the employer reprimanded him on three separate occasions during the course of his employment. On the third occasion, a formal letter of reprimand was sent to D warning him that his failure to improve his performance would result in further disciplinary action up to and including dismissal. While preparing for a meeting to discuss D's performance review the employer concluded that D was not right for the job. A formal letter of termination was delivered to D's lawyer the next day. Cause for the termination was explicitly not alleged and D was given four months' pay in lieu of notice.

D commenced the grievance process under s. 100.1 of the *Public Service Labour Relations Act* ("*PSLRA*"), alleging that the reasons for the employer's dissatisfaction were not made known, that he did not receive a reasonable opportunity to respond to the concerns, that the employer's actions in terminating him were without notice, due process or procedural fairness, and that the length of the notice period was inadequate. The grievance was denied and then referred to adjudication. A preliminary issue of statutory interpretation arose as to whether, where dismissal was with notice or pay in lieu thereof, the adjudicator was authorized to determine the reasons underlying the province's decision to terminate. The adjudicator held that the referential incorporation of s. 97(2.1) of the *PSLRA* into s. 100.1(5) of that Act meant that he could determine whether D had been discharged or otherwise disciplined for cause. Ultimately, the adjudicator made no finding as to whether the discharge was or was not for cause. In his decision on the merits, he found that the termination letter effected termination with pay in lieu of notice and that the termination was not disciplinary. As D's employment was hybrid in character, the adjudicator held that D was entitled to and did not receive procedural fairness in the employer's decision to terminate his employment. He declared that the termination was void *ab initio* and ordered D reinstated as of the date of dismissal, adding that in the event that his reinstatement order was quashed on judicial review, he would find the appropriate notice period to be eight months.

On judicial review, the Court of Queen's Bench applied the correctness standard and quashed the adjudicator's preliminary decision, concluding that the adjudicator did not have jurisdiction to inquire into the

D travaillait pour le ministère de la Justice du Nouveau-Brunswick. Il occupait un poste suivant la *Loi sur la Fonction publique* et était titulaire d'une charge à titre amovible. Sa période d'essai a été prolongée deux fois, et l'employeur l'a réprimandé à trois occasions distinctes en cours d'emploi. La troisième réprimande a pris la forme d'une lettre officielle l'informant que s'il n'améliorait pas son rendement, il s'exposait à de nouvelles mesures disciplinaires pouvant aller jusqu'au congédiement. Lors d'une rencontre préalable à l'évaluation du rendement de D, l'employeur a conclu que ce dernier ne répondait pas aux exigences du poste. Le lendemain, un avis de cessation d'emploi a été transmis à l'avocat de D. Nul motif de congédiement n'était expressément invoqué, et D avait droit à une indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis.

D a présenté un grief sur le fondement de l'art. 100.1 de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics* (« *LRTSP* »), alléguant que l'employeur n'avait pas précisé ses motifs d'insatisfaction, qu'il ne lui avait pas donné la possibilité raisonnable de répondre aux reproches, que les mesures pour mettre fin à l'emploi avaient été prises sans préavis, sans application régulière de la loi et au mépris de l'équité procédurale et que l'indemnité versée était insuffisante. Le grief a été rejeté, puis renvoyé à l'arbitrage. Une question préalable d'interprétation législative s'est alors posée : dans le cas d'un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu, l'arbitre est-il autorisé à déterminer les raisons de la décision de la province de mettre fin à l'emploi? L'arbitre a estimé que l'incorporation par renvoi du par. 97(2.1) de la *LRTSP* au par. 100.1(5) de la même loi l'autorisait à déterminer si D avait été congédié ou avait autrement fait l'objet d'une mesure disciplinaire, pour motif. Finalement, il n'a pas conclu qu'il s'agissait ou non d'un congédiement pour motif. Dans sa décision au fond, il a statué que l'avis de cessation d'emploi opérait un congédiement avec indemnité tenant lieu de préavis et que la cessation d'emploi n'était pas de nature disciplinaire. Vu la nature hybride de l'emploi, il a conclu que D avait droit au respect de l'équité procédurale, mais que l'employeur ne s'était pas acquitté de son obligation à cet égard en mettant fin à l'emploi. Il a déclaré nulle *ab initio* la cessation d'emploi et ordonné la réintégration de D dans ses fonctions à compter de la date du congédiement et, pour le cas où son ordonnance de réintégration serait annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire, il a ajouté qu'un préavis de huit mois lui paraissait indiqué.

Saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour du Banc de la Reine a appliqué la norme de la décision correcte et annulé la décision sur la question préalable, arrivant à la conclusion que l'arbitre n'avait pas

2008 SCC 9 (CanLII)

reasons for the termination, and that his authority was limited to determining whether the notice period was reasonable. On the merits, the court found that D had received procedural fairness by virtue of the grievance hearing before the adjudicator. Concluding that the adjudicator's decision did not stand up to review on a reasonableness *simpliciter* standard, the court quashed the reinstatement order but upheld the adjudicator's provisional award of eight months' notice. The Court of Appeal held that the proper standard with respect to the interpretation of the adjudicator's authority under the *PSLRA* was reasonableness *simpliciter*, not correctness, and that the adjudicator's decision was unreasonable. It found that where the employer elects to dismiss with notice or pay in lieu of notice, s. 97(2.1) of the *PSLRA* does not apply and the employee may only grieve the length of the notice period. It agreed with the reviewing judge that D's right to procedural fairness had not been breached.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Fish and Abella JJ.: Despite its clear, stable constitutional foundations, the system of judicial review in Canada has proven to be difficult to implement. It is necessary to reconsider both the number and definitions of the various standards of review, and the analytical process employed to determine which standard applies in a given situation. Notwithstanding the theoretical differences between the standards of patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, any actual difference between them in terms of their operation appears to be illusory. There ought to be only two standards of review: correctness and reasonableness. [32] [34] [41]

When applying the correctness standard in respect of jurisdictional and some other questions of law, a reviewing court will not show deference to the decision maker's reasoning process; it will rather undertake its own analysis of the question and decide whether it agrees with the determination of the decision maker; if not, the court will substitute its own view and provide the correct answer. A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable. Reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process and with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law. It is a deferential standard which requires respect for the legislative choices to leave some matters in the hands of administrative decision makers, for the processes and determinations

compétence pour s'enquérir des motifs de la cessation d'emploi et qu'il lui était seulement permis de déterminer si le préavis était raisonnable. Sur le fond, elle a statué que D avait bénéficié de l'équité procédurale du fait de l'audition de son grief par l'arbitre. Comme la décision de ce dernier ne satisfaisait pas à la norme de la raisonnabilité *simpliciter*, elle a annulé l'ordonnance de réintégration, mais confirmé la décision subsidiaire portant le préavis à huit mois. La Cour d'appel a estimé que la norme de contrôle applicable à l'interprétation des pouvoirs conférés à l'arbitre par la *LRTSP* était celle de la raisonnabilité *simpliciter*, et non celle de la décision correcte, et que la décision de l'arbitre était déraisonnable. Elle a conclu que lorsque l'employeur opte pour le congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu, le par. 97(2.1) de la *LRTSP* ne s'applique pas et le seul recours dont dispose l'employé réside dans la contestation du préavis par voie de grief. Elle a convenu avec la cour de révision qu'il n'y avait pas eu d'atteinte au droit de D à l'équité procédurale.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, LeBel, Fish et Abella : Malgré ses assises constitutionnelles claires et stables, le mécanisme canadien de contrôle judiciaire se révèle difficile à appliquer. Il faut repenser tant le nombre que la teneur des normes de contrôle, ainsi que la démarche analytique qui préside à la détermination de la norme applicable dans un cas donné. Malgré ce qui distingue théoriquement la norme du manifestement déraisonnable et celle du raisonnable *simpliciter*, toute différence réelle d'application paraît illusoire. Il ne devrait y avoir que deux normes de contrôle, celle de la décision correcte et celle de la décision raisonnable. [32] [34] [41]

La cour de révision qui applique la norme de la décision correcte relativement à certaines questions de droit, y compris une question de compétence, n'acquiesce pas au raisonnement du décideur; elle entreprend plutôt sa propre analyse au terme de laquelle elle décide si elle est d'accord ou non avec la conclusion du décideur. En cas de désaccord, elle substitue sa propre conclusion et rend la décision qui s'impose. La cour de révision qui applique la norme de la décision raisonnable se demande si la décision contestée possède les attributs de la raisonnabilité. 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. Empreinte de déférence, la norme de la raisonnabilité commande le respect de la volonté du législateur de s'en remettre, pour certaines choses, à des décideurs

2008 SCC 9 (CanLII)

that draw on particular expertise and experiences, and for the different roles of the courts and administrative bodies within the Canadian constitutional system. [47-50]

An exhaustive analysis is not required in every case to determine the proper standard of review. Courts must first ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded to a decision maker with regard to a particular category of question. If the inquiry proves unfruitful, courts must analyze the factors making it possible to identify the proper standard of review. The existence of a privative clause is a strong indication of review pursuant to the reasonableness standard, since it is evidence of Parliament or a legislature's intent that an administrative decision maker be given greater deference and that interference by reviewing courts be minimized. It is not, however, determinative. Where the question is one of fact, discretion or policy, or where the legal issue is intertwined with and cannot be readily separated from the factual issue, deference will usually apply automatically. Deference will usually result where a decision maker is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity. While deference may also be warranted where an administrative decision maker has developed particular expertise in the application of a general common law or civil law rule in relation to a specific statutory context, a question of law that is of central importance to the legal system as a whole and outside the specialized area of expertise of the administrative decision maker will always attract a correctness standard. So will a true question of *vires*, a question regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals, and a constitutional question regarding the division of powers between Parliament and the provinces in the *Constitution Act, 1867*. [52-62]

The standard of reasonableness applied on the issue of statutory interpretation. While the question of whether the combined effect of ss. 97(2.1) and 100.1 of the *PSLRA* permits the adjudicator to inquire into the employer's reason for dismissing an employee with notice or pay in lieu of notice is a question of law, it is not one that is of central importance to the legal system and outside the specialized expertise of the adjudicator, who was in fact interpreting his enabling statute. Furthermore, s. 101(1) of the *PSLRA* includes a full privative clause, and the nature of the regime favours the standard of reasonableness. Here, the adjudicator's

administratifs, de même que le respect des raisonnements et des décisions fondés sur une expertise et une expérience dans un domaine particulier, ainsi que de la différence entre les fonctions d'une cour de justice et celles d'un organisme administratif dans le système constitutionnel canadien. [47-50]

Il n'est pas toujours nécessaire de se livrer à une analyse exhaustive pour arrêter la bonne norme de contrôle. Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l'analyse des éléments qui permettent d'arrêter la bonne norme de contrôle. L'existence d'une clause privative milite clairement en faveur d'un contrôle suivant la norme de la raisonnabilité, car elle atteste la volonté du législateur que la décision du décideur administratif fasse l'objet de plus de déférence et que le contrôle judiciaire demeure minimal. Cependant, elle n'est pas déterminante. En présence d'une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, ou lorsque le droit et les faits s'entrelacent et ne peuvent aisément être dissociés, la retenue s'impose habituellement d'emblée. Lorsqu'un décideur interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise. Elle peut également s'imposer lorsque le décideur administratif a acquis une expertise dans l'application d'une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé, mais la question de droit qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui est étrangère au domaine d'expertise du décideur administratif appelle toujours la norme de la décision correcte. Il en va de même pour une question touchant véritablement à la compétence, une question liée à la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents et une question constitutionnelle touchant au partage des pouvoirs entre le Parlement et les provinces dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. [52-62]

La question de l'interprétation législative était assujettie à la norme de la raisonnabilité. Bien que la question de savoir si, ensemble, le par. 97(2.1) et l'art. 100.1 de la *LRTSP* autorisent l'arbitre à s'enquérir des motifs d'un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu constitue une question de droit, elle ne revêt pas une importance capitale pour le système juridique et elle n'est pas étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre, lequel a en fait interprété sa loi habilitante. En outre, le par. 101(1) de la *LRTSP* constitue une clause privative absolue et la nature du régime milite en faveur de la norme de la raisonnabilité. En l'espèce, l'interprétation

2008 SCC 9 (CanLII)

interpretation of the law was unreasonable and his decision does not fall within the range of acceptable outcomes that are defensible in respect of the facts and the law. The employment relationship between the parties in this case was governed by private law. The combined effect of ss. 97(2.1) and 100.1 of the *PSLRA* cannot, on any reasonable interpretation, remove the employer's right, under the ordinary rules of contract, to discharge an employee with reasonable notice or pay in lieu thereof without asserting cause. By giving the *PSLRA* an interpretation that allowed him to inquire into the reasons for discharge, the adjudicator adopted a reasoning process that was fundamentally inconsistent with the employment contract and, thus, fatally flawed. [66-75]

On the merits, D was not entitled to procedural fairness. Where a public employee is employed under a contract of employment, regardless of his or her status as a public office holder, the applicable law governing his or her dismissal is the law of contract, not general principles arising out of public law. Where a dismissal decision is properly within the public authority's powers and is taken pursuant to a contract of employment, there is no compelling public law purpose for imposing a duty of fairness. The principles expressed in *Knight v. Indian Head School Division No. 19* in relation to the general duty of fairness owed by public authorities when making decisions that affect the rights, privileges or interests of individuals are valid and important. However, to the extent that *Knight* ignored the important effect of a contract of employment, it should not be followed. In the case at bar, D was a contractual employee in addition to being a public office holder. Section 20 of the *Civil Service Act* provided that as a civil servant he could only be dismissed in accordance with the ordinary rules of contract. To consider a public law duty of fairness issue where such a duty exists falls squarely within the adjudicator's task to resolve a grievance. Where, as here, the relationship is contractual, it was unnecessary to consider any public law duty of procedural fairness. By imposing procedural fairness requirements on the respondent over and above its contractual obligations and ordering the full "reinstatement" of D, the adjudicator erred and his decision was therefore correctly struck down. [76-78] [81] [84] [106] [114] [117]

Per Binnie J.: The majority reasons for setting aside the adjudicator ruling were generally agreed with, however the call of the majority to re-evaluate the pragmatic and functional test and to re-assess "the structure and characteristics of the system of judicial review as a whole" and to develop a principled framework that is

du droit par l'arbitre était déraisonnable et sa décision ne faisait pas partie des issues acceptables au regard des faits et du droit. Le lien d'emploi entre les parties ressortissait au droit privé. L'application concomitante du par. 97(2.1) et de l'art. 100.1 de la *LRTSP* ne saurait donc raisonnablement supprimer le droit de l'employeur, suivant les règles contractuelles ordinaires, de congédier un employé avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu et sans invoquer de motif. En concluant que la *LRTSP* lui permettait de rechercher les motifs du congédiement, l'arbitre a tenu un raisonnement foncièrement incompatible avec le contrat d'emploi et, de ce fait, entaché d'un vice fatal. [66-75]

Sur le fond, D n'avait pas droit à l'équité procédurale. En présence d'un contrat d'emploi, le renvoi d'un fonctionnaire, que ce dernier soit ou non titulaire d'une charge publique, est régi par le droit contractuel, et non par les principes généraux du droit public. Lorsqu'un organisme public prend la décision de congédier une personne conformément à ses pouvoirs et à un contrat d'emploi, nulle considération supérieure du droit public ne justifie l'imposition d'une obligation d'équité. Les principes formulés dans l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19* relativement à l'obligation générale d'équité à laquelle est tenu l'organisme public dont la décision touche les droits, les privilèges ou les biens d'une personne demeurent valables et importants. Toutefois, dans la mesure où cet arrêt n'a pas tenu compte de l'effet déterminant d'un contrat d'emploi, il ne devrait pas être suivi. Dans la présente affaire, D était à la fois titulaire d'une charge publique et employé contractuel. L'article 20 de la *Loi sur la Fonction publique* prévoyait qu'à titre de fonctionnaire, il ne pouvait être congédié que suivant les règles contractuelles ordinaires. L'examen d'une question touchant à l'obligation d'équité en droit public, lorsqu'une telle obligation existe, ressortit clairement au mandat de l'arbitre chargé du règlement d'un grief. Lorsque, comme en l'espèce, le lien est contractuel, il n'est pas nécessaire de tenir compte de quelque obligation d'équité procédurale en droit public. En assujettissant l'intimée à l'obligation d'équité procédurale en sus de ses obligations contractuelles et en ordonnant la réintégration de D, l'arbitre a commis une erreur, et sa décision a été annulée à bon droit. [76-78] [81] [84] [106] [114] [117]

Le juge Binnie : Malgré l'accord général avec les motifs invoqués par les juges majoritaires pour annuler la décision de l'arbitre, l'invitation à réévaluer l'analyse pragmatique et fonctionnelle ainsi qu'à revoir « l'architecture et les caractéristiques du mécanisme de contrôle judiciaire dans son ensemble » et à « établir

2008 SCC 9 (CanLII)

"more coherent and workable" invites a broader reappraisal. Judicial review is an idea that has lately become unduly burdened with law office metaphysics. Litigants find the court's attention focussed not on their complaints, or the government's response, but on lengthy and arcane discussions of something they are told is the pragmatic and functional test. The Court should at least (i) establish some presumptive rules and (ii) get the parties away from arguing about the tests and back to arguing about the substantive merits of their case. [119-122] [133] [145]

The distinction between "patent unreasonableness" and reasonableness *simpliciter* is now to be abandoned. The repeated attempts to explain the difference between the two, was in hindsight, unproductive and distracting. However, a broad reappraisal of the system of judicial review should explicitly address not only administrative tribunals but issues related to other types of administrative bodies and statutory decision makers including mid-level bureaucrats and, for that matter, Ministers. If logic and language cannot capture the distinction in one context, it must equally be deficient elsewhere in the field of judicial review. [121-123] [134-135] [140]

It should be presumed that the standard of review of an administrative outcome on grounds of substance is reasonableness. In accordance with the ordinary rules of litigation, it should also be presumed that the decision under review is reasonable until the applicant shows otherwise. An applicant urging the non-deferential "correctness" standard should be required to demonstrate that the decision rests on an error in the determination of a legal issue not confided (or which constitutionally could not be confided) to the administrative decision maker to decide, whether in relation to jurisdiction or the general law. The logic of the constitutional limitation is obvious. If the limitation did not exist, the government could transfer the work of the courts to administrative bodies that are not independent of the executive and by statute immunize the decisions of these bodies from effective judicial review. Questions of law outside the administrative decision maker's home statute and closely related rules or statutes which require his or her expertise should also be reviewable on a "correctness" standard whether or not it meets the majority's additional requirement that it be "of central importance to the legal system as a whole". The standard of correctness should also apply to the requirements of "procedural fairness", which will vary with the type of decision maker and the type of decision under review. Nobody should have his or her rights,

un cadre d'analyse rationnel qui soit plus cohérent et fonctionnel » appelle un réexamen plus large. Ces dernières années, des débats métaphysico-juridiques ont indûment embrouillé la notion de contrôle judiciaire. La cour de révision ne met l'accent ni sur la prétention du justiciable ni la mesure prise par l'État, mais arbitre plutôt un long et mystérieux débat sur une méthode dite « pragmatique et fonctionnelle ». La Cour devrait à tout le moins (i) établir quelques présomptions et (ii) faire en sorte que les parties cessent de débattre des critères applicables et fassent plutôt valoir leurs prétentions sur le fond. [119-122] [133] [145]

La distinction entre le « manifestement déraisonnable » et le raisonnable *simpliciter* doit désormais être abandonnée. Avec le recul, les tentatives répétées d'expliquer la différence entre les deux étaient vaines et importunes. Cependant, la réévaluation globale du mécanisme de contrôle judiciaire devrait explicitement viser non seulement les tribunaux administratifs, mais aussi d'autres types d'organisme administratif et de décideur d'origine législative, y compris des fonctionnaires de rang moyen, voire des ministres. Lorsque ni la logique ni la langue ne peuvent saisir la distinction dans un contexte, elles ne peuvent non plus le faire par ailleurs dans le domaine du contrôle judiciaire. [121-123] [134-135] [140]

Il devrait être présumé que la norme de contrôle d'une décision administrative sur le fond est celle de la raisonnabilité. Conformément aux règles qui régissent habituellement les litiges, on devrait aussi présumer que la décision visée par le contrôle est raisonnable, sauf preuve contraire du demandeur. Celui qui préconise l'application de la norme de la décision correcte — soit l'absence de déférence — devrait être tenu de prouver que la décision contestée résulte du règlement erroné d'une question juridique ne relevant pas (ou ne pouvant pas constitutionnellement relever) du décideur administratif, qu'elle ait trait à la compétence ou au droit en général. La raison d'être de l'obstacle constitutionnel est manifeste. S'il n'existait pas, l'État pourrait confier la tâche des tribunaux judiciaires à des organismes administratifs qui ne sont pas indépendants de l'exécutif et, par voie législative, soustraire les décisions de ces organismes à un véritable contrôle judiciaire. Les questions de droit ne relevant pas de la loi constitutive du décideur administratif ou de quelque règle ou loi très connexe faisant appel à son expertise devraient aussi être assujetties à la norme de la décision correcte, qu'elles satisfassent ou non à l'exigence de l'« importance capitale pour le système juridique dans son ensemble » formulée par les juges majoritaires. Cette norme devrait également s'appliquer à l'obligation d'« équité procédurale », qui varie selon la catégorie à laquelle appartient le décideur et la

2008 SCC 9 (CanLII)

interests or privileges adversely dealt with by an unjust process. [127-129] [146-147]

On the other hand when the application for judicial review challenges the substantive outcome of an administrative action, the judge is invited to cross the line into second-guessing matters that lie within the function of the administrator. This is controversial because it is not immediately obvious why a judge's view of the reasonableness of an administrative policy or the exercise of an administrative discretion should be preferred to that of the administrator to whom Parliament or a legislature has allocated the decision, unless there is a full statutory right of appeal to the courts, or it is otherwise indicated in the conferring legislation that a "correctness" standard is intended. [130]

Abandonment of the distinction between reasonableness *simpliciter* and patent unreasonableness has important implications. The two different standards addressed not merely "the magnitude or the immediacy of the defect" in the administrative decision but recognized that different administrative decisions command different degrees of deference, depending on who is deciding what. [135]

"Contextualizing" a single standard of "reasonableness" review will shift the courtroom debate from choosing between two standards of reasonableness that each represented a different level of deference to a debate within a single standard of reasonableness to determine the appropriate level of deference. [139]

Thus a single "reasonableness" standard will now necessarily incorporate both the degree of deference owed to the decision maker formerly reflected in the distinction between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, and an assessment of the range of options reasonably open to the decision maker in the circumstances. The judge's role is to identify the outer boundaries of reasonable outcomes within which the administrative decision maker is free to choose. [141] [149]

A single "reasonableness" standard is a big tent that will have to accommodate a lot of variables that inform and limit a court's review of the outcome of administrative decision making. "Contextualizing" the reasonableness standard will require a reviewing court to consider the precise nature and function of the decision maker including its expertise, the terms and objectives

nature de la décision en cause. Nul ne devrait voir ses droits, ses intérêts ou ses privilèges faire l'objet d'une décision défavorable à l'issue d'une procédure injuste. [127-129] [146-147]

Par contre, lorsque le demandeur conteste la mesure administrative quant au fond, la cour de révision est invitée à faire un pas de plus et à remettre en question une décision relevant du décideur administratif. Cela prête à controverse, car en ce qui concerne la raisonnabilité d'une politique administrative ou de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire administratif, il n'y a pas de raison évidente de préférer l'appréciation judiciaire à celle du décideur administratif auquel le législateur a attribué le pouvoir de trancher, sauf lorsque la loi prévoit un droit d'appel devant une cour de justice ou que l'intention du législateur d'assujettir le décideur à la norme de la décision correcte ressort par ailleurs de la loi habilitante. [130]

L'abandon de la distinction entre la norme de la décision raisonnable *simpliciter* et celle de la décision manifestement déraisonnable a d'importantes répercussions. Les deux normes ne s'intéressaient pas seulement à « l'importance du défaut » entachant la décision administrative ou à son « caractère flagrant », mais reconnaissaient aussi le fait que différentes décisions administratives appellent différents degrés de déférence, selon l'identité du décideur et la nature de la décision. [135]

L'application d'une norme unique en fonction du contexte transforme le débat : il ne s'agit plus de choisir entre deux normes de raisonnabilité correspondant chacune à un degré de déférence distinct, mais bien de déterminer le bon degré de déférence à l'intérieur d'une seule norme de raisonnabilité. [139]

Ainsi, dorénavant, une norme de « raisonnabilité » unique englobera nécessairement le degré de déférence auquel a droit le décideur et que traduisait auparavant la distinction entre le manifestement déraisonnable et le raisonnable *simpliciter*, et la prise en considération des décisions qui auraient pu raisonnablement être rendues dans les circonstances. Le rôle de la cour de révision est de délimiter les résultats raisonnables parmi lesquels le décideur administratif est libre de choisir. [141] [149]

La notion de « raisonnabilité » est vaste et l'application d'une norme unique devra prendre en compte un grand nombre de variables qui délimitent le contrôle judiciaire d'une décision administrative. Appliquer la norme de la raisonnabilité en fonction du contexte exige de la cour de révision qu'elle tienne compte de la nature et de la fonction précises du décideur, y compris

2008 SCC 9 (CanLII)

of the governing statute (or common law) conferring the power of decision including the existence of a privative clause and the nature of the issue being decided. Careful consideration of these matters will reveal the extent of the discretion conferred. In some cases the court will have to recognize that the decision maker was required to strike a proper balance (or achieve proportionality) between the adverse impact of a decision on the rights and interests of the applicant or others directly affected weighed against the public purpose which is sought to be advanced. In each case careful consideration will have to be given to the reasons given for the decision. This list of "contextual" considerations is non-exhaustive. A reviewing court ought to recognize throughout the exercise that fundamentally the "reasonableness" of the administrative outcome is an issue given to another forum to decide. [144] [151-155]

Per Deschamps, Charron and Rothstein JJ.: Any review starts with the identification of the questions at issue as questions of law, questions of fact or questions of mixed fact and law. In the adjudicative context, decisions on questions of fact, whether undergoing appellate review or administrative law review, always attract deference. When there is a privative clause, deference is owed to the administrative body that interprets the legal rules it was created to interpret and apply. If the body oversteps its delegated powers, if it is asked to interpret laws in respect of which it does not have expertise or if Parliament or a legislature has provided for a statutory right of review, deference is not owed to the decision maker. Finally, when considering a question of mixed fact and law, a reviewing court should show an adjudicator the same deference as an appeal court would show a lower court. [158-164]

Here, the employer's common law right to dismiss without cause was the starting point of the analysis. Since the adjudicator does not have specific expertise in interpreting the common law, the reviewing court can proceed to its own interpretation of the applicable rules and determine whether the adjudicator could enquire into the cause of the dismissal. The applicable standard of review is correctness. The distinction between the common law rules of employment and the statutory rules applicable to a unionized employee is essential if s. 97(2.1) of the *PSLRA* is to be applied *mutatis mutandis* to the case of a non-unionized employee as required by s. 100.1(5) of the *PSLRA*. The adjudicator's failure to inform himself of this crucial difference led him to look for a cause for the dismissal, which was not relevant. Even if deference had been owed to the adjudicator, his interpretation could not have stood. Employment security is so fundamental to an employment relationship

son expertise, du libellé et des objectifs de la loi (ou de la common law) conférant le pouvoir décisionnel, y compris la présence d'une clause privative, et de la nature de la question à trancher. L'examen attentif de ces éléments révélera l'étendue du pouvoir discrétionnaire. La cour de révision devra parfois reconnaître que le décideur devait établir un juste équilibre (ou une proportionnalité) entre, d'une part, les répercussions défavorables de la décision sur les droits et les intérêts du demandeur ou d'autres personnes directement touchées et, d'autre part, l'objectif public poursuivi. Elle devra toujours considérer attentivement les motifs de la décision. D'autres éléments « contextuels » pourront s'ajouter. Tout au long de la démarche, la cour de révision doit se rappeler que, fondamentalement, ce n'est pas à elle de juger de la « raisonnabilité » de la décision administrative. [144] [151-155]

Les juges Deschamps, Charron et Rothstein : Lors de toute révision, il faut d'abord déterminer si la question en litige est une question de droit, de fait ou mixte de fait et de droit. Dans le contexte juridictionnel, qu'elle fasse l'objet d'un appel ou d'un contrôle judiciaire, la décision sur une question de fait commande toujours la déférence. En présence d'une clause privative, la déférence s'impose à l'égard de l'organisme administratif qui interprète les règles juridiques pour l'interprétation et l'application desquelles il a été créé. La déférence ne s'impose pas lorsque l'organisme administratif outrepasse ses pouvoirs délégués, qu'il interprète des dispositions législatives ne relevant pas de son expertise ou que la loi prévoit expressément un droit de révision. Enfin, la cour de révision qui se penche sur une question mixte de fait et de droit devrait manifester autant de déférence envers le décideur que le ferait une cour d'appel vis-à-vis d'une cour inférieure. [158-164]

En l'espèce, le droit que la common law confère à l'employeur de congédier un employé sans invoquer de motif était le point de départ de l'analyse. Comme l'arbitre ne possède aucune expertise particulière dans l'interprétation de la common law, la cour de révision peut s'en remettre à sa propre interprétation des règles applicables et déterminer si l'arbitre pouvait ou non s'enquérir du motif du congédiement. La norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. La distinction entre les règles de la common law régissant l'emploi et celles d'origine législative applicables à l'employé syndiqué est essentielle à l'application du par. 97(2.1) de la *LRTSP* à un employé non syndiqué, avec les adaptations nécessaires, conformément au par. 100.1(5) de la même loi. L'omission de tenir compte de cette différence cruciale a amené l'arbitre à rechercher un motif de congédiement, ce qui était hors de propos. Même si l'arbitre avait eu droit à la déférence, son interprétation

2008 SCC 9 (CanLII)

that it could not have been granted by the legislature by providing only that the *PSLRA* was to apply *mutatis mutandis* to non-unionized employees. [168-171]

Cases Cited

By Bastarache and LeBel JJ.

Referred to: *Chalmers (Dr. Everett) Hospital v. Mills* (1989), 102 N.B.R. (2d) 1; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, [2004] 1 S.C.R. 727, 2004 SCC 28; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Executors of the Woodward Estate v. Minister of Finance*, [1973] S.C.R. 120; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29; *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R. 710, 2002 SCC 86; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Council of Canadians with Disabilities v. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 650, 2007 SCC 15; *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609, 2004 SCC 23; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; *Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 S.C.R. 672, 2004 SCC 26; *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14; *Quebec (Commission des*

n'aurait pu être retenue. La sécurité d'emploi est si fondamentale à la relation de travail que le législateur n'a pu l'accorder en prévoyant seulement l'application de la *LRTSP* aux employés non syndiqués, compte tenu des adaptations nécessaires. [168-171]

Jurisprudence

Citée par les juges Bastarache et LeBel

Arrêts mentionnés : *Chalmers (Dr. Everett) Hospital c. Mills* (1989), 102 R.N.-B. (2e) 1; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, [2004] 1 R.C.S. 727, 2004 CSC 28; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Succession Woodward c. Ministre des Finances*, [1973] R.C.S. 120; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, 2002 CSC 86; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650, 2007 CSC 15; *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, 2004 CSC 23; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; *Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 R.C.S. 672, 2004 CSC 26; *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 CSC 19; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police*

2008 SCC 9 (CanLII)

2008 SCC 9 (CanLII)

droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General), [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39; *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Reglin v. Creston (Town)* (2004), 34 C.C.E.L. (3d) 123, 2004 BCSC 790; *Gismondi v. Toronto (City)* (2003), 64 O.R. (3d) 688; *Seshia v. Health Sciences Centre* (2001), 160 Man. R. (2d) 41, 2001 MBCA 151; *Rosen v. Saskatoon District Health Board* (2001), 202 D.L.R. (4th) 35, 2001 SKCA 83; *Hanis v. Teevan* (1998), 111 O.A.C. 91; *Gerrard v. Sackville (Town)* (1992), 124 N.B.R. (2d) 70; *Malloch v. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278; *Hughes v. Moncton (City)* (1990), 111 N.B.R. (2d) 184, aff'd (1991), 118 N.B.R. (2d) 306; *Rosen v. Saskatoon District Health Board*, [2000] 4 W.W.R. 606, 2000 SKQB 40; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *School District No. 5 (Southeast Kootenay) and B.C.T.F. (Yellowaga) (Re)* (2000), 94 L.A.C. (4th) 56; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701.

By Binnie J.

Referred to: *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Cooper v. Wandsworth Board of Works* (1863), 14 C.B. (N.S.) 180, 143 E.R. 414; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp.*, [1947] 2 All E.R. 680; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322; *Law Society of*

Commissioners, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39; *Canada Safeway Ltd. c. SGDMR, section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; *Ridge c. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Reglin c. Creston (Town)* (2004), 34 C.C.E.L. (3d) 123, 2004 BCSC 790; *Gismondi c. Toronto (City)* (2003), 64 O.R. (3d) 688; *Seshia c. Health Sciences Centre* (2001), 160 Man. R. (2d) 41, 2001 MBCA 151; *Rosen c. Saskatoon District Health Board* (2001), 202 D.L.R. (4th) 35, 2001 SKCA 83; *Hanis c. Teevan* (1998), 111 O.A.C. 91; *Gerrard c. Sackville (Ville)* (1992), 124 R.N.-B. (2e) 70; *Malloch c. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278; *Hughes c. Moncton (Ville)* (1990), 111 R.N.-B. (2e) 184, conf. (1991), 118 R.N.-B. (2e) 306; *Rosen c. Saskatoon District Health Board*, [2000] 4 W.W.R. 606, 2000 SKQB 40; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *School District No. 5 (Southeast Kootenay) and B.C.T.F. (Yellowaga) (Re)* (2000), 94 L.A.C. (4th) 56; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701.

Citée par le juge Binnie

Arrêts mentionnés : *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Cooper c. Wandsworth Board of Works* (1863), 14 C.B. (N.S.) 180, 143 E.R. 414; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Associated Provincial Picture Houses Ltd. c. Wednesbury Corp.*, [1947] 2 All E.R. 680; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Westcoast Energy Inc. c.*

New Brunswick v. Ryan, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121.

By Deschamps J.

Referred to: *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63.

Statutes and Regulations Cited

Civil Service Act, S.N.B. 1984, c. C-5.1, s. 20.
Constitution Act, 1867, ss. 96 to 101.
Employment Standards Act, S.N.B. 1982, c. E-7.2.
Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23.
Human Rights Act, R.S.N.B. 1973, c. H-11.
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 23(1).
Interpretation Act, R.S.N.B. 1973, c. I-13, s. 20.
Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, ss. 92(1), 97, 97(2.1) [ad. 1990, c. 30, s. 35], 100.1 [*idem*, s. 40], 101(1) [*idem*, s. 41], (2) [*idem*].

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 8th ed. St. Paul, Minn.: West, 2004, "pleasure appointment".

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2007).

Cromwell, Thomas A. "Appellate Review: Policy and Pragmatism". In *2006 Pitblado Lectures, Appellate Courts: Policy, Law and Practice*. Winnipeg: Fort Garry, 2006, V-1.

de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London: Sweet & Maxwell, 1995.

Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.

England, Geoff. *Employment Law in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005 (loose-leaf updated March 2007, release 10).

Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

Canada (Office national de l'énergie), [1998] 1 R.C.S. 322; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

Citée par la juge Deschamps

Arrêts mentionnés : *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 96 à 101.
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 23(1).
Loi d'interprétation, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13, art. 20.
Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, art. 92(1), 97, 97(2.1) [aj. 1990, ch. 30, art. 35], 100.1 [*idem*, art. 40], 101(1) [*idem*, art. 41], (2) [*idem*].
Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23.
Loi sur la Fonction publique, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, art. 20.
Loi sur les droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11.
Loi sur les normes d'emploi, L.N.-B. 1982, ch. E-7.2.

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 8th ed. St. Paul, Minn. : West, 2004, « *pleasure appointment* ».

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto : Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2007).

Cromwell, Thomas A. « Appellate Review : Policy and Pragmatism ». In *2006 Pitblado Lectures, Appellate Courts : Policy, Law and Practice*. Winnipeg : Fort Garry, 2006, V-1.

de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London : Sweet & Maxwell, 1995.

Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford : Hart Publishing, 1997, 279.

England, Geoff. *Employment Law in Canada*, 4th ed. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2005 (loose-leaf updated March 2007, release 10).

Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.

2008 SCC 9 (CanLII)

Mullan, David J. *Administrative Law.* Toronto: Irwin Law, 2001.
Mullan, David J. "Recent Developments in Standard of Review", in *Taking the Tribunal to Court: A Practical Guide for Administrative Law Practitioners.* Canadian Bar Association (Ontario), October 20, 2000.
Mullan, David J. "Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?" (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59.
Sossin, Lorne, and Colleen M. Flood, "The Contextual Turn: Iacobucci's Legacy and the Standard of Review in Administrative Law" (2007), 57 *U.T.L.J.* 581.
Wade, Sir William. *Administrative Law*, 8th ed. by Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York: Oxford University Press, 2000.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Turnbull, Daigle and Robertson JJ.A.) (2006), 297 N.B.R. (2d) 151, 265 D.L.R. (4th) 609, 44 Admin. L.R. (4th) 92, 48 C.C.E.L. (3d) 196, 2006 CLLC ¶220-030, [2006] N.B.J. No. 118 (QL), 2006 CarswellNB 155, 2006 NBCA 27, affirming a judgment of Rideout J. (2005), 293 N.B.R. (2d) 5, 43 C.C.E.L. (3d) 205, [2005] N.B.J. No. 327 (QL), 2005 CarswellNB 444, 2005 NBQB 270, quashing a preliminary ruling and quashing in part an award made by an adjudicator. Appeal dismissed.

J. Gordon Petrie, *Q.C.*, and *Clarence L. Bennett*, for the appellant.

C. Clyde Spinney, *Q.C.*, and *Keith P. Mullin*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Fish and Abella JJ. was delivered by

BASTARACHE AND LEBEL JJ. —

I. Introduction

[1] This appeal calls on the Court to consider, once again, the troubling question of the approach to be taken in judicial review of decisions of administrative tribunals. The recent history of judicial review in Canada has been marked by ebbs and flows of deference, confounding tests and new words for old problems, but no solutions that provide real guidance for litigants, counsel, administrative decision

Mullan, David J. *Administrative Law.* Toronto : Irwin Law, 2001.
Mullan, David J. « Recent Developments in Standard of Review », in *Taking the Tribunal to Court : A Practical Guide for Administrative Law Practitioners.* Canadian Bar Association (Ontario), October 20, 2000.
Mullan, David J. « Establishing the Standard of Review : The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59.
Sossin, Lorne, and Colleen M. Flood, « The Contextual Turn : Iacobucci's Legacy and the Standard of Review in Administrative Law » (2007), 57 *U.T.L.J.* 581.
Wade, Sir William. *Administrative Law*, 8th ed. by Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York : Oxford University Press, 2000.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (les juges Turnbull, Daigle et Robertson) (2006), 297 R.N.-B. (2e) 151, 265 D.L.R. (4th) 609, 44 Admin. L.R. (4th) 92, 48 C.C.E.L. (3d) 196, 2006 CLLC ¶220-030, [2006] A.N.-B. no 118 (QL), 2006 CarswellNB 156, 2006 NBCA 27, qui a confirmé la décision du juge Rideout (2005), 293 R.N.-B. (2e) 5, 43 C.C.E.L. (3d) 205, [2005] A.N.-B. no 327 (QL), 2005 CarswellNB 444, 2005 NBBR 270, qui a annulé la décision de l'arbitre sur la question préalable et annulé en partie sa sentence. Pourvoi rejeté.

J. Gordon Petrie, *c.r.*, et *Clarence L. Bennett*, pour l'appelant.

C. Clyde Spinney, *c.r.*, et *Keith P. Mullin*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, LeBel, Fish et Abella rendu par

LES JUGES BASTARACHE ET LEBEL —

I. Introduction

[1] Une fois de plus, la Cour est appelée à se pencher sur l'épineuse question de la démarche qu'il convient d'adopter pour le contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs. Au Canada, l'évolution récente du contrôle judiciaire a été marquée par une déférence variable, l'application de critères déroutants et la qualification nouvelle de vieux problèmes, sans qu'une solution n'offre de vérita-

2008 SCC 9 (CanLII)

makers or judicial review judges. The time has arrived for a reassessment of the question.

A. *Facts*

[2] The appellant, David Dunsmuir, was employed by the Department of Justice for the Province of New Brunswick. His employment began on February 25, 2002, as a Legal Officer in the Fredericton Court Services Branch. The appellant was placed on an initial six-month probationary term. On March 14, 2002, by Order-in-Council, he was appointed to the offices of Clerk of the Court of Queen's Bench, Trial Division, Administrator of the Court of Queen's Bench, Family Division, and Clerk of the Probate Court of New Brunswick, all for the Judicial District of Fredericton.

[3] The employment relationship was not perfect. The appellant's probationary period was extended twice, to the maximum 12 months. At the end of each probationary period, the appellant was given a performance review. The first such review, which occurred in August 2002, identified four specific areas for improvement. The second review, three months later, cited the same four areas for development, but noted improvements in two. At the end of the third probationary period, the Regional Director of Court Services noted that the appellant had met all expectations and his employment was continued on a permanent basis.

[4] The employer reprimanded the appellant on three separate occasions during the course of his employment. The first incident occurred in July 2002. The appellant had sent an email to the Chief Justice of the Court of Queen's Bench objecting to a request that had been made by the judge of the Fredericton Judicial District for the preparation of a practice directive. The Regional Director issued a reprimand letter to the appellant, explaining that the means he had used to raise his concerns were inappropriate and exhibited serious error in judgment. In the event that a similar concern arose in the future, he was directed to discuss the matter

bles repères aux parties, à leurs avocats, aux décideurs administratifs ou aux cours de justice saisies de demandes de contrôle judiciaire. Le temps est venu de réévaluer la question.

A. *Les faits*

[2] Le 25 février 2002, l'appelant, David Dunsmuir, est entré en fonction au ministère de la Justice du Nouveau-Brunswick à titre de conseiller juridique de la Division des services aux tribunaux. Il était à l'essai pour une période de six mois. Par décret daté du 14 mars 2002, il a été nommé, pour la circonscription judiciaire de Fredericton, greffier de la Division de première instance et administrateur de la Division de la famille de la Cour du Banc de la Reine, de même que greffier de la Cour des successions.

[3] La relation d'emploi entre l'appelant et son employeur n'a pas été sans heurts. La période d'essai de l'appelant a été prolongée deux fois, atteignant la durée maximale de douze mois. À la fin de chacune des périodes d'essai, le rendement de l'appelant a été évalué. Au mois d'août 2002, la première évaluation faisait état de quatre points à améliorer. Trois mois plus tard, la deuxième évaluation relevait les mêmes quatre points, mais signalait des améliorations à l'égard de deux d'entre eux. Au terme de la troisième période d'essai, la directrice régionale des services aux tribunaux indiquait que l'appelant avait répondu à toutes les attentes, et ce dernier a été titularisé.

[4] L'employeur a réprimandé l'appelant à trois occasions distinctes en cours d'emploi, la première fois en juillet 2002. L'appelant avait communiqué par courriel au Juge en chef de la Cour du Banc de la Reine son opposition à une demande formulée par les juges de la circonscription judiciaire de Fredericton pour la préparation d'une directive en matière de procédure. La directrice régionale lui avait fait parvenir une lettre de réprimande lui expliquant que le moyen employé pour exprimer ses préoccupations était inopportun et qu'il avait commis une grave erreur de jugement. Elle lui avait précisé qu'il devrait à l'avenir s'adresser d'abord au

2008 SCC 9 (CanLII)

first with the Registrar or the Regional Director. The letter warned that failure to comply would lead to additional disciplinary measures and, if necessary, to dismissal.

[5] A second disciplinary measure occurred when, in April 2004, it came to the attention of the Assistant Deputy Minister that the appellant was being advertised as a lecturer at legal seminars offered in the private sector. The appellant had inquired previously into the possibility of doing legal work outside his employment. In February 2004, the Assistant Deputy Minister had informed him that lawyers in the public service should not practise law in the private sector. A month later, the appellant wrote a letter to the Law Society of New Brunswick stating that his participation as a non-remunerated lecturer had been vetted by his employer, who had voiced no objection. On June 3, 2004, the Assistant Deputy Minister issued to the appellant written notice of a one-day suspension with pay regarding the incident. The letter also referred to issues regarding the appellant's work performance, including complaints from unnamed staff, lawyers and members of the public regarding his difficulties with timeliness and organization. This second letter concluded with the statement that "[f]uture occurrences of this nature and failure to develop more efficient organized work habits will result in disciplinary action up to and including dismissal."

[6] Third, on July 21, 2004, the Regional Director wrote a formal letter of reprimand to the appellant regarding three alleged incidents relating to his job performance. This letter, too, concluded with a warning that the appellant's failure to improve his organization and timeliness would result in further disciplinary action up to and including dismissal. The appellant responded to the letter by informing the Regional Director that he would be seeking legal advice and, until that time, would not meet with her to discuss the matter further.

[7] A review of the appellant's work performance had been due in April 2004 but did not take place. The appellant met with the Regional Director on a

registraire ou à elle, faute de quoi il s'exposerait à d'autres mesures disciplinaires, voire au congédiement.

[5] La deuxième mesure disciplinaire a été prise après que le sous-ministre adjoint eut pris connaissance, en avril 2004, de l'annonce de séminaires juridiques organisés par le secteur privé présentant l'appelant comme un conférencier invité. L'appelant s'était auparavant renseigné sur la possibilité d'exercer le droit après ses heures de travail. Au mois de février 2004, le sous-ministre adjoint lui avait fait savoir que les avocats de la fonction publique ne devaient pas exercer leur profession dans le secteur privé. Un mois plus tard, l'appelant avait écrit au Barreau du Nouveau-Brunswick qu'après s'être penché sur la question, son employeur ne s'opposait pas à sa participation à titre de conférencier non rémunéré. Le 3 juin 2004, le sous-ministre adjoint l'avait informé par écrit de sa suspension d'un jour avec traitement. La lettre faisait également état de problèmes liés à son rendement au travail, y compris de plaintes anonymes de collègues, d'avocats et de citoyens lui reprochant de ne pas respecter les délais et de manquer d'organisation. Le sous-ministre adjoint concluait : [TRADUCTION] « Si d'autres incidents de cette nature se produisent ou si vous ne faites pas preuve de plus d'efficacité et d'organisation dans votre travail, vous vous exposez à des mesures disciplinaires pouvant aller jusqu'au congédiement. »

[6] La troisième fois, le 21 juillet 2004, la directrice régionale a rédigé une lettre de réprimande officielle concernant trois incidents liés au rendement de l'appelant. Elle aussi concluait par une mise en garde — s'il n'organisait pas mieux son travail ni ne respectait pas davantage les délais, il s'exposait à de nouvelles mesures disciplinaires pouvant aller jusqu'au congédiement. L'appelant lui a répondu qu'il consulterait un avocat et que, dans l'intervalle, il s'abstiendrait de la rencontrer pour discuter plus avant de la question.

[7] L'évaluation du rendement de l'appelant n'a pas eu lieu en avril 2004 comme prévu. La directrice régionale a rencontré l'appelant à quelques reprises

2008 SCC 9 (CanLII)

couple of occasions to discuss backlogs and organizational problems. Complaints were relayed to her by staff but they were not documented and it is unknown how many complaints there had been. The Regional Director notified the appellant on August 11, 2004, that his performance review was overdue and would occur by August 20. A meeting had been arranged for August 19 between the appellant, the Regional Director, the Assistant Deputy Minister and counsel for the appellant and the employer. While preparing for that meeting, the Regional Director and the Assistant Deputy Minister concluded that the appellant was not right for the job. The scheduled meeting was cancelled and a termination notice was faxed to the appellant. A formal letter of termination from the Deputy Minister was delivered to the appellant's lawyer the next day. The letter terminated the appellant's employment with the Province of New Brunswick, effective December 31, 2004. It read, in relevant part:

I regret to advise you that I have come to the conclusion that your particular skill set does not meet the needs of your employer in your current position, and that it is advisable to terminate your employment on reasonable notice, pursuant to section 20 of the *Civil Service Act*. You are accordingly hereby advised that your employment with the Province of New Brunswick will terminate on December 31, 2004. Cause for termination is not alleged.

To aid in your search for other employment, you are not required to report to work during the notice period and your salary will be continued until the date indicated or for such shorter period as you require either to find a job with equivalent remuneration, or you commence self-employment.

. . .

In the circumstances, we would request that you avoid returning to the workplace until your departure has been announced to staff, and until you have returned your keys and government identification to your supervisor, Ms. Laundry as well as any other property of the employer still in your possession . . . .

[8] On February 3, 2005, the appellant was removed from his statutory offices by order of the Lieutenant-Governor in Council.

pour discuter de dossiers en retard et d'organisation. Des plaintes lui avaient été transmises par des employés, mais elles n'étaient pas étayées et leur nombre demeure inconnu. Le 11 août 2004, elle a informé l'appelant que son rendement serait évalué au plus tard le 20 août. Une rencontre était prévue le 19 août entre l'appelant, la directrice générale, le sous-ministre adjoint, l'avocat de l'appelant et celui de l'employeur. En s'y préparant, la directrice régionale et le sous-ministre adjoint sont arrivés à la conclusion que l'appelant ne répondait pas aux exigences du poste. La rencontre a été annulée et un avis de cessation d'emploi a été télécopié à l'appelant. Le lendemain, un avis de cessation d'emploi a été transmis par le sous-ministre à l'avocat de l'appelant. Il mettait fin à l'emploi de l'appelant par la province du Nouveau-Brunswick en date du 31 décembre 2004. En voici les passages pertinents :

[TRADUCTION] J'ai le regret de vous informer que je suis arrivé à la conclusion que vos compétences particulières ne correspondent pas aux exigences de votre poste actuel déterminées par l'employeur et qu'il convient de mettre fin à votre emploi moyennant un préavis raisonnable, conformément à l'article 20 de la *Loi sur la Fonction publique*. Vous êtes donc informé par la présente que votre emploi par la province du Nouveau-Brunswick prendra fin le 31 décembre 2004. Aucun motif de congédiement n'est invoqué.

Afin que vous puissiez trouver un nouvel emploi, vous n'aurez pas à vous présenter au travail pendant le délai de préavis. Vous toucherez votre traitement jusqu'à la date mentionnée ou celle, antérieure, à laquelle vous trouverez un emploi offrant une rémunération équivalente ou deviendrez travailleur autonome.

. . .

Dans les circonstances, nous vous demandons de bien vouloir vous abstenir de revenir sur le lieu de travail avant que votre départ n'ait été annoncé au personnel et que vous n'ayez remis à votre supérieure immédiate, M^me^ Laundry, vos clés et votre carte d'identité ainsi que tout autre bien de l'employeur en votre possession . . .

[8] Le 3 février 2005, un décret du lieutenant-gouverneur en conseil a destitué l'appelant de ses charges créées par la loi.

2008 SCC 9 (CanLII)

[9] The appellant commenced the grievance process under s. 100.1 of the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25 ("*PSLRA*"; see Appendix), by letter to the Deputy Minister on September 1, 2004. That provision grants non-unionized employees of the provincial public service the right to file a grievance with respect to a "discharge, suspension or a financial penalty" (s. 100.1(2)). The appellant asserted several grounds of complaint in his grievance letter, in particular, that the reasons for the employer's dissatisfaction were not made known; that he did not receive a reasonable opportunity to respond to the employer's concerns; that the employer's actions in terminating him were without notice, due process or procedural fairness; and that the length of the notice period was inadequate. The grievance was denied. The appellant then gave notice that he would refer the grievance to adjudication under the *PSLRA*. The adjudicator was selected by agreement of the parties and appointed by the Labour and Employment Board.

[10] The adjudication hearing was convened and counsel for the appellant produced as evidence a volume of 169 documents. Counsel for the respondent objected to the inclusion of almost half of the documents. The objection was made on the ground that the documents were irrelevant since the appellant's dismissal was not disciplinary but rather was a termination on reasonable notice. The preliminary issue therefore arose of whether, where dismissal was with notice or pay in lieu thereof, the adjudicator was authorized to assess the reasons underlying the province's decision to terminate. Following his preliminary ruling on that issue, the adjudicator heard and decided the merits of the grievance.

B. *Decisions of the Adjudicator*

(1) Preliminary Ruling (January 10, 2005)

[11] The adjudicator began his preliminary ruling by considering s. 97(2.1) of the *PSLRA*. He reasoned that because the appellant was not included in a bargaining unit and there was no collective agreement or arbitral award, the section ought to be

[9] Dans une lettre au sous-ministre datée du 1er septembre 2004, l'appelant s'est prévalu de l'art. 100.1 de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25 (« *LRTSP* »; voir l'annexe), qui confère à l'employé non syndiqué d'un service public provincial le droit de présenter un grief à l'égard « du congédiement, de la suspension ou d'une peine pécuniaire » (par. 100.1(2)). Il invoquait plusieurs raisons à l'appui, notamment que l'employeur n'avait pas précisé ses motifs d'insatisfaction, qu'il ne lui avait pas donné la possibilité raisonnable de répondre aux reproches, que les mesures pour mettre fin à l'emploi avaient été prises sans préavis, sans application régulière de la loi et au mépris de l'équité procédurale et que l'indemnité versée était insuffisante. Le grief a été rejeté. L'appelant a alors donné avis qu'il demandait le renvoi à l'arbitrage sous le régime de la *LRTSP*. L'arbitre a été choisi de concert par les parties, puis nommé par la Commission du travail et de l'emploi.

[10] À l'audience d'arbitrage, l'avocat de l'appelant a déposé en preuve un classeur renfermant 169 documents. L'avocat de l'intimée a contesté la mise en preuve de près de la moitié d'entre eux, soutenant qu'ils n'étaient pas pertinents puisqu'il n'y avait pas eu congédiement de nature disciplinaire, mais cessation d'emploi avec préavis raisonnable. S'est alors posé la question préalable de savoir si, dans le cas d'un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu, l'arbitre était autorisé à déterminer les raisons de la décision de la province de mettre fin à l'emploi. Après avoir tranché la question, l'arbitre a entendu le grief et statué au fond.

B. *Les décisions de l'arbitre*

(1) La décision sur la question préalable (10 janvier 2005)

[11] L'arbitre a entrepris l'examen de la question préalable en se penchant sur le libellé du par. 97(2.1) de la *LRTSP*. Étant donné que l'appelant n'appartenait pas à une unité de négociation et n'était pas visé par une convention collective ou

2008 SCC 9 (CanLII)

interpreted to mean that where an adjudicator determines that an employee has been discharged for cause, the adjudicator may substitute another penalty for the discharge as seems just and reasonable in the circumstances. The adjudicator considered and relied on the decision of the New Brunswick Court of Appeal in *Chalmers (Dr. Everett) Hospital v. Mills* (1989), 102 N.B.R. (2d) 1.

[12] Turning to s. 100.1 of the *PSLRA*, he noted the referential incorporation of s. 97 in s. 100.1(5). He stated that such incorporation "necessarily means that an adjudicator has jurisdiction to make the determination described in s. 97(2.1), i.e. that an employee has been discharged or otherwise disciplined for cause" (p. 5). The adjudicator noted that an employee to whom s. 20 of the *Civil Service Act*, S.N.B. 1984, c. C-5.1 (see Appendix), applies may be discharged for cause, with reasonable notice or with pay in lieu of reasonable notice. He concluded by holding that an employer cannot avoid an inquiry into its real reasons for dismissing an employee by stating that cause is not alleged. Rather, a grieving employee is entitled to an adjudication as to whether a discharge purportedly with notice or pay in lieu thereof was in fact for cause. He therefore held that he had jurisdiction to make such a determination.

(2) Ruling on the Merits (February 16, 2005)

[13] In his decision on the merits, released shortly thereafter, the adjudicator found that the termination letter of August 19 effected termination with pay in lieu of notice. The employer did not allege cause. Inquiring into the reasons for dismissal the adjudicator was satisfied that, on his view of the evidence, the termination was not disciplinary. Rather, the decision to terminate was based on the employer's concerns about the appellant's work performance and his suitability for the positions he held.

[14] The adjudicator then considered the appellant's claim that he was dismissed without procedural fairness in that the employer did not inform him of the reasons for its dissatisfaction and did not give him an opportunity to respond. The adjudicator

une sentence arbitrale, il a conclu que cette disposition devait être interprétée comme l'autorisant, s'il estimait que l'employé avait été congédié pour motif, à substituer au congédiement la peine qui lui paraissait juste et raisonnable dans les circonstances. Il s'est fondé sur l'arrêt *Chalmers (Dr. Everett) Hospital c. Mills* (1989), 102 R.N.-B. (2e) 1, de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick.

[12] En ce qui concerne l'art. 100.1 de la *LRTSP*, comme le par. 100.1(5) incorporait l'art. 97 par renvoi, il a estimé [TRADUCTION] « que l'arbitre a nécessairement compétence pour décider, suivant le par. 97(2.1), qu'un employé a été congédié ou qu'une mesure disciplinaire a été autrement prise contre lui "pour motif" » (p. 5). Il a fait observer que l'employé visé à l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1 (voir l'annexe), pouvait être congédié pour motif avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu, pour conclure que l'employeur ne pouvait se soustraire à l'examen des véritables raisons du congédiement en s'abstenant d'invoquer un motif. L'employé qui présentait un grief avait droit selon lui à une décision quant à savoir si son congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu constituait en fait un congédiement pour motif. L'arbitre a donc conclu qu'il avait compétence pour rendre pareille décision.

(2) La décision au fond (16 février 2005)

[13] Dans la décision au fond rendue peu après, l'arbitre a statué que l'avis de cessation d'emploi du 19 août opérait un congédiement avec indemnité tenant lieu de préavis. L'employeur n'invoquait aucun motif. S'interrogeant sur les raisons du congédiement, l'arbitre s'est dit convaincu au vu de la preuve que la cessation d'emploi n'était pas de nature disciplinaire, mais découlait plutôt des préoccupations de l'employeur concernant le rendement de l'appelant et son aptitude à s'acquitter de ses fonctions.

[14] L'arbitre s'est ensuite penché sur l'allégation selon laquelle l'employeur avait manqué à son obligation d'équité procédurale en omettant de communiquer à l'appelant les raisons de son insatisfaction et de lui donner la possibilité d'y répondre. Il

2008 SCC 9 (CanLII)

placed some responsibility on the employer for cancelling the performance review scheduled for August 19. He also opined that the employer was not so much dissatisfied with the appellant's quality of work as with his lack of organization.

[15] The adjudicator's decision relied on *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, for the relevant legal principles regarding the right of "at pleasure" office holders to procedural fairness. As the appellant's employment was "hybrid in character" (para. 53) — he was both a Legal Officer under the *Civil Service Act* and, as Clerk, an office holder "at pleasure" — the adjudicator held that the appellant was entitled to procedural fairness in the employer's decision to terminate his employment. He declared that the termination was void *ab initio* and ordered the appellant reinstated as of August 19, 2004, the date of dismissal.

[16] The adjudicator added that in the event that his reinstatement order was quashed on judicial review, he would find the appropriate notice period to be eight months.

C. *Judicial History*

(1) Court of Queen's Bench of New Brunswick (2005), 293 N.B.R. (2d) 5, 2005 NBQB 270

[17] The Province of New Brunswick applied for judicial review of the adjudicator's decision on numerous grounds. In particular, it argued that the adjudicator had exceeded his jurisdiction in his preliminary ruling by holding that he was authorized to determine whether the termination was in fact for cause. The Province further argued that the adjudicator had acted incorrectly or unreasonably in deciding the procedural fairness issue. The application was heard by Rideout J.

[18] The reviewing judge applied a pragmatic and functional analysis, considering the presence of a full privative clause in the *PSLRA*, the

a attribué une certaine responsabilité à l'employeur pour l'annulation de l'évaluation du rendement censée avoir lieu le 19 août. Il a aussi estimé que ce n'était pas tant la qualité du travail de l'appelant que son manque d'organisation qui était à l'origine de l'insatisfaction de l'employeur.

[15] Pour ce qui est des principes juridiques permettant de statuer sur le droit à l'équité procédurale d'un titulaire de charge « à titre amovible », l'arbitre s'est reporté à l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653. Vu la nature [TRADUCTION] « hybride » de l'emploi (par. 53) — conseiller juridique soumis à la *Loi sur la Fonction publique* et greffier nommé à titre amovible —, il a conclu que la décision de l'employeur de mettre fin à l'emploi de l'appelant devait respecter l'équité procédurale. Il a déclaré nulle *ab initio* la cessation d'emploi et ordonné la réintégration de l'appelant dans ses fonctions à compter du 19 août 2004, date du congédiement.

[16] Pour le cas où son ordonnance de réintégration serait annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire, il a ajouté qu'un préavis de huit mois lui paraissait indiqué.

C. *Historique des procédures judiciaires*

(1) Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick (2005), 293 R.N.-B. (2e) 5, 2005 NBBR 270

[17] La province du Nouveau-Brunswick a demandé le contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre. Elle a invoqué de nombreux motifs, dont le suivant : dans sa décision sur la question préalable, l'arbitre avait outrepassé sa compétence en s'estimant fondé à déterminer si le congédiement était en fait un congédiement pour motif. La province a également prétendu que l'arbitre avait adopté une démarche incorrecte ou déraisonnable pour statuer sur l'équité procédurale. Le juge Rideout a entendu la demande.

[18] Recourant à l'analyse pragmatique et fonctionnelle, le juge a pris en compte la clause privative absolue de la *LRTSP*, l'expertise relative de

2008 SCC 9 (CanLII)

relative expertise of adjudicators appointed under the *PSLRA*, the purposes of ss. 97(2.1) and 100.1 of the *PSLRA* as well as s. 20 of the *Civil Service Act*, and the nature of the question as one of statutory interpretation. He concluded that the correctness standard of review applied and that the court need not show curial deference to the decision of an adjudicator regarding the interpretation of those statutory provisions.

[19] Regarding the preliminary ruling, the reviewing judge noted that the appellant was employed "at pleasure" and fell under s. 20 of the *Civil Service Act*. In his view, the adjudicator had overlooked the effects of s. 20 and had mistakenly given ss. 97(2.1) and 100.1 of the *PSLRA* a substantive, rather than procedural, interpretation. Those sections are procedural in nature. They provide an employee with a right to grieve his or her dismissal and set out the steps that must be followed to pursue a grievance. The adjudicator is bound to apply the contractual provisions as they exist and has no authority to change those provisions. Thus, in cases in which s. 20 of the *Civil Service Act* applies, the adjudicator must apply the ordinary rules of contract. The reviewing judge held that the adjudicator had erred in removing the words "and the collective agreement or arbitral award does not contain a specific penalty for the infraction that resulted in the employee being discharged or otherwise disciplined" from s. 97(2.1). Those words limit s. 97(2.1) to employees who are not employed "at pleasure". In the view of the reviewing judge, the adjudicator did not have jurisdiction to inquire into the reasons for the termination. His authority was limited to determining whether the notice period was reasonable. Having found that the adjudicator had exceeded his jurisdiction, the reviewing judge quashed his preliminary ruling.

[20] With respect to the adjudicator's award on the merits, the reviewing judge commented that some aspects of the decision are factual in nature and should be reviewed on a patent unreasonableness standard, while other aspects involve questions

l'arbitre nommé sous son régime, l'objet de son par. 97(2.1) et de son art. 100.1 ainsi que de l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, et la nature de la question en litige — s'agissait-il d'interpréter une disposition législative? Il a conclu que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte et que l'interprétation de ces dispositions législatives par l'arbitre ne commandait pas la déférence judiciaire.

[19] Au sujet de la question préalable, le juge de révision a signalé que l'appelant avait occupé une charge « à titre amovible » et qu'il était régi par l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*. Selon lui, l'arbitre n'avait pas tenu compte de la portée de cette disposition et avait considéré à tort le par. 97(2.1) et l'art. 100.1 de la *LRTSP* comme des dispositions substantielles plutôt que procédurales. Ces dispositions confèrent à l'employé le droit de présenter un grief à l'égard de son congédiement et établissent les étapes à suivre pour le faire. L'arbitre a l'obligation d'appliquer une clause contractuelle telle qu'elle est stipulée et ne possède pas le pouvoir de la modifier. Par conséquent, dans une affaire relevant de l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, il doit appliquer les règles contractuelles ordinaires. Le juge de révision a estimé que l'arbitre avait eu tort de faire abstraction des mots « et que la convention collective ou la sentence arbitrale ne contient pas une peine spécifique pour l'infraction en raison de laquelle l'employé a été congédié ou s'est vu imposer autrement une mesure disciplinaire » employés au par. 97(2.1). Suivant ce libellé, la disposition ne s'applique qu'aux employés n'occupant pas une charge « à titre amovible ». Selon le juge de révision, l'arbitre n'avait pas compétence pour s'enquérir des motifs de la cessation d'emploi. Il pouvait seulement se prononcer sur le caractère raisonnable du préavis. Après avoir conclu que l'arbitre avait outrepassé sa compétence, le juge de révision a annulé sa décision sur la question préalable.

[20] En ce qui a trait à la sentence arbitrale sur le fond, le juge de révision a indiqué que certains de ses éléments touchaient aux faits et commandaient l'application de la norme de la décision manifestement déraisonnable, mais que d'autres portaient

2008 SCC 9 (CanLII)

of mixed fact and law which are subject to a reasonableness *simpliciter* standard. The reviewing judge agreed with the Province that the adjudicator's reasons do not stand up to a "somewhat probing examination" (para. 76). The reviewing judge held that the adjudicator's award of reinstatement could not stand as he was not empowered by the *PSLRA* to make Lieutenant-Governor in Council appointments. In addition, by concluding that the decision was void *ab initio* owing to a lack of procedural fairness, the adjudicator failed to consider the doctrine of adequate alternative remedy. The appellant received procedural fairness by virtue of the grievance hearing before the adjudicator. The adjudicator had provisionally increased the notice period to eight months — that provided an adequate alternative remedy. Concluding that the adjudicator's decision did not stand up to review on a reasonableness *simpliciter* standard, the reviewing judge quashed the reinstatement order but upheld the adjudicator's provisional award of eight months' notice.

(2) Court of Appeal of New Brunswick (2006), 297 N.B.R. (2d) 151, 2006 NBCA 27

[21] The appellant appealed the decision of the reviewing judge. The Court of Appeal, Robertson J.A. writing, held that the proper standard with respect to the interpretation of the adjudicator's authority under the *PSLRA* was reasonableness *simpliciter* and that the reviewing judge had erred in adopting the correctness standard. The court reached that conclusion by proceeding through a pragmatic and functional analysis, placing particular emphasis on the presence of a full privative clause in the *PSLRA* and the relative expertise of an adjudicator in the labour relations and employment context. The court also relied on the decision of this Court in *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, [2004] 1 S.C.R. 727, 2004 SCC 28. However, the court noted that the adjudicator's interpretation of the *Mills* decision warranted no deference and that "correctness is the proper review standard when it comes to the interpretation and application of caselaw" (para. 17).

à la fois sur les faits et le droit, de sorte qu'il fallait appliquer la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. Il a convenu avec la province que les motifs de l'arbitre ne résistaient pas à « un examen assez poussé » (par. 76) et statué que l'arbitre ne pouvait ordonner la réintégration car la *LRTSP* ne l'autorisait pas à effectuer une nomination relevant du lieutenant-gouverneur en conseil. En outre, en concluant que le non-respect de l'équité procédurale rendait la décision nulle *ab initio*, l'arbitre avait omis de tenir compte de l'existence d'un autre recours approprié. L'appelant avait bénéficié de l'équité procédurale du fait de l'audition de son grief par l'arbitre, lequel avait subsidiairement porté le préavis à huit mois, d'où l'existence d'un autre recours approprié. Le juge de révision a conclu que la décision de l'arbitre ne satisfaisait pas à la norme de la raisonnabilité *simpliciter*, de sorte qu'il a annulé l'ordonnance de réintégration, mais confirmé la décision subsidiaire portant à huit mois le préavis requis.

(2) Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (2006), 297 R.N.-B. (2e) 151, 2006 NBCA 27

[21] L'appelant a interjeté appel de la décision du juge de révision. Par la voix du juge Robertson, la Cour d'appel a statué que la norme applicable à l'interprétation des pouvoirs conférés à l'arbitre par la *LRTSP* était celle de la raisonnabilité *simpliciter* et que le juge de révision avait eu tort d'appliquer celle de la décision correcte. Elle a conclu ainsi à l'issue d'une analyse pragmatique et fonctionnelle axée sur la clause privative absolue de la *LRTSP* et l'expertise relative de l'arbitre dans le domaine des relations de travail et de l'emploi. Elle s'est également appuyée sur notre arrêt *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, [2004] 1 R.C.S. 727, 2004 CSC 28. Toutefois, elle a indiqué que l'interprétation de l'arrêt *Mills* par l'arbitre n'appellait pas la déférence et que « la norme de la décision correcte est la norme de contrôle applicable lorsqu'il s'agit de l'interprétation et de l'application de la jurisprudence » (par. 17).

2008 SCC 9 (CanLII)

[22] Applying the reasonableness *simpliciter* standard, the court held that the adjudicator's decision was unreasonable. Robertson J.A. began by considering s. 20 of the *Civil Service Act* and noted that under the ordinary rules of contract, an employer holds the right to dismiss an employee with cause or with reasonable notice or with pay in lieu of notice. Section 20 of the *Civil Service Act* limits the Crown's common law right to dismiss its employees without cause or notice. Robertson J.A. reasoned that s. 97(2.1) of the *PSLRA* applies in principle to non-unionized employees, but that it is only where an employee has been discharged or disciplined *for cause* that an adjudicator may substitute such other penalty as seems just and reasonable in the circumstances. Where the employer elects to dismiss with notice or pay in lieu of notice, however, s. 97(2.1) does not apply. In such circumstances, the employee may only grieve the length of the notice period. The only exception is where the employee alleges that the decision to terminate was based on a prohibited ground of discrimination.

[23] On the issue of procedural fairness, the court found that the appellant exercised his right to grieve, and thus a finding that the duty of fairness had been breached was without legal foundation. The court dismissed the appeal.

II. Issues

[24] At issue, firstly is the approach to be taken in the judicial review of a decision of a particular adjudicative tribunal which was seized of a grievance filed by the appellant after his employment was terminated. This appeal gives us the opportunity to re-examine the foundations of judicial review and the standards of review applicable in various situations.

[25] The second issue involves examining whether the appellant who held an office "at pleasure" in the civil service of New Brunswick, had the right to procedural fairness in the employer's decision to terminate him. On this occasion, we will reassess the rule that has found formal expression in *Knight*.

[22] La Cour d'appel a conclu au regard de la norme de la raisonnabilité *simpliciter* que la décision de l'arbitre était déraisonnable. Le juge Robertson a d'abord examiné l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique* et relevé que suivant les règles contractuelles ordinaires, l'employeur pouvait congédier un employé soit pour motif, soit avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu. Cet article limite la faculté que le droit commun confère à l'État de congédier ses employés sans motif ni préavis. Le juge Robertson a estimé que le par. 97(2.1) de la *LRTSP* s'applique en principe aux employés non syndiqués, mais que l'arbitre ne peut substituer une autre peine lui semblant juste et raisonnable dans les circonstances que lorsque l'employé a été congédié ou a fait l'objet d'une mesure disciplinaire *pour motif*. Toutefois, lorsque l'employeur opte pour le congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu, le par. 97(2.1) ne s'applique pas. Le seul recours dont dispose alors l'employé consiste à contester le préavis par voie de grief, sauf — et c'est la seule exception — lorsqu'il allègue que le congédiement est fondé sur un motif de discrimination illicite.

[23] Au chapitre de l'équité procédurale, la Cour d'appel a jugé que l'appelant avait exercé son droit de présenter un grief et qu'il n'y avait donc pas eu manquement à l'obligation d'équité procédurale. L'appel a été rejeté.

II. Les questions en litige

[24] La Cour doit d'abord déterminer quelle démarche s'imposait pour le contrôle judiciaire de la décision rendue par l'arbitre saisi du grief présenté par l'appelant après son licenciement. Le présent pourvoi lui donne l'occasion de revoir les fondements du contrôle judiciaire et les normes applicables dans différentes situations.

[25] Elle doit en second lieu se demander si l'appelant, qui était titulaire d'une charge à titre amovible dans la fonction publique du Nouveau-Brunswick, avait droit à ce que son employeur fasse preuve d'équité procédurale en prenant la décision de mettre fin à son emploi. À cet égard, nous réévaluerons la règle formulée dans l'arrêt *Knight*.

2008 SCC 9 (CanLII)

[26] The two types of judicial review, on the merits and on the process, are therefore engaged in this case. Our review of the system will therefore be comprehensive, which is preferable since a holistic approach is needed when considering fundamental principles.

III. Issue 1: Review of the Adjudicator's Statutory Interpretation Determination

A. *Judicial Review*

[27] As a matter of constitutional law, judicial review is intimately connected with the preservation of the rule of law. It is essentially that constitutional foundation which explains the purpose of judicial review and guides its function and operation. Judicial review seeks to address an underlying tension between the rule of law and the foundational democratic principle, which finds an expression in the initiatives of Parliament and legislatures to create various administrative bodies and endow them with broad powers. Courts, while exercising their constitutional functions of judicial review, must be sensitive not only to the need to uphold the rule of law, but also to the necessity of avoiding undue interference with the discharge of administrative functions in respect of the matters delegated to administrative bodies by Parliament and legislatures.

[28] By virtue of the rule of law principle, all exercises of public authority must find their source in law. All decision-making powers have legal limits, derived from the enabling statute itself, the common or civil law or the Constitution. Judicial review is the means by which the courts supervise those who exercise statutory powers, to ensure that they do not overstep their legal authority. The function of judicial review is therefore to ensure the legality, the reasonableness and the fairness of the administrative process and its outcomes.

[29] Administrative powers are exercised by decision makers according to statutory regimes that are themselves confined. A decision maker may not exercise authority not specifically assigned to him or her. By acting in the absence of legal authority,

[26] Le présent pourvoi met donc en jeu les deux types de contrôle judiciaire, l'un sur le fond, l'autre sur le plan de la procédure. Notre révision portera donc sur le mécanisme dans son ensemble, ce qui est préférable, car l'examen de principes fondamentaux commande une démarche globale.

III. Premier volet : Contrôle de l'interprétation de la loi par l'arbitre

A. *Le contrôle judiciaire*

[27] Sur le plan constitutionnel, le contrôle judiciaire est intimement lié au maintien de la primauté du droit. C'est essentiellement cette assise constitutionnelle qui explique sa raison d'être et oriente sa fonction et son application. Le contrôle judiciaire s'intéresse à la tension sous-jacente à la relation entre la primauté du droit et le principe démocratique fondamental, qui se traduit par la prise de mesures législatives pour créer divers organismes administratifs et les investir de larges pouvoirs. Lorsqu'elles s'acquittent de leurs fonctions constitutionnelles de contrôle judiciaire, les cours de justice doivent tenir compte de la nécessité non seulement de maintenir la primauté du droit, mais également d'éviter toute immixtion injustifiée dans l'exercice de fonctions administratives en certaines matières déterminées par le législateur.

[28] La primauté du droit veut que tout exercice de l'autorité publique procède de la loi. Tout pouvoir décisionnel est légalement circonscrit par la loi habilitante, la common law, le droit civil ou la Constitution. Le contrôle judiciaire permet aux cours de justice de s'assurer que les pouvoirs légaux sont exercés dans les limites fixées par le législateur. Il vise à assurer la légalité, la rationalité et l'équité du processus administratif et de la décision rendue.

[29] Les décideurs administratifs exercent leurs pouvoirs dans le cadre de régimes législatifs qui sont eux-mêmes délimités. Ils ne peuvent exercer de pouvoirs qui ne leur sont pas expressément conférés. S'ils agissent sans autorisation légale,

2008 SCC 9 (CanLII)

the decision maker transgresses the principle of the rule of law. Thus, when a reviewing court considers the scope of a decision-making power or the jurisdiction conferred by a statute, the standard of review analysis strives to determine what authority was intended to be given to the body in relation to the subject matter. This is done within the context of the courts' constitutional duty to ensure that public authorities do not overreach their lawful powers: *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220, at p. 234; also *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, at para. 21.

[30] In addition to the role judicial review plays in upholding the rule of law, it also performs an important constitutional function in maintaining legislative supremacy. As noted by Justice Thomas Cromwell, "the rule of law is affirmed by assuring that the courts have the final say on the jurisdictional limits of a tribunal's authority; second, legislative supremacy is affirmed by adopting the principle that the concept of jurisdiction should be narrowly circumscribed and defined according to the intent of the legislature in a contextual and purposeful way; third, legislative supremacy is affirmed and the court-centric conception of the rule of law is reined in by acknowledging that the courts do not have a monopoly on deciding all questions of law" ("Appellate Review: Policy and Pragmatism", in *2006 Isaac Pitblado Lectures*, *Appellate Courts: Policy, Law and Practice*, V-1, at p. V-12). In essence, the rule of law is maintained because the courts have the last word on jurisdiction, and legislative supremacy is assured because determining the applicable standard of review is accomplished by establishing legislative intent.

[31] The legislative branch of government cannot remove the judiciary's power to review actions and decisions of administrative bodies for compliance with the constitutional capacities of the government. Even a privative clause, which provides a strong indication of legislative intent, cannot be determinative in this respect (*Executors of the Woodward Estate v. Minister of Finance*, [1973] S.C.R. 120, at

ils portent atteinte au principe de la primauté du droit. C'est pourquoi lorsque la cour de révision se penche sur l'étendue d'un pouvoir décisionnel ou de la compétence accordée par la loi, l'analyse relative à la norme de contrôle vise à déterminer quel pouvoir le législateur a voulu donner à l'organisme en la matière. Elle le fait dans le contexte de son obligation constitutionnelle de veiller à la légalité de l'action administrative : *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, p. 234; également, *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 21.

[30] Non seulement le contrôle judiciaire contribue au respect de la primauté du droit, mais il joue un rôle constitutionnel important en assurant la suprématie législative. Comme l'a fait observer le juge Thomas Cromwell, [TRADUCTION] « la primauté du droit est consacrée par le pouvoir d'une cour de justice de statuer en dernier ressort sur l'étendue de la compétence d'un tribunal administratif, par l'application du principe selon lequel il convient de bien délimiter la compétence et de bien la définir, en fonction de l'intention du législateur, d'une manière à la fois contextuelle et téléologique, ainsi que par la reconnaissance du fait que les cours de justice n'ont pas le pouvoir exclusif de statuer sur toutes les questions de droit, ce qui tempère la conception judiciarisée de la primauté du droit » (« Appellate Review : Policy and Pragmatism », dans *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts : Policy, Law and Practice*, V-1, p. V-12). Essentiellement, la primauté du droit est assurée par le dernier mot qu'ont les cours de justice en matière de compétence, et la suprématie législative, par la détermination de la norme de contrôle applicable en fonction de l'intention du législateur.

[31] L'organe législatif du gouvernement ne peut supprimer le pouvoir judiciaire de s'assurer que les actes et les décisions d'un organisme administratif sont conformes aux pouvoirs constitutionnels du gouvernement. Même si elle est révélatrice de l'intention du législateur, la clause privative ne saurait être décisive à cet égard (*Succession Woodward c. Ministre des Finances*, [1973] R.C.S. 120, p. 127).

2008 SCC 9 (CanLII)

p. 127). The inherent power of superior courts to review administrative action and ensure that it does not exceed its jurisdiction stems from the judicature provisions in ss. 96 to 101 of the *Constitution Act, 1867*: *Crevier.* As noted by Beetz J. in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1090, "[t]he role of the superior courts in maintaining the rule of law is so important that it is given constitutional protection". In short, judicial review is constitutionally guaranteed in Canada, particularly with regard to the definition and enforcement of jurisdictional limits. As Laskin C.J. explained in *Crevier*:

> Where . . . questions of law have been specifically covered in a privative enactment, this Court, as in *Farrah*, has not hesitated to recognize this limitation on judicial review as serving the interests of an express legislative policy to protect decisions of adjudicative agencies from external correction. Thus, it has, in my opinion, balanced the competing interests of a provincial Legislature in its enactment of substantively valid legislation and of the courts as ultimate interpreters of the *British North America Act* and s. 96 thereof. The same considerations do not, however, apply to issues of jurisdiction which are not far removed from issues of constitutionality. It cannot be left to a provincial statutory tribunal, in the face of s. 96, to determine the limits of its own jurisdiction without appeal or review. [pp. 237-38]

See also D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), at p. 50.

[32] Despite the clear, stable constitutional foundations of the system of judicial review, the operation of judicial review in Canada has been in a constant state of evolution over the years, as courts have attempted to devise approaches to judicial review that are both theoretically sound and effective in practice. Despite efforts to refine and clarify it, the present system has proven to be difficult to implement. The time has arrived to re-examine the Canadian approach to judicial review of administrative decisions and develop a principled framework that is more coherent and workable.

Le pourvoir inhérent d'une cour supérieure de contrôler les actes de l'Administration et de s'assurer que celle-ci n'outrepasse pas les limites de sa compétence tire sa source des art. 96 à 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* portant sur la magistrature : arrêt *Crevier.* Comme l'a dit le juge Beetz dans l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, p. 1090, « [l]e rôle des cours supérieures dans le maintien de la légalité est si important qu'il bénéficie d'une protection constitutionnelle ». En résumé, le contrôle judiciaire bénéficie de la protection constitutionnelle au Canada, surtout lorsqu'il s'agit de définir les limites de la compétence et de les faire respecter. Le juge en chef Laskin l'a expliqué dans l'arrêt *Crevier* :

> [Q]uand la disposition privative englobe spécifiquement les questions de droit, cette Cour n'a pas hésité, comme dans l'arrêt *Farrah*, à reconnaître que cette limitation du contrôle judiciaire favorise une politique législative explicite qui veut protéger les décisions des organismes judiciaires contre la rectification externe. La Cour a ainsi, à mon avis, maintenu l'équilibre entre les objectifs contradictoires du législateur provincial de voir confirmer la validité quant au fond des lois qu'il a adoptées et ceux des tribunaux d'être les interprètes en dernier ressort de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et de son art. 96. Les mêmes considérations ne s'appliquent cependant pas aux questions de compétence qui ne sont pas très éloignées des questions de constitutionnalité. Il ne peut être accordé à un tribunal créé par une loi provinciale, à cause de l'art. 96, de définir les limites de sa propre compétence sans appel ni révision. [p. 237-238]

Voir aussi D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), p. 50.

[32] Ses assises constitutionnelles claires et stables n'ont pas empêché le contrôle judiciaire de connaître une évolution constante au Canada, les cours de justice s'efforçant au fil des ans de concevoir une démarche tout autant valable sur le plan théorique qu'efficace en pratique. Malgré les efforts pour l'améliorer et le clarifier, le mécanisme actuel s'est révélé difficile à appliquer. Le temps est venu de revoir le contrôle judiciaire des décisions administratives au Canada et d'établir un cadre d'analyse rationnel qui soit plus cohérent et fonctionnel.

2008 SCC 9 (CanLII)

[33] Although the instant appeal deals with the particular problem of judicial review of the decisions of an adjudicative tribunal, these reasons will address first and foremost the structure and characteristics of the system of judicial review as a whole. In the wake of *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41, and *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29, it has become apparent that the present system must be simplified. The comments of LeBel J. in *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R. 710, 2002 SCC 86, at paras. 190 and 195, questioning the applicability of the "pragmatic and functional approach" to the decisions and actions of all kinds of administrative actors, illustrated the need for change.

B. *Reconsidering the Standards of Judicial Review*

[34] The current approach to judicial review involves three standards of review, which range from correctness, where no deference is shown, to patent unreasonableness, which is most deferential to the decision maker, the standard of reasonableness *simpliciter* lying, theoretically, in the middle. In our view, it is necessary to reconsider both the number and definitions of the various standards of review, and the analytical process employed to determine which standard applies in a given situation. We conclude that there ought to be two standards of review — correctness and reasonableness.

[35] The existing system of judicial review has its roots in several landmark decisions beginning in the late 1970s in which this Court developed the theory of substantive review to be applied to determinations of law, and determinations of fact and of mixed law and fact made by administrative tribunals. In *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979]

[33] Même si le présent pourvoi porte plus particulièrement sur le contrôle judiciaire d'une décision arbitrale, dans les présents motifs, la Cour se penche avant tout sur l'architecture et les caractéristiques du mécanisme de contrôle judiciaire dans son ensemble. À la suite des arrêts *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41, et *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29, il est devenu apparent que le mécanisme actuel devait être simplifié. Les observations du juge LeBel dans l'arrêt *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, 2002 CSC 86, par. 190 et 195, mettant en doute l'applicabilité de l'« approche pragmatique et fonctionnelle » aux décisions et aux mesures de tous les genres d'organisme administratif, font ressortir la nécessité d'une réévaluation.

B. *Repenser les normes de contrôle judiciaire*

[34] À l'heure actuelle, le contrôle judiciaire s'effectue en fonction de trois normes : celle de la décision correcte, qui n'appelle aucune déférence, celle du caractère manifestement déraisonnable, qui commande la plus grande déférence, et celle du caractère raisonnable *simpliciter*, qui se situe théoriquement à mi-chemin entre les deux. Il s'impose, selon nous, de repenser tant le nombre que la teneur des normes de contrôle, ainsi que la démarche analytique qui préside à la détermination de la norme applicable. Nous sommes d'avis qu'il ne devrait y avoir que deux normes de contrôle, celle de la décision correcte et celle de la décision raisonnable.

[35] Le mécanisme actuel de contrôle judiciaire est issu d'arrêts de principe rendus à partir de la fin des années 1970. La Cour y a élaboré la théorie de l'examen approfondi des conclusions de droit, de fait ou mixtes de droit et de fait tirées par les tribunaux administratifs. Dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979]

2008 SCC 9 (CanLII)

2 S.C.R. 227 ("*CUPE*"), Dickson J. introduced the idea that, depending on the legal and administrative contexts, a specialized administrative tribunal with particular expertise, which has been given the protection of a privative clause, if acting within its jurisdiction, could provide an interpretation of its enabling legislation that would be allowed to stand unless "so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review" (p. 237). Prior to *CUPE*, judicial review followed the "preliminary question doctrine", which inquired into whether a tribunal had erred in determining the scope of its jurisdiction. By simply branding an issue as "jurisdictional", courts could replace a decision of the tribunal with one they preferred, often at the expense of a legislative intention that the matter lie in the hands of the administrative tribunal. *CUPE* marked a significant turning point in the approach of courts to judicial review, most notably in Dickson J.'s warning that courts "should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so" (p. 233). Dickson J.'s policy of judicial respect for administrative decision making marked the beginning of the modern era of Canadian administrative law.

2 R.C.S. 227 (« *SCFP* »), le juge Dickson a lancé l'idée que, selon les contextes juridiques et administratifs, le tribunal administratif spécialisé jouissant d'une expertise particulière et bénéficiant de la protection d'une clause privative pouvait, s'il n'outrepassait pas sa compétence, proposer une interprétation de sa loi habilitante qui serait jugée valable à moins qu'elle ne soit « déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire » (p. 237). Avant cet arrêt, la « doctrine de la condition préalable » était appliquée en matière de contrôle judiciaire et s'attachait au bien-fondé de la décision du tribunal administratif concernant l'étendue de sa compétence. La cour de révision pouvait alors substituer à la décision de l'organisme celle qu'elle jugeait préférable, sous prétexte que la question soulevée avait trait à la « compétence », faisant souvent fi de l'intention du législateur de s'en remettre au tribunal administratif. L'arrêt *SCFP*, et surtout la mise en garde du juge Dickson invitant les tribunaux judiciaires à « éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard » (p. 233), a constitué un point tournant dans la conception du contrôle judiciaire. Le respect du processus décisionnel administratif préconisé par le juge Dickson a marqué le début de l'ère moderne du droit administratif canadien.

[36] *CUPE* did not do away with correctness review altogether and in *Bibeault*, the Court affirmed that there are still questions on which a tribunal must be correct. As Beetz J. explained, "the jurisdiction conferred on administrative tribunals and other bodies created by statute is limited, and . . . such a tribunal cannot by a misinterpretation of an enactment assume a power not given to it by the legislator" (p. 1086). *Bibeault* introduced the concept of a "pragmatic and functional analysis" to determine the jurisdiction of a tribunal, abandoning the "preliminary question" theory. In arriving at the appropriate standard of review, courts were to consider a number of factors including the wording of the provision conferring jurisdiction on the tribunal, the purpose of the enabling statute, the reason for the existence of the tribunal, the expertise of its

[36] Cependant, l'arrêt *SCFP* n'a pas totalement écarté l'examen suivant la norme de la décision correcte; dans l'arrêt *Bibeault*, la Cour a rappelé qu'il demeurait des questions qu'un tribunal administratif devait trancher correctement. Comme l'a expliqué le juge Beetz, « la compétence conférée aux tribunaux administratifs et à d'autres organismes créés par la loi [est] limitée, et [. . .] un tel tribunal ne [peut], par une interprétation erronée d'une disposition de loi, s'arroger un pouvoir que le législateur ne lui a pas donné » (p. 1086). L'arrêt *Bibeault* a introduit la notion d'« analyse pragmatique et fonctionnelle » pour déterminer la compétence d'un tribunal administratif et marqué l'abandon de la théorie « de la condition préalable ». Pour arriver à la bonne norme de contrôle, les cours de justice devaient tenir compte de divers éléments,

2008 SCC 9 (CanLII)

members, and the nature of the problem (p. 1088). The new approach would put "renewed emphasis on the superintending and reforming function of the superior courts" (p. 1090). The "pragmatic and functional analysis", as it came to be known, was later expanded to determine the appropriate degree of deference in respect of various forms of administrative decision making.

[37] In *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, a third standard of review was introduced into Canadian administrative law. The legislative context of that case, which provided a statutory right of appeal from the decision of a specialized tribunal, suggested that none of the existing standards was entirely satisfactory. As a result, the reasonableness *simpliciter* standard was introduced. It asks whether the tribunal's decision was reasonable. If so, the decision should stand; if not, it must fall. In *Southam*, Iacobucci J. described an unreasonable decision as one that "is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination" (para. 56) and explained that the difference between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* is the "immediacy" or "obviousness" of the defect in the tribunal's decision (para. 57). The defect will appear on the face of a patently unreasonable decision, but where the decision is merely unreasonable, it will take a searching review to find the defect.

[38] The three standards of review have since remained in Canadian administrative law, the approach to determining the appropriate standard of review having been refined in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982.

[39] The operation of three standards of review has not been without practical and theoretical difficulties, neither has it been free of criticism. One major problem lies in distinguishing between the

dont le libellé de la disposition conférant la compétence, l'objet de la loi habilitante, la raison d'être du tribunal administratif, l'expertise de ses membres et la nature du problème (p. 1088). La nouvelle approche mettait « de nouveau l'accent sur le rôle de contrôle et de surveillance joué par les cours supérieures » (p. 1090). L'« analyse pragmatique et fonctionnelle » a vu sa portée s'accroître ensuite pour englober la détermination du degré de déférence que commandaient les différents types de décision administrative.

[37] Dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, la Cour a introduit une troisième norme de contrôle dans le droit administratif canadien. Dans cette affaire, le contexte législatif — existence d'un droit d'appel de la décision d'un tribunal spécialisé —, donnait à penser qu'aucune des normes existantes ne convenait parfaitement. D'où l'adoption de la norme du caractère raisonnable *simpliciter*, qui consiste à déterminer si la décision est raisonnable. Dans l'affirmative, la décision demeure, dans la négative, elle est annulée. Dans l'arrêt *Southam*, le juge Iacobucci a écrit au sujet de la décision déraisonnable qu'elle « n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé » (par. 56). Il a expliqué que la différence entre la norme du manifestement déraisonnable et celle du raisonnable *simpliciter* réside dans le « caractère flagrant ou évident » du défaut entachant la décision du tribunal administratif (par. 57). Dans le cas d'une décision manifestement déraisonnable, le défaut est manifeste, alors que dans celui d'une décision seulement déraisonnable, il faut un examen approfondi pour le déceler.

[38] Les trois normes de contrôle font partie du droit administratif canadien depuis lors, et le mode de détermination de la norme applicable a été précisé dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982.

[39] L'application de trois normes de contrôle n'a pas manqué de poser des difficultés d'ordre pratique et théorique, et aucune n'a échappé à la critique. Il est particulièrement difficile de distinguer la

2008 SCC 9 (CanLII)

patent unreasonableness standard and the reasonableness *simpliciter* standard. The difficulty in distinguishing between those standards contributes to the problem of choosing the right standard of review. An even greater problem lies in the application of the patent unreasonableness standard, which at times seems to require parties to accept an unreasonable decision.

[40] The definitions of the patent unreasonableness standard that arise from the case law tend to focus on the magnitude of the defect and on the immediacy of the defect (see *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63, at para. 78, *per* LeBel J.). Those two hallmarks of review under the patent unreasonableness standard have been used consistently in the jurisprudence to distinguish it from review under the standard of reasonableness *simpliciter.* As it had become clear that, after *Southam*, lower courts were struggling with the conceptual distinction between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, Iacobucci J., writing for the Court in *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, attempted to bring some clarity to the issue. He explained the different operations of the two deferential standards as follows, at paras. 52-53:

> [A] patently unreasonable defect, once identified, can be explained simply and easily, leaving no real possibility of doubting that the decision is defective. A patently unreasonable decision has been described as "clearly irrational" or "evidently not in accordance with reason" . . . . A decision that is patently unreasonable is so flawed that no amount of curial deference can justify letting it stand.
>
> A decision may be unreasonable without being patently unreasonable when the defect in the decision is less obvious and might only be discovered after "significant searching or testing" (*Southam*, *supra*, at para. 57). Explaining the defect may require a detailed exposition to show that there are no lines of reasoning supporting the decision which could reasonably lead that tribunal to reach the decision it did.

[41] As discussed by LeBel J. at length in *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, notwithstanding the increased

norme de la décision manifestement déraisonnable de celle de la décision raisonnable *simpliciter*, ce qui ajoute au problème du choix de la bonne norme. L'application de la norme du caractère manifestement déraisonnable est encore plus problématique en ce qu'elle paraît parfois imposer aux parties une décision déraisonnable.

[40] La définition jurisprudentielle de la décision manifestement déraisonnable met généralement l'accent sur l'importance du défaut et sur son caractère flagrant (voir l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63, par. 78, le juge LeBel). Les cours de justice se sont toujours fondées sur ces deux caractéristiques pour la distinguer de la décision raisonnable *simpliciter.* Après l'arrêt *Southam*, il était apparu clairement que la distinction conceptuelle entre les deux normes n'allait pas de soi pour les juridictions inférieures. Dans l'arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, s'exprimant au nom de la Cour, le juge Iacobucci a donc tenté de clarifier la question en précisant le fonctionnement de chacune des deux normes commandant la déférence (par. 52-53) :

> [D]ès qu'un défaut manifestement déraisonnable a été relevé, il peut être expliqué simplement et facilement, de façon à écarter toute possibilité réelle de douter que la décision est viciée. La décision manifestement déraisonnable a été décrite comme étant « clairement irrationnelle » ou « de toute évidence non conforme à la raison » [. . .] Une décision qui est manifestement déraisonnable est à ce point viciée qu'aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir.
>
> Une décision peut être déraisonnable sans être manifestement déraisonnable lorsque le défaut dans la décision est moins évident et qu'il ne peut être décelé qu'après « un examen ou . . . une analyse en profondeur » (*Southam*, précité, par. 57). L'explication du défaut peut exiger une explication détaillée pour démontrer qu'aucun des raisonnements avancés pour étayer la décision ne pouvait raisonnablement amener le tribunal à rendre la décision prononcée.

[41] Comme le juge LeBel en fait longuement état dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, malgré

2008 SCC 9 (CanLII)

clarity that *Ryan* brought to the issue and the theoretical differences between the standards of patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, a review of the cases reveals that any actual difference between them in terms of their operation appears to be illusory (see also the comments of Abella J. in *Council of Canadians with Disabilities v. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 650, 2007 SCC 15, at paras. 101-3). Indeed, even this Court divided when attempting to determine whether a particular decision was "patently unreasonable", although this should have been self-evident under the existing test (see *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*). This result is explained by the fact that both standards are based on the idea that there might be multiple valid interpretations of a statutory provision or answers to a legal dispute and that courts ought not to interfere where the tribunal's decision is rationally supported. Looking to either the magnitude or the immediacy of the defect in the tribunal's decision provides no meaningful way in practice of distinguishing between a patently unreasonable and an unreasonable decision. As Mullan has explained:

> [T]o maintain a position that it is only the "clearly irrational" that will cross the threshold of patent unreasonableness while irrationality *simpliciter* will not is to make a nonsense of the law. Attaching the adjective "clearly" to irrational is surely a tautology. Like "uniqueness", irrationality either exists or it does not. There cannot be shades of irrationality.
>
> See D. J. Mullan, "Recent Developments in Standard of Review", in Canadian Bar Association (Ontario), *Taking the Tribunal to Court: A Practical Guide for Administrative Law Practitioners* (2000), at p. 25.

[42] Moreover, even if one could conceive of a situation in which a clearly or highly irrational decision were distinguishable from a merely irrational decision, it would be unpalatable to require parties to accept an irrational decision simply because, on a deferential standard, the irrationality of the decision is not clear *enough*. It is also inconsistent with the rule of law to retain an irrational decision. As

les éclaircissements de la Cour dans l'arrêt *Ryan,* notamment au chapitre des différences théoriques entre la norme du manifestement déraisonnable et celle de la décision raisonnable *simpliciter*, il appert de la jurisprudence que toute différence réelle sur le plan de l'application se révèle illusoire (voir également les remarques de la juge Abella dans l'arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650, 2007 CSC 15, par. 101-103). D'ailleurs, dans l'affaire *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, même les juges de la Cour ont été partagés quant à savoir si la décision en cause était « manifestement déraisonnable », alors que la réponse aurait dû être évidente suivant le test applicable. Le phénomène s'explique par le fait que les deux normes s'appuient sur l'idée qu'une disposition législative peut donner lieu à plus d'une interprétation valable, et un litige, à plus d'une solution, et que la cour de révision doit se garder d'intervenir lorsque la décision administrative a un fondement rationnel. Dans les faits, ni l'importance du défaut entachant la décision ni son caractère flagrant ne permettent vraiment de distinguer une décision manifestement déraisonnable d'une décision déraisonnable. Comme le précise Mullan :

> [TRADUCTION] [S]outenir que seule la décision « clairement irrationnelle » est manifestement déraisonnable, à l'exclusion de celle qui est irrationnelle *simpliciter*, vide de sens la règle de droit. Rattacher l'adverbe « clairement » à l'adjectif « irrationnelle » est certes une tautologie. Tout comme l'« unicité », l'irrationalité est ou n'est pas. Une décision ne peut être un peu irrationnelle.
>
> Voir D. J. Mullan, « Recent Developments in Standard of Review », dans l'Association du Barreau canadien (Ontario), *Taking the Tribunal to Court : A Practical Guide for Administrative Law Practitioners* (2000), p. 25.

[42] En outre, même si l'on pouvait concevoir le cas où une décision clairement ou particulièrement irrationnelle se distinguerait d'une décision simplement irrationnelle, il répugnerait à la justice que les parties doivent se soumettre à une décision irrationnelle pour la seule raison que l'irrationalité n'est pas *assez* évidente suivant une norme appelant la déférence. Le maintien d'une décision

2008 SCC 9 (CanLII)

LeBel J. explained in his concurring reasons in *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 108:

> In the end, the essential question remains the same under both standards: was the decision of the adjudicator taken in accordance with reason? Where the answer is no, for instance because the legislation in question cannot rationally support the adjudicator's interpretation, the error will invalidate the decision, regardless of whether the standard applied is reasonableness *simpliciter* or patent unreasonableness . . . .

See also *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609, 2004 SCC 23, at paras. 40-41, *per* LeBel J.

C. *Two Standards of Review*

[43] The Court has moved from a highly formalistic, artificial "jurisdiction" test that could easily be manipulated, to a highly contextual "functional" test that provides great flexibility but little real on-the-ground guidance, and offers too many standards of review. What is needed is a test that offers guidance, is not formalistic or artificial, and permits review where justice requires it, but not otherwise. A simpler test is needed.

(1) Defining the Concepts of Reasonabless and Correctness

[44] As explained above, the patent unreasonableness standard was developed many years prior to the introduction of the reasonableness *simpliciter* standard in *Southam*. The intermediate standard was developed to respond to what the Court viewed as problems in the operation of judicial review in Canada, particularly the perceived all-or-nothing approach to deference, and in order to create a more finely calibrated system of judicial review (see also L. Sossin and C. M. Flood, "The Contextual Turn: Iacobucci's Legacy and the Standard of Review in Administrative Law" (2007), 57 *U.T.L.J.* 581). However, the analytical problems that arise in trying to apply the different standards undercut any conceptual usefulness created by the inherently

irrationnelle va aussi à l'encontre de la primauté du droit. Comme l'a expliqué le juge LeBel dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, au par. 108 de ses motifs concordants :

> En fin de compte, la question essentielle demeure la même pour les deux normes : la décision du tribunal est-elle conforme à la raison? Si la réponse est négative du fait que, par exemple, les dispositions en cause ne peuvent rationnellement appuyer l'interprétation du tribunal, l'erreur entraîne l'invalidation de la décision, que la norme appliquée soit celle du raisonnable *simpliciter* ou du manifestement déraisonnable . . .

Voir également *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, 2004 CSC 23, par. 40-41, le juge LeBel.

C. *Deux normes de contrôle*

[43] La Cour est passée d'un test d'emploi aisé axé sur la « compétence », à la fois artificiel et très formaliste, à un test fortement contextuel axé sur le caractère « fonctionnel », qui offre une grande souplesse, mais peu de repères concrets, et qui emporte l'application d'un trop grand nombre de normes de contrôle. Il nous faut un test qui oriente bien la démarche, qui ne soit ni formaliste ni artificiel, et qui ne permette le contrôle que lorsque la justice l'exige. La démarche doit être simplifiée.

(1) Définir les notions de décision raisonnable et de décision correcte

[44] Nous rappelons que la norme intermédiaire de la raisonnabilité *simpliciter* a été formulée dans l'arrêt *Southam* de nombreuses années après celle du manifestement déraisonnable. Elle visait à remédier aux problèmes que voyait la Cour dans le fonctionnement du contrôle judiciaire au Canada, notamment le tout ou rien apparent en matière de déférence, et à moduler davantage le mécanisme de révision (voir également L. Sossin et C. M. Flood, « The Contextual Turn : Iacobucci's Legacy and the Standard of Review in Administrative Law » (2007), 57 *U.T.L.J.* 581). Toutefois, les difficultés analytiques soulevées par l'application des différentes normes réduisent à néant toute utilité conceptuelle découlant de la plus grande souplesse propre

2008 SCC 9 (CanLII)

greater flexibility of having multiple standards of review. Though we are of the view that the three-standard model is too difficult to apply to justify its retention, now, several years after *Southam*, we believe that it would be a step backwards to simply remove the reasonableness *simpliciter* standard and revert to pre-*Southam* law. As we see it, the problems that *Southam* attempted to remedy with the introduction of the intermediate standard are best addressed not by three standards of review, but by two standards, defined appropriately.

[45] We therefore conclude that the two variants of reasonableness review should be collapsed into a single form of "reasonableness" review. The result is a system of judicial review comprising two standards — correctness and reasonableness. But the revised system cannot be expected to be simpler and more workable unless the concepts it employs are clearly defined.

[46] What does this revised reasonableness standard mean? Reasonableness is one of the most widely used and yet most complex legal concepts. In any area of the law we turn our attention to, we find ourselves dealing with the reasonable, reasonableness or rationality. But what is a reasonable decision? How are reviewing courts to identify an unreasonable decision in the context of administrative law and, especially, of judicial review?

[47] 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

à l'existence de normes de contrôle multiples. Même si nous sommes d'avis que le modèle des trois normes est trop difficile à appliquer pour que son maintien soit justifié, nous estimons qu'aujourd'hui, plusieurs années après l'arrêt *Southam*, supprimer simplement la norme de la raisonnabilité *simpliciter* et revenir à l'état antérieur à cet arrêt constituerait un recul. Selon nous, la solution aux problèmes que la Cour a tenté de résoudre dans l'arrêt *Southam* en introduisant la norme intermédiaire réside dans l'application non pas de trois, mais de deux normes, convenablement circonscrites.

[45] Nous concluons donc qu'il y a lieu de fondre en une seule les deux normes de raisonnabilité. Il en résulte un mécanisme de contrôle judiciaire emportant l'application de deux normes — celle de la décision correcte et celle de la décision raisonnable. Or, la nouvelle approche ne sera plus simple et plus facile à appliquer que si les concepts auxquels elle fait appel sont bien définis.

[46] En quoi consiste cette nouvelle norme de la raisonnabilité? Bien que la raisonnabilité figure parmi les notions juridiques les plus usitées, elle est l'une des plus complexes. La question de ce qui est raisonnable, de la raisonnabilité ou de la rationalité nous interpelle dans tous les domaines du droit. Mais qu'est-ce qu'une décision raisonnable? Comment la cour de révision reconnaît-elle une décision déraisonnable dans le contexte du droit administratif et, plus particulièrement, dans celui du contrôle judiciaire?

[47] La norme déférente du caractère raisonnable procède du principe à l'origine des deux normes antérieures de raisonnabilité : 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 raisonnabilité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à

2008 SCC 9 (CanLII)

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.

[48] 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 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).

[49] Deference in the context of the reasonableness standard therefore implies that courts will give due consideration to the determinations of decision makers. As Mullan explains, a policy of deference "recognizes the reality that, in many instances, those working day to day in the implementation of frequently complex administrative schemes have or will develop a considerable degree

l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

[48] L'application d'une seule norme de raisonnabilité 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 les conclusions des décideurs ni qu'elles doivent respecter aveuglément leurs interprétations. Elles ne peuvent pas non plus invoquer la notion de raisonnabilité 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).

[49] La déférence inhérente à la norme de la raisonnabilité implique donc que la cour de révision tienne dûment compte des conclusions du décideur. Comme l'explique Mullan, le principe de la déférence [TRADUCTION] « reconnaît que dans beaucoup de cas, les personnes qui se consacrent quotidiennement à l'application de régimes administratifs souvent complexes possèdent

2008 SCC 9 (CanLII)

of expertise or field sensitivity to the imperatives and nuances of the legislative regime": D. J. Mullan, "Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?" (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, at p. 93. In short, deference requires respect for the legislative choices to leave some matters in the hands of administrative decision makers, for the processes and determinations that draw on particular expertise and experiences, and for the different roles of the courts and administrative bodies within the Canadian constitutional system.

[50] As important as it is that courts have a proper understanding of reasonableness review as a deferential standard, it is also without question that the standard of correctness must be maintained in respect of jurisdictional and some other questions of law. This promotes just decisions and avoids inconsistent and unauthorized application of law. When applying the correctness standard, a reviewing court will not show deference to the decision maker's reasoning process; it will rather undertake its own analysis of the question. The analysis will bring the court to decide whether it agrees with the determination of the decision maker; if not, the court will substitute its own view and provide the correct answer. From the outset, the court must ask whether the tribunal's decision was correct.

(2) Determining the Appropriate Standard of Review

[51] Having dealt with the nature of the standards of review, we now turn our attention to the method for selecting the appropriate standard in individual cases. As we will now demonstrate, questions of fact, discretion and policy as well as questions where the legal issues cannot be easily separated from the factual issues generally attract a standard of reasonableness while many legal issues attract a standard of correctness. Some legal issues, however, attract the more deferential standard of reasonableness.

ou acquièrent une grande connaissance ou sensibilité à l'égard des impératifs et des subtilités des régimes législatifs en cause » : D. J. Mullan, « Establishing the Standard of Review : The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, p. 93. La déférence commande en somme le respect de la volonté du législateur de s'en remettre, pour certaines choses, à des décideurs administratifs, de même que des raisonnements et des décisions fondés sur une expertise et une expérience dans un domaine particulier, ainsi que de la différence entre les fonctions d'une cour de justice et celles d'un organisme administratif dans le système constitutionnel canadien.

[50] S'il importe que les cours de justice voient dans la raisonnabilité le fondement d'une norme empreinte de déférence, il ne fait par ailleurs aucun doute que la norme de la décision correcte doit continuer de s'appliquer aux questions de compétence et à certaines autres questions de droit. On favorise ainsi le prononcé de décisions justes tout en évitant l'application incohérente et irrégulière du droit. La cour de révision qui applique la norme de la décision correcte n'acquiesce pas au raisonnement du décideur; elle entreprend plutôt sa propre analyse au terme de laquelle elle décide si elle est d'accord ou non avec la conclusion du décideur. En cas de désaccord, elle substitue sa propre conclusion et rend la décision qui s'impose. La cour de révision doit se demander dès le départ si la décision du tribunal administratif était la bonne.

(2) Détermination de la bonne norme de contrôle

[51] Après avoir examiné la nature des normes de contrôle, nous nous penchons maintenant sur le mode de détermination de la norme applicable dans un cas donné. Nous verrons qu'en présence d'une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, et lorsque le droit et les faits ne peuvent être aisément dissociés, la norme de la raisonnabilité s'applique généralement. De nombreuses questions de droit commandent l'application de la norme de la décision correcte, mais certaines d'entre elles sont assujetties à la norme plus déférente de la raisonnabilité.

2008 SCC 9 (CanLII)

[52] The existence of a privative or preclusive clause gives rise to a strong indication of review pursuant to the reasonableness standard. This conclusion is appropriate because a privative clause is evidence of Parliament or a legislature's intent that an administrative decision maker be given greater deference and that interference by reviewing courts be minimized. This does not mean, however, that the presence of a privative clause is determinative. The rule of law requires that the constitutional role of superior courts be preserved and, as indicated above, neither Parliament nor any legislature can completely remove the courts' power to review the actions and decisions of administrative bodies. This power is constitutionally protected. Judicial review is necessary to ensure that the privative clause is read in its appropriate statutory context and that administrative bodies do not exceed their jurisdiction.

[52] L'existence d'une clause privative milite clairement en faveur d'un contrôle suivant la norme de la raisonnabilité. En effet, elle atteste la volonté du législateur que les décisions du décideur administratif fassent l'objet de plus de déférence et que le contrôle judiciaire soit minimal. Cependant, elle n'est pas déterminante. La primauté du droit exige des cours supérieures qu'elles s'acquittent de leur rôle constitutionnel et, nous le rappelons, ni le Parlement ni une législature ne peuvent écarter totalement leur pouvoir de contrôler les actes et les décisions des organismes administratifs. Il s'agit d'un pouvoir protégé par la Constitution. Le contrôle judiciaire est nécessaire afin que la clause privative soit interprétée dans le bon contexte législatif et que les organismes administratifs respectent les limites de leurs attributions.

[53] Where the question is one of fact, discretion or policy, deference will usually apply automatically (*Mossop*, at pp. 599-600; *Dr. Q*, at para. 29; *Suresh*, at paras. 29-30). We believe that the same standard must apply to the review of questions where the legal and factual issues are intertwined with and cannot be readily separated.

[53] En présence d'une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, la retenue s'impose habituellement d'emblée (*Mossop*, p. 599-600; *Dr Q*, par. 29; *Suresh*, par. 29-30). Nous sommes d'avis que la même norme de contrôle doit s'appliquer lorsque le droit et les faits s'entrelacent et ne peuvent aisément être dissociés.

[54] Guidance with regard to the questions that will be reviewed on a reasonableness standard can be found in the existing case law. Deference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity: *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at para. 48; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 39. Deference may also be warranted where an administrative tribunal has developed particular expertise in the application of a general common law or civil law rule in relation to a specific statutory context: *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 72. Adjudication in labour law remains a good example of the relevance of this approach. The case law has moved away considerably from the strict position evidenced in *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517, where it was held that an administrative decision

[54] La jurisprudence actuelle peut être mise à contribution pour déterminer quelles questions emportent l'application de la norme de la raisonnabilité. Lorsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise : *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, par. 48; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 39. Elle peut également s'imposer lorsque le tribunal administratif a acquis une expertise dans l'application d'une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé : *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, par. 72. L'arbitrage en droit du travail demeure un domaine où cette approche se révèle particulièrement indiquée. La jurisprudence a considérablement évolué depuis l'arrêt *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517, et la Cour

2008 SCC 9 (CanLII)

maker will always risk having its interpretation of an external statute set aside upon judicial review.

[55] A consideration of the following factors will lead to the conclusion that the decision maker should be given deference and a reasonableness test applied:

- A privative clause: this is a statutory direction from Parliament or a legislature indicating the need for deference.
- A discrete and special administrative regime in which the decision maker has special expertise (labour relations for instance).
- The nature of the question of law. A question of law that is of "central importance to the legal system . . . and outside the . . . specialized area of expertise" of the administrative decision maker will always attract a correctness standard (*Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 62). On the other hand, a question of law that does not rise to this level may be compatible with a reasonableness standard where the two above factors so indicate.

[56] If these factors, considered together, point to a standard of reasonableness, the decision maker's decision must be approached with deference in the sense of respect discussed earlier in these reasons. There is nothing unprincipled in the fact that some questions of law will be decided on the basis of reasonableness. It simply means giving the adjudicator's decision appropriate deference in deciding whether a decision should be upheld, bearing in mind the factors indicated.

[57] An exhaustive review is not required in every case to determine the proper standard of review. Here again, existing jurisprudence may be helpful in identifying some of the questions that generally fall to be determined according to the correctness

s'est dissociée de la position stricte qu'elle y avait adoptée. Dans cette affaire, la Cour avait statué que l'interprétation, par un décideur administratif, d'une autre loi que celle qui le constitue est toujours susceptible d'annulation par voie de contrôle judiciaire.

[55] Les éléments suivants permettent de conclure qu'il y a lieu de déférer à la décision et d'appliquer la norme de la raisonnabilité :

- Une clause privative : elle traduit la volonté du législateur que la décision fasse l'objet de déférence.
- Un régime administratif distinct et particulier dans le cadre duquel le décideur possède une expertise spéciale (p. ex., les relations de travail).
- La nature de la question de droit. Celle qui revêt « une importance capitale pour le système juridique [et qui est] étrangère au domaine d'expertise » du décideur administratif appelle toujours la norme de la décision correcte (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, par. 62). Par contre, la question de droit qui n'a pas cette importance peut justifier l'application de la norme de la raisonnabilité lorsque sont réunis les deux éléments précédents.

[56] Dans le cas où, ensemble, ces facteurs militent en faveur de la norme de la raisonnabilité, il convient de déférer à la décision en faisant preuve à son endroit du respect mentionné précédemment. Il n'y a rien d'incohérent dans le fait de trancher certaines questions de droit au regard du caractère raisonnable. Il s'agit simplement de confirmer ou non la décision en manifestant la déférence voulue à l'égard de l'arbitre, compte tenu des éléments indiqués.

[57] Il n'est pas toujours nécessaire de se livrer à une analyse exhaustive pour arrêter la bonne norme de contrôle. Là encore, la jurisprudence peut permettre de cerner certaines des questions qui appellent généralement l'application de la norme de la

2008 SCC 9 (CanLII)

standard (*Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 S.C.R. 672, 2004 SCC 26). This simply means that the analysis required is already deemed to have been performed and need not be repeated.

[58] For example, correctness review has been found to apply to constitutional questions regarding the division of powers between Parliament and the provinces in the *Constitution Act, 1867*: *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322. Such questions, as well as other constitutional issues, are necessarily subject to correctness review because of the unique role of s. 96 courts as interpreters of the Constitution: *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; Mullan, *Administrative Law*, at p. 60.

[59] Administrative bodies must also be correct in their determinations of true questions of jurisdiction or *vires*. We mention true questions of *vires* to distance ourselves from the extended definitions adopted before *CUPE*. It is important here to take a robust view of jurisdiction. We neither wish nor intend to return to the jurisdiction/preliminary question doctrine that plagued the jurisprudence in this area for many years. "Jurisdiction" is intended in the narrow sense of whether or not the tribunal had the authority to make the inquiry. In other words, true jurisdiction questions arise where the tribunal must explicitly determine whether its statutory grant of power gives it the authority to decide a particular matter. The tribunal must interpret the grant of authority correctly or its action will be found to be *ultra vires* or to constitute a wrongful decline of jurisdiction: D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at pp. 14-3 to 14-6. An example may be found in *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19. In that case, the issue was whether the City of Calgary was authorized under the relevant municipal acts to enact bylaws limiting the number of taxi plate licences (para. 5, *per* Bastarache J.). That case involved the decision-making powers of a municipality

décision correcte (*Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 R.C.S. 672, 2004 CSC 26). En clair, l'analyse requise est réputée avoir déjà eu lieu et ne pas devoir être reprise.

[58] À titre d'exemple, il a été établi que la norme de contrôle applicable aux questions touchant au partage des compétences entre le Parlement et les provinces dans la *Loi constitutionnelle de 1867* est celle de la décision correcte : *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322. Il ne pouvait en aller autrement pour ces questions et celles touchant par ailleurs à la Constitution à cause du rôle unique des cours de justice visées à l'art. 96 en tant qu'interprètes de la Constitution (*Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; Mullan, *Administrative Law*, p. 60).

[59] Un organisme administratif doit également statuer correctement sur une question touchant véritablement à la compétence ou à la constitutionnalité. Nous mentionnons la question touchant véritablement à la constitutionnalité afin de nous distancier des définitions larges retenues avant l'arrêt *SCFP*. Il importe en l'espèce de considérer la compétence avec rigueur. Loin de nous l'idée de revenir à la théorie de la compétence ou de la condition préalable qui, dans ce domaine, a pesé sur la jurisprudence pendant de nombreuses années. La « compétence » s'entend au sens strict de la faculté du tribunal administratif de connaître de la question. Autrement dit, une véritable question de compétence se pose lorsque le tribunal administratif doit déterminer expressément si les pouvoirs dont le législateur l'a investi l'autorisent à trancher une question. L'interprétation de ces pouvoirs doit être juste, sinon les actes seront tenus pour *ultra vires* ou assimilés à un refus injustifié d'exercer sa compétence : D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), p. 14-3 et 14-6. L'affaire *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485, 2004 CSC 19, constitue un bon exemple. Il s'agissait de savoir si les dispositions municipales en cause autorisaient la ville de Calgary à limiter par règlement le

2008 SCC 9 (CanLII)

and exemplifies a true question of jurisdiction or *vires*. These questions will be narrow. We reiterate the caution of Dickson J. in *CUPE* that reviewing judges must not brand as jurisdictional issues that are doubtfully so.

[60] As mentioned earlier, courts must also continue to substitute their own view of the correct answer where the question at issue is one of general law "that is both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise" (*Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 62, *per* LeBel J.). Because of their impact on the administration of justice as a whole, such questions require uniform and consistent answers. Such was the case in *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, which dealt with complex common law rules and conflicting jurisprudence on the doctrines of *res judicata* and abuse of process — issues that are at the heart of the administration of justice (see para. 15, *per* Arbour J.).

[61] Questions regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals have also been subject to review on a correctness basis: *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39.

[62] In summary, the process of judicial review involves two steps. First, courts ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question. Second, where the first inquiry proves unfruitful, courts must proceed to an analysis of the factors making it possible to identify the proper standard of review.

nombre de permis de taxi délivrés (par. 5, le juge Bastarache). Cette affaire relative aux pouvoirs décisionnels d'une municipalité offre un exemple de véritable question de compétence ou de constitutionnalité. L'examen relatif à l'une et l'autre questions a une portée restreinte. Il convient de rappeler la mise en garde du juge Dickson selon laquelle, en cas de doute, il faut se garder de qualifier un point de question de compétence (*SCFP*).

[60] Rappelons que dans le cas d'une question de droit générale « à la fois, d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre » (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, par. 62, le juge LeBel), la cour de révision doit également continuer de substituer à la décision rendue celle qu'elle estime constituer la bonne. Pareille question doit être tranchée de manière uniforme et cohérente étant donné ses répercussions sur l'administration de la justice dans son ensemble. C'est ce que la Cour a conclu dans l'affaire *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, où étaient en cause des règles de common law complexes ainsi qu'une jurisprudence contradictoire concernant les doctrines de la chose jugée et de l'abus de procédure, des questions qui jouent un rôle central dans l'administration de la justice (par. 15, la juge Arbour).

[61] La norme de la décision correcte s'est également appliquée à la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents : *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39.

[62] Bref, le processus de contrôle judiciaire se déroule en deux étapes. Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l'analyse des éléments qui permettent d'arrêter la bonne norme de contrôle.

2008 SCC 9 (CanLII)

[63] The existing approach to determining the appropriate standard of review has commonly been referred to as "pragmatic and functional". That name is unimportant. Reviewing courts must not get fixated on the label at the expense of a proper understanding of what the inquiry actually entails. Because the phrase "pragmatic and functional approach" may have misguided courts in the past, we prefer to refer simply to the "standard of review analysis" in the future.

[64] The analysis must be contextual. As mentioned above, it is dependent on the application of a number of relevant factors, including: (1) the presence or absence of a privative clause; (2) the purpose of the tribunal as determined by interpretation of enabling legislation; (3) the nature of the question at issue, and; (4) the expertise of the tribunal. In many cases, it will not be necessary to consider all of the factors, as some of them may be determinative in the application of the reasonableness standard in a specific case.

D. *Application*

[65] Returning to the instant appeal and bearing in mind the foregoing discussion, we must determine the standard of review applicable to the adjudicator's interpretation of the *PSLRA*, in particular ss. 97(2.1) and 100.1, and s. 20 of the *Civil Service Act*. That standard of review must then be applied to the adjudicator's decision. In order to determine the applicable standard, we will now examine the factors relevant to the standard of review analysis.

(1) Proper Standard of Review on the Statutory Interpretation Issue

[66] The specific question on this front is whether the combined effect of s. 97(2.1) and s. 100.1 of the *PSLRA* permits the adjudicator to inquire into the employer's reason for dismissing an employee with notice or pay in lieu of notice. This is a question of law. The question to be answered is therefore whether in light of the privative clause, the regime under which the adjudicator acted, and the nature of the question of law involved, a standard of correctness should apply.

[63] L'analyse qui préside actuellement à la détermination de la norme de contrôle applicable est généralement qualifiée de « pragmatique et fonctionnelle ». Cette appellation importe peu, et la cour de révision ne doit pas s'y attacher au détriment de ce qu'exige réellement la démarche. Il se peut qu'elle ait induit les cours de justice en erreur dans le passé. C'est pourquoi, à l'avenir, nous parlerons simplement d'« analyse relative à la norme de contrôle ».

[64] L'analyse doit être contextuelle. Nous rappelons que son issue dépend de l'application d'un certain nombre de facteurs pertinents, dont (1) l'existence ou l'inexistence d'une clause privative, (2) la raison d'être du tribunal administratif suivant l'interprétation de sa loi habilitante, (3) la nature de la question en cause et (4) l'expertise du tribunal administratif. Dans bien des cas, il n'est pas nécessaire de tenir compte de tous les facteurs, car certains d'entre eux peuvent, dans une affaire donnée, déterminer l'application de la norme de la décision raisonnable.

D. *Application*

[65] Forts de ces principes, il nous faut maintenant déterminer la norme de contrôle applicable à l'interprétation de la *LRTSP* par l'arbitre, en particulier le par. 97(2.1) et l'art. 100.1, ainsi que de l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, puis l'appliquer à la décision de l'arbitre. Pour arrêter cette norme, nous examinons ci-après les facteurs pertinents pour l'analyse relative à la norme de contrôle.

(1) La norme de contrôle applicable à l'interprétation législative

[66] La question précise soulevée sur ce point est celle de savoir si, ensemble, le par. 97(2.1) et l'art. 100.1 de la *LRTSP* autorisent l'arbitre à s'enquérir des motifs d'un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu. Il s'agit d'une question de droit. Il nous faut donc déterminer si, à la lumière de la clause privative, du régime habilitant l'arbitre et de la nature de la question de droit en cause, il convient d'appliquer la norme de la décision correcte.

2008 SCC 9 (CanLII)

[67] The adjudicator was appointed and empowered under the *PSLRA*; s. 101(1) of that statute contains a full privative clause, stating in no uncertain terms that "every order, award, direction, decision, declaration or ruling of . . . an adjudicator is final and shall not be questioned or reviewed in any court". Section 101(2) adds that "[n]o order shall be made or process entered, and no proceedings shall be taken in any court, whether by way of injunction, judicial review, or otherwise, to question, review, prohibit or restrain . . . an adjudicator in any of its or his proceedings." The inclusion of a full privative clause in the *PSLRA* gives rise to a strong indication that the reasonableness standard of review will apply.

[68] The nature of the regime also favours the standard of reasonableness. This Court has often recognized the relative expertise of labour arbitrators in the interpretation of collective agreements, and counselled that the review of their decisions should be approached with deference: *CUPE*, at pp. 235-36; *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079, at para. 58; *Voice Construction*, at para. 22. The adjudicator in this case was, in fact, interpreting his enabling statute. Although the adjudicator was appointed on an *ad hoc* basis, he was selected by the mutual agreement of the parties and, at an institutional level, adjudicators acting under the *PSLRA* can be presumed to hold relative expertise in the interpretation of the legislation that gives them their mandate, as well as related legislation that they might often encounter in the course of their functions. See *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*. This factor also suggests a reasonableness standard of review.

[69] The legislative purpose confirms this view of the regime. The *PSLRA* establishes a time- and cost-effective method of resolving employment disputes. It provides an alternative to judicial determination. Section 100.1 of the *PSLRA* defines the adjudicator's powers in deciding a dispute, but it also provides remedial protection for employees who are not unionized. The remedial nature of s. 100.1 and its provision for timely and binding

[67] L'arbitre a été nommé et investi de pouvoirs en vertu de la *LRTSP*, et le par. 101(1) de celle-ci constitue une clause privative absolue au libellé non équivoque : « toute ordonnance, sentence, directive, décision ou déclaration [. . .] d'un arbitre, est définitive et ne peut être contestée devant aucun tribunal ni révisée par aucun tribunal ». Le paragraphe 101(2) ajoute : « [a]ucune ordonnance ne peut être rendue, aucune action intentée et aucune procédure entamée devant un tribunal, par voie d'injonction, de recours en révision, ou autrement, pour contester, réviser, supprimer ou restreindre les pouvoirs [. . .] d'un arbitre dans l'une quelconque de [ses] procédures ». L'existence d'une clause privative absolue milite clairement en faveur d'un contrôle selon la norme de la raisonnabilité.

[68] La nature du régime est également compatible avec l'application de cette norme. La Cour a maintes fois reconnu l'expertise relative de l'arbitre dans l'interprétation d'une convention collective et préconisé le respect de sa décision à cet égard : *SCFP*, p. 235-236; *Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079, par. 58; *Voice Construction*, par. 22. En l'espèce, l'arbitre a en fait interprété sa loi habilitante. Il a certes été nommé pour régler le différend, mais les parties l'ont choisi de concert. En outre, sur le plan institutionnel, on peut présumer que les arbitres nommés en vertu de la *LRTSP* possèdent une expertise relative dans l'interprétation de la loi dont ils tiennent leur mandat ainsi que des dispositions législatives connexes qu'ils sont souvent appelés à appliquer dans l'exercice de leurs fonctions. Voir l'arrêt *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*. Ce facteur milite aussi en faveur de la norme de la raisonnabilité.

[69] L'objectif législatif confirme cette interprétation du régime. La *LRTSP* prévoit à l'égard des différends entre employeurs et employés un mode de règlement rapide et peu coûteux permettant d'éviter la voie judiciaire. Son article 100.1 définit les pouvoirs de l'arbitre appelé à régler un différend, mais il offre également une voie de recours à l'employé non syndiqué. L'accent mis sur la réparation et le règlement rapide et exécutoire des différends donne

2008 SCC 9 (CanLII)

settlements of disputes also imply that a reasonableness review is appropriate.

[70] Finally, the nature of the legal question at issue is not one that is of central importance to the legal system and outside the specialized expertise of the adjudicator. This also suggests that the standard of reasonableness should apply.

[71] Considering the privative clause, the nature of the regime, and the nature of the question of law here at issue, we conclude that the appropriate standard is reasonableness. We must now apply that standard to the issue considered by the adjudicator in his preliminary ruling.

(2) Was the Adjudicator's Interpretation Unreasonable?

[72] While we are required to give deference to the determination of the adjudicator, considering the decision in the preliminary ruling as a whole, we are unable to accept that it reaches the standard of reasonableness. The reasoning process of the adjudicator was deeply flawed. It relied on and led to a construction of the statute that fell outside the range of admissible statutory interpretations.

[73] The adjudicator considered the New Brunswick Court of Appeal decision in *Chalmers (Dr. Everett) Hospital v. Mills* as well as amendments made to the *PSLRA* in 1990 (S.N.B. 1990, c. 30). Under the former version of the Act, an employee could grieve "with respect to . . . disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty" (s. 92(1)). The amended legislation grants the right to grieve "with respect to discharge, suspension or a financial penalty" (*PSLRA*, s. 100.1(2)). The adjudicator reasoned that the referential incorporation of s. 97(2.1) in s. 100.1(5) "necessarily means that an adjudicator has jurisdiction to make the determination described in subsection 97(2.1), i.e. that an employee has been discharged or otherwise disciplined for cause" (p. 5). He further stated that an employer "cannot avoid an inquiry into its real reasons for a discharge, or exclude resort to subsection 97(2.1), by simply stating that cause is not alleged" (*ibid.* (emphasis added)). The

à penser qu'un contrôle au regard de la norme de la raisonnabilité est indiqué.

[70] Enfin, de par sa nature, la question de droit en cause ne revêt pas une importance capitale pour le système juridique et n'est pas étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre, ce qui favorise encore le critère de la raisonnabilité.

[71] Compte tenu de la clause privative, de la nature du régime et de celle de la question de droit soulevée, nous arrivons à la conclusion que la norme qui convient est celle de la raisonnabilité. Il nous faut donc l'appliquer à la question préalable sur laquelle a statué l'arbitre.

(2) L'interprétation de l'arbitre était-elle déraisonnable?

[72] Même si la retenue s'impose en l'espèce, nous ne pouvons conclure que, considérée dans son ensemble, la décision relative à la question préalable était raisonnable. En effet, le raisonnement de l'arbitre était foncièrement défectueux; il s'appuyait et débouchait sur une interprétation de la loi qui ne faisait pas partie des lectures acceptables.

[73] L'arbitre a tenu compte de l'arrêt *Chalmers (Dr. Everett) Hospital c. Mills*, de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, ainsi que des modifications apportées à la *LRTSP* en 1990 (L.N.-B. 1990, ch. 30). Dans sa version antérieure, celle-ci prévoyait qu'un employé pouvait contester par voie de grief « une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une peine pécuniaire » (par. 92(1)). Dans sa version modifiée, elle confère le droit de présenter un grief « à l'égard du congédiement, de la suspension ou d'une peine pécuniaire » (*LRTSP*, par. 100.1(2)). L'arbitre a jugé que l'incorporation par renvoi du par. 97(2.1) au par. 100.1(5) [TRADUCTION] « confère nécessairement à l'arbitre le pouvoir de prendre la décision visée au paragraphe 97(2.1), c'est-à-dire que l'employé a été congédié ou qu'une mesure disciplinaire a été autrement prise contre lui "pour motif" » (p. 5). Il a indiqué en outre que l'employeur [TRADUCTION] « ne peut se soustraire à l'examen des véritables motifs du

2008 SCC 9 (CanLII)

adjudicator concluded that he could determine whether a discharge purportedly with notice or pay in lieu of notice was in reality for cause.

[74] The interpretation of the law is always contextual. The law does not operate in a vacuum. The adjudicator was required to take into account the legal context in which he was to apply the law. The employment relationship between the parties in this case was governed by private law. The contractual terms of employment could not reasonably be ignored. That is made clear by s. 20 of the *Civil Service Act*. Under the ordinary rules of contract, the employer is entitled to discharge an employee for cause, with notice or with pay in lieu of notice. Where the employer chooses to exercise its right to discharge with reasonable notice or pay in lieu thereof, the employer is not required to assert cause for discharge. The grievance process cannot have the effect of changing the terms of the contract of employment. The respondent chose to exercise its right to terminate without alleging cause in this case. By giving the *PSLRA* an interpretation that allowed him to inquire into the reasons for discharge where the employer had the right not to provide — or even have — such reasons, the adjudicator adopted a reasoning process that was fundamentally inconsistent with the employment contract and, thus, fatally flawed. For this reason, the decision does not fall within the range of acceptable outcomes that are defensible in respect of the facts and the law.

[75] The decision of the adjudicator treated the appellant, a non-unionized employee, as a unionized employee. His interpretation of the *PSLRA*, which permits an adjudicator to inquire into the reasons for discharge where notice is given and, under s. 97(2.1), substitute a penalty that he or she determines just and reasonable in the circumstances, creates a requirement that the employer show cause before dismissal. There can be no justification for this; no reasonable interpretation can lead to that result. Section 100.1(5) incorporates s. 97(2.1) by reference into the determination of grievances brought by non-unionized employees.

congédiement ni écarter l'application du paragraphe 97(2.1) en s'abstenant simplement d'invoquer un motif » (*ibid*. (nous soulignons)). Il a conclu qu'il pouvait déterminer si un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu constituait en fait un congédiement pour motif.

[74] L'interprétation du droit est toujours contextuelle. Une disposition ne s'applique pas en vase clos. L'arbitre devait tenir compte du contexte juridique dans lequel il lui fallait appliquer les dispositions en cause. En l'espèce, le lien d'emploi entre les parties ressortissait au droit privé. Il ne pouvait raisonnablement être fait abstraction des clauses du contrat d'emploi. L'article 20 de la *Loi sur la Fonction publique* est clair à ce sujet. Suivant les règles contractuelles ordinaires, l'employeur peut congédier un employé pour motif, avec préavis ou indemnité en tenant lieu. S'il opte pour le congédiement avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu, il n'a pas à invoquer de motif. La procédure de grief ne saurait modifier le contenu du contrat d'emploi. En l'espèce, l'intimée a décidé d'exercer son droit de mettre fin à l'emploi sans invoquer de motif. En concluant que la *LRTSP* lui permettait de rechercher les motifs du congédiement, alors que l'employeur avait le droit de ne pas les préciser, et même, de ne pas en avoir, l'arbitre a tenu un raisonnement foncièrement incompatible avec le contrat d'emploi et, de ce fait, entaché d'un vice fatal. C'est pourquoi sa décision ne fait pas partie des issues acceptables au regard des faits et du droit.

[75] Dans sa décision, l'arbitre a considéré l'appelant comme un employé syndiqué alors qu'il n'en était pas un. L'interprétation de la *LRTSP* suivant laquelle l'arbitre peut s'enquérir des motifs d'un congédiement avec préavis et, en vertu du par. 97(2.1), substituer la peine qui lui paraît juste et raisonnable dans les circonstances, oblige l'employeur à justifier au préalable le congédiement. Or, rien ne justifie pareil résultat, et nulle interprétation raisonnable ne saurait y aboutir. Le paragraphe 100.1(5) incorpore le par. 97(2.1) à la procédure de grief dans le cas d'un employé non syndiqué. Les employés assujettis à la *LRTSP* sont généralement

2008 SCC 9 (CanLII)

The employees subject to the *PSLRA* are usually unionized and the terms of their employment are determined by collective agreement; s. 97(2.1) explicitly refers to the collective agreement context. Section 100.1(5) referentially incorporates s. 97(2.1) *mutatis mutandis* into the non-collective agreement context so that non-unionized employees who are discharged *for cause and without notice* have the right to grieve the discharge and have the adjudicator substitute another penalty as seems just and reasonable in the circumstances. Therefore, the combined effect of s. 97(2.1) and s. 100.1 cannot, on any reasonable interpretation, remove the employer's right under contract law to discharge an employee with reasonable notice or pay in lieu of notice.

[76] The interpretation of the adjudicator was simply unreasonable in the context of the legislative wording and the larger labour context in which it is embedded. It must be set aside. Nevertheless, it must be acknowledged that his interpretation of the *PSLRA* was ultimately inconsequential to the overall determination of the grievance, since the adjudicator made no finding as to whether the discharge was or was not, in fact, for cause. The decision on the merits, which resulted in an order that the appellant be reinstated, instead turned on the adjudicator's decision on a separate issue — whether the appellant was entitled to and, if so, received procedural fairness with regard to the employer's decision to terminate his employment. This issue is discrete and isolated from the statutory interpretation issue, and it raises very different considerations.

IV. Issue 2: Review of the Adjudicator's Procedural Fairness Determination

[77] Procedural fairness has many faces. It is at issue where an administrative body may have prescribed rules of procedure that have been breached. It is also concerned with general principles involving the right to answer and defence where one's rights are affected. In this case, the appellant raised in his grievance letter that the reasons for the employer's dissatisfaction were not specified and that he did not have a reasonable opportunity to respond to the employer's concerns. There was,

syndiqués et une convention collective établit leurs conditions d'emploi; le par. 97(2.1) renvoie expressément au contexte de l'application d'une convention collective. Le paragraphe 100.1(5) intègre le par. 97(2.1) par renvoi, avec les adaptations nécessaires, au contexte de la non-application d'une convention collective, de façon que l'employé non syndiqué qui est congédié *pour motif et sans préavis* puisse contester le congédiement par voie de grief et obtenir de l'arbitre qu'il substitue une autre peine, selon ce qui lui semble juste et raisonnable dans les circonstances. L'application concomitante du par. 97(2.1) et de l'art. 100.1 ne saurait donc raisonnablement supprimer le droit contractuel de l'employeur de congédier un employé avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu.

[76] L'interprétation de la *LRTSP* par l'arbitre était tout simplement déraisonnable eu égard au texte de la loi et au contexte plus large des relations de travail dans lequel elle s'insérait. Elle doit être écartée. Il faut toutefois reconnaître que cette interprétation n'a finalement pas influencé le règlement global du grief, car l'arbitre n'a pas conclu qu'il s'agissait ou non d'un congédiement pour motif. La décision sur le fond et, partant, l'ordonnance de réintégration découlent plutôt de la conclusion de l'arbitre sur un autre point : l'appelant avait-il droit à l'équité procédurale et si oui, l'employeur a-t-il respecté son obligation à cet égard en décidant de mettre fin à l'emploi? Il s'agit d'une question totalement distincte de celle de l'interprétation législative et qui fait intervenir des considérations très différentes.

IV. Second volet : Contrôle de la décision de l'arbitre concernant l'équité procédurale

[77] L'équité procédurale comporte de nombreuses facettes. Elle peut être mise en doute lorsque les règles de procédure établies par un organisme administratif n'ont pas été respectées. Elle sous-tend aussi les principes généraux permettant à une personne de répondre à une allégation et de se défendre lorsque ses droits sont atteints. Dans la présente affaire, l'appelant a fait valoir dans son grief que les motifs d'insatisfaction de l'employeur n'avaient pas été précisés et qu'il n'avait pas eu la

2008 SCC 9 (CanLII)

in his view, lack of due process and a breach of procedural fairness.

[78] The procedural fairness issue was dealt with only briefly by the Court of Appeal. Robertson J.A. mentioned at the end of his reasons that a duty of fairness did not arise in this case since the appellant had been terminated with notice and had exercised his right to grieve. Before this Court, however, the appellant argued that he was entitled to procedural fairness as a result of this Court's jurisprudence. Although ultimately we do not agree with the appellant, his contention raises important issues that need to be examined more fully.

A. *Duty of Fairness*

[79] Procedural fairness is a cornerstone of modern Canadian administrative law. Public decision makers are required to act fairly in coming to decisions that affect the rights, privileges or interests of an individual. Thus stated the principle is easy to grasp. It is not, however, always easy to apply. As has been noted many times, "the concept of procedural fairness is eminently variable and its content is to be decided in the specific context of each case" (*Knight*, at p. 682; *Baker*, at para. 21; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11, at paras. 74-75).

[80] This case raises the issue of the extent to which a duty of fairness applies to the dismissal of a public employee pursuant to a contract of employment. The grievance adjudicator concluded that the appellant had been denied procedural fairness because he had not been granted a hearing by the employer before being dismissed with four months' pay in lieu of notice. This conclusion was said to flow from this Court's decision in *Knight*, where it was held that the holder of an office "at pleasure" was entitled to be given the reasons for his or her dismissal and an opportunity to be heard before being dismissed (p. 683).

[81] We are of the view that the principles established in *Knight* relating to the applicability of a duty of fairness in the context of public employment

possibilité raisonnable d'y répondre. À son avis, il n'y avait eu ni application régulière de la loi ni équité procédurale.

[78] La Cour d'appel n'a fait qu'effleurer la question de l'équité procédurale. Le juge Robertson a mentionné à la fin de ses motifs qu'il n'y avait pas d'obligation d'équité en l'espèce car l'appelant avait été congédié avec préavis et avait exercé son droit de présenter un grief. L'appelant soutient toutefois devant nous que suivant la jurisprudence de la Cour, il avait droit à l'équité procédurale. Même si, en fin de compte, sa prétention doit être rejetée, elle soulève d'importantes questions qu'il importe d'examiner plus avant.

A. *L'obligation d'équité*

[79] L'équité procédurale est un fondement du droit administratif canadien moderne. Les décideurs publics sont tenus de faire preuve d'équité lorsqu'ils prennent des décisions touchant les droits, les privilèges ou les biens d'une personne. Le principe paraît simple, mais son application n'est pas toujours facile. Comme on l'a signalé maintes fois, « la notion d'équité procédurale est éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas » (*Knight*, p. 682; *Baker*, par. 21; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11, par. 74-75).

[80] Le présent pourvoi soulève la question de savoir dans quelle mesure l'obligation d'équité s'applique à l'employeur qui congédie un fonctionnaire conformément à un contrat d'emploi. L'arbitre a conclu que l'appelant n'avait pas bénéficié de l'équité procédurale parce qu'il n'avait pas été entendu par l'employeur avant d'être congédié sur versement d'une indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis. Il a dit se fonder sur l'arrêt *Knight* où la Cour a statué que le titulaire d'une charge à titre amovible a le droit de connaître les motifs de son renvoi et d'être entendu au préalable (p. 683).

[81] Nous sommes d'avis qu'il y a lieu de revenir sur les principes établis dans l'arrêt *Knight* à propos de l'obligation d'équité dans le contexte

2008 SCC 9 (CanLII)

merit reconsideration. While the majority opinion in *Knight* properly recognized the important place of a general duty of fairness in administrative law, in our opinion, it incorrectly analyzed the effects of a contract of employment on such a duty. The majority in *Knight* proceeded on the premise that a duty of fairness based on public law applied unless expressly excluded by the employment contract or the statute (p. 681), without consideration of the terms of the contract with regard to fairness issues. It also upheld the distinction between office holders and contractual employees for procedural fairness purposes (pp. 670-76). In our view, what matters is the nature of the employment relationship between the public employee and the public employer. Where a public employee is employed under a contract of employment, regardless of his or her status as a public office holder, the applicable law governing his or her dismissal is the law of contract, not general principles arising out of public law. What *Knight* truly stands for is the principle that there is always a recourse available where the employee is an office holder and the applicable law leaves him or her without any protection whatsoever when dismissed.

[82] This conclusion does not detract from the general duty of fairness owed by administrative decision makers. Rather it acknowledges that in the specific context of dismissal from public employment, disputes should be viewed through the lens of contract law rather than public law.

[83] In order to understand why a reconsideration of *Knight* is warranted, it is necessary to review the development of the duty of fairness in Canadian administrative law. As we shall see, its development in the public employment context was intimately related to the distinction between public office holders and contractual employees, a distinction which, in our view, has become increasingly difficult to maintain both in principle and in practice.

(1) The Preliminary Issue of Jurisdiction

[84] Before dealing with the scope of the duty of fairness in this case, a word should be said about the respondent's preliminary objection to the jurisdiction of the adjudicator under the *PSLRA*

de l'emploi dans la fonction publique. Bien que, dans cet arrêt, les juges majoritaires aient à juste titre reconnu l'importance d'une obligation générale d'équité en droit administratif, ils n'ont pas correctement analysé, selon nous, les effets d'un contrat d'emploi sur cette obligation. Ils sont partis du principe qu'il y a obligation d'équité fondée sur le droit public à moins que le contrat d'emploi ou la loi ne l'écarte expressément (p. 681), sans égard aux dispositions du contrat touchant à l'équité. Ils ont également confirmé la distinction entre le titulaire d'une charge et l'employé contractuel pour ce qui est du droit à l'équité procédurale (p. 670-676). Selon nous, la nature du lien d'emploi entre l'employé et l'employeur du secteur public est déterminante. En présence d'un contrat d'emploi, le renvoi de l'employé, que ce dernier soit ou non titulaire d'une charge publique, est régi par le droit contractuel, et non par les principes généraux du droit public. Le véritable principe qui se dégage de l'arrêt *Knight* est que le titulaire d'une charge auquel le droit applicable n'offre aucune protection en cas de renvoi dispose toujours d'un recours.

[82] Cette conclusion n'affaiblit pas l'obligation générale faite aux décideurs administratifs d'agir avec équité. Elle reconnaît plutôt que dans le contexte particulier du renvoi de la fonction publique, c'est le droit contractuel, et non le droit public, qui préside au règlement des différends.

[83] Pour comprendre la nécessité d'un réexamen de l'arrêt *Knight*, il faut retracer l'évolution de l'obligation d'équité en droit administratif canadien. Comme nous le verrons, dans le contexte de l'emploi dans la fonction publique, cette évolution est étroitement liée à la distinction entre titulaire de charge publique et employé contractuel, une distinction qui, à notre avis, soulève de plus en plus de difficultés en théorie et en pratique.

(1) La question préalable de la compétence

[84] Avant d'examiner l'étendue de l'obligation d'équité en l'espèce, nous nous penchons brièvement sur l'objection préliminaire de l'intimée selon laquelle l'arbitre n'a pas compétence, sous le

2008 SCC 9 (CanLII)

to consider procedural fairness. The respondent argues that allowing adjudicators to consider procedural fairness risks granting them the inherent powers of a court. We disagree. We can see nothing problematic with a grievance adjudicator considering a public law duty of fairness issue where such a duty exists. It falls squarely within the adjudicator's task to resolve a grievance. However, as will be explained below, the proper approach is to first identify the nature of the employment relationship and the applicable law. Where, as here, the relationship is contractual, a public law duty of fairness is not engaged and therefore should play no role in resolving the grievance.

(2) The Development of the Duty of Fairness in Canadian Public Law

[85] In Canada, the modern concept of procedural fairness in administrative law was inspired by the House of Lords' landmark decision in *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66, a case which involved the summary dismissal of the chief constable of Brighton. The House of Lords declared the chief constable's dismissal a nullity on the grounds that the administrative body which had dismissed him had failed to provide the reasons for his dismissal or to accord him an opportunity to be heard in violation of the rules of natural justice. Central to the reasoning in the case was Lord Reid's distinction between (i) master-servant relationships (i.e. contractual employment), (ii) offices held "at pleasure", and (iii) offices where there must be cause for dismissal, which included the chief constable's position. According to Lord Reid, only the last category of persons was entitled to procedural fairness in relation to their dismissal since both contractual employees and office holders employed "at pleasure" could be dismissed without reason (p. 72). As the authors Wade and Forsyth note that, after a period of retreat from imposing procedural fairness requirements on administrative decision makers, *Ridge v. Baldwin* "marked an important change of judicial policy, indicating that natural justice was restored to favour and would be applied on a wide basis" (W. Wade and C. Forsyth, *Administrative Law* (8th ed. 2000), at p. 438).

régime de la *LRTSP*, pour connaître de questions liées à l'équité procédurale. L'intimée soutient qu'autoriser l'arbitre à se prononcer sur l'équité procédurale pourrait revenir à lui conférer les pouvoirs inhérents d'une cour de justice. Nous ne sommes pas de cet avis. Rien ne s'oppose à ce que l'arbitre saisi d'un grief examine une question touchant à l'obligation d'équité en droit public lorsqu'une telle obligation existe. Cela ressortit clairement à son mandat de régler le grief. Toutefois, comme nous le verrons plus loin, il convient d'abord de définir la nature du lien d'emploi et le droit applicable. Lorsque, comme en l'espèce, le lien est contractuel, l'obligation d'équité en droit public ne saurait jouer dans le règlement du grief.

(2) L'évolution de l'obligation d'équité en droit public canadien

[85] En droit administratif canadien, la notion moderne d'équité procédurale tire son origine de l'arrêt de principe *Ridge c. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66, où la Chambre des lords a annulé le congédiement sommaire du chef de police de Brighton au motif que le décideur administratif n'avait pas motivé le renvoi ni donné à l'intéressé la possibilité de se faire entendre, contrevenant ainsi aux règles de justice naturelle. Lord Reid a axé son raisonnement sur la distinction entre (i) l'occupation d'un poste à titre d'employé (lien contractuel), (ii) l'occupation d'une charge à titre amovible et (iii) l'occupation d'un poste dont le titulaire ne peut être renvoyé que pour motif valable, tel celui du chef de police. Selon lui, seul ce dernier type de fonction conférait le droit à l'équité procédurale en cas de renvoi, car l'employé contractuel et le titulaire de charge à titre amovible pouvaient être renvoyés sans motif (p. 72). Comme le signalent Wade et Forsyth, après que l'assujettissement des décideurs administratifs à l'obligation d'équité procédurale eut connu un recul, l'arrêt *Ridge c. Baldwin* [TRADUCTION] « a substantiellement modifié la politique judiciaire en indiquant que la justice naturelle reprenait du service et s'appliquerait désormais largement » (W. Wade et C. Forsyth, *Administrative Law* (8e éd. 2000), p. 438).

2008 SCC 9 (CanLII)

[86] The principles established by *Ridge v. Baldwin* were followed by this Court in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311. *Nicholson*, like its U.K. predecessor, marked the return to a less rigid approach to natural justice in Canada (see Brown and Evans, at pp. 7-5 to 7-9). *Nicholson* concerned the summary dismissal of a probationary police officer by a regional board of police commissioners. Laskin C.J., for the majority, at p. 328, declared the dismissal void on the ground that the officer fell into Lord Reid's third category and was therefore entitled to the same procedural protections as in *Ridge v. Baldwin*.

[87] Although *Ridge v. Baldwin* and *Nicholson* were concerned with procedural fairness in the context of the dismissal of public office holders, the concept of fairness was quickly extended to other types of administrative decisions (see e.g. *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735). In *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, Le Dain J. stated that the duty of fairness was a general principle of law applicable to all public authorities:

> This Court has affirmed that there is, as a general common law principle, a duty of procedural fairness lying on every public authority making an administrative decision which is not of a legislative nature and which affects the rights, privileges or interests of an individual . . . . [p. 653]

(See also *Baker*, at para. 20.)

[88] In *Knight*, the Court relied on the statement of Le Dain J. in *Cardinal v. Director of Kent Institution* that the existence of a general duty to act fairly will depend on "(i) the nature of the decision to be made by the administrative body; (ii) the relationship existing between that body and the

[86] Dans l'affaire *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, notre Cour a suivi les principes établis par l'arrêt *Ridge c. Baldwin*. Comme son prédécesseur britannique, l'arrêt *Nicholson* a marqué le retour au Canada d'une conception moins rigide de la justice naturelle (voir Brown et Evans, p. 7-5 à 7-9). Le litige portait sur le congédiement sommaire d'un policier stagiaire par un comité régional des services de police. Au nom des juges majoritaires, le juge en chef Laskin (p. 328) a annulé le congédiement, estimant que le policier appartenait à la troisième catégorie établie par lord Reid, de sorte qu'il avait droit à la garantie procédurale reconnue dans l'arrêt *Ridge c. Baldwin*.

[87] Dans les affaires *Ridge c. Baldwin* et *Nicholson*, les cours de justice ont appliqué l'équité procédurale à la décision de congédier le titulaire d'une charge publique, mais elles ont tôt fait d'y assujettir par la suite d'autres types de décision administrative (voir notamment *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735). Dans l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, au nom de la Cour, le juge Le Dain a vu dans l'obligation d'équité un principe de droit général applicable à tout organisme public :

> [La] Cour a confirmé que, à titre de principe général de *common law*, une obligation de respecter l'équité dans la procédure incombe à tout organisme public qui rend des décisions administratives qui ne sont pas de nature législative et qui touchent les droits, privilèges ou biens d'une personne . . . [p. 653]

(Voir aussi l'arrêt *Baker*, par. 20.)

[88] Dans l'arrêt *Knight*, la Cour s'est appuyée sur les propos du juge Le Dain dans l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent* selon lesquels l'existence d'une obligation générale d'agir équitablement dépend de ce qui suit : « (i) la nature de la décision qui doit être rendue par l'organisme

2008 SCC 9 (CanLII)

individual; and (iii) the effect of that decision on the individual's rights" (*Knight*, at p. 669).

[89] The dispute in *Knight* centred on whether a board of education had failed to accord procedural fairness when it dismissed a director of education with three months' notice pursuant to his contract of employment. The main issue was whether the director's employment relationship with the school board was one that attracted a public law duty of fairness. L'Heureux-Dubé J., for the majority, held that it did attract such a duty on the ground that the director's position had a "strong 'statutory flavour'" and could thus be qualified as a public office (p. 672). In doing so, she specifically recognized that, contrary to Lord Reid's holding in *Ridge v. Baldwin*, holders of an office "at pleasure", were also entitled to procedural fairness before being dismissed (pp. 673-74). The fact that the director's written contract of employment specifically provided that he could be dismissed with three months' notice was held not to be enough to displace a public law duty to act fairly (p. 681).

[90] From these foundational cases, procedural fairness has grown to become a central principle of Canadian administrative law. Its overarching purpose is not difficult to discern: administrative decision makers, in the exercise of public powers, should act fairly in coming to decisions that affect the interests of individuals. In other words, "[t]he observance of fair procedures is central to the notion of the 'just' exercise of power" (Brown and Evans, at p. 7-3). What is less clear, however, is whether this purpose is served by imposing public law procedural fairness requirements on public bodies in the exercise of their contractual rights as employers.

(3) Procedural Fairness in the Public Employment Context

[91] *Ridge v. Baldwin* and *Nicholson* established that a public employee's right to procedural fairness

administratif en question, (ii) la relation existant entre cet organisme et le particulier, et (iii) l'effet de cette décision sur les droits du particulier » (arrêt *Knight*, p. 669).

[89] L'affaire *Knight* soulevait la question de savoir si un conseil scolaire avait manqué à son obligation d'équité procédurale en congédiant un directeur de l'enseignement avec un préavis de trois mois conformément à son contrat d'emploi. La Cour devait principalement trancher si le lien d'emploi entre le directeur et le conseil scolaire faisait naître une obligation d'équité en droit public. Au nom des juges majoritaires, la juge L'Heureux-Dubé a conclu que tel était le cas, car le poste du directeur s'apparentait fortement à un poste d'origine législative et pouvait donc être assimilé à une charge publique (p. 672). Du coup, à l'opposé de lord Reid dans l'affaire *Ridge c. Baldwin*, elle a expressément reconnu que le titulaire d'une charge à titre amovible avait également droit au respect de l'équité procédurale en cas de congédiement (p. 673-674). La juge L'Heureux-Dubé a estimé que la clause du contrat d'emploi prévoyant que le directeur pouvait être congédié moyennant un préavis de trois mois n'était pas suffisante pour écarter l'obligation d'équité en droit public (p. 681).

[90] Ces arrêts fondateurs ont fait de l'équité procédurale un principe fondamental du droit administratif canadien dont l'objectif primordial se conçoit aisément : dans l'exercice de ses pouvoirs publics, le décideur administratif doit agir avec équité lorsqu'il rend une décision touchant les droits d'un administré. Autrement dit, [TRADUCTION] « [l]e respect de l'équité dans la procédure est essentiel à la notion d'exercice "équitable" du pouvoir » (Brown et Evans, p. 7-3). On peut toutefois se demander si l'obligation faite à un organisme public d'observer les exigences de l'équité procédurale dans l'exercice de ses droits contractuels en tant qu'employeur contribue à la réalisation de cet objectif.

(3) L'équité procédurale dans la fonction publique

[91] Les arrêts *Ridge c. Baldwin* et *Nicholson* ont établi qu'un employé du secteur public a droit

2008 SCC 9 (CanLII)

depended on his or her status as an office holder. While *Knight* extended a duty of fairness to office holders during pleasure, it nevertheless upheld the distinction between office holders and contractual employees as an important criterion in establishing whether a duty of fairness was owed. Courts have continued to rely on this distinction, either extending or denying procedural protections depending on the characterization of the public employee's legal status as an office holder or contractual employee (see e.g. *Reglin v. Creston (Town)* (2004), 34 C.C.E.L. (3d) 123, 2004 BCSC 790; *Gismondi v. Toronto (City)* (2003), 64 O.R. (3d) 688 (C.A.); *Seshia v. Health Sciences Centre* (2001), 160 Man. R. (2d) 41, 2001 MBCA 151; *Rosen v. Saskatoon District Health Board* (2001), 202 D.L.R. (4th) 35, 2001 SKCA 83; *Hanis v. Teevan* (1998), 111 O.A.C. 91; *Gerrard v. Sackville (Town)* (1992), 124 N.B.R. (2d) 70 (C.A.)).

à l'équité procédurale s'il est titulaire d'une charge. Bien que l'arrêt *Knight* en ait fait également bénéficier le titulaire de charge à titre amovible, il a quand même retenu comme critère important à cet égard la distinction entre le titulaire de charge et l'employé contractuel. Les cours de justices ont continué d'appliquer cette distinction pour reconnaître ou non ce droit selon que le fonctionnaire est titulaire de charge ou employé contractuel (voir notamment *Reglin c. Creston (Town)* (2004), 34 C.C.E.L. (3d) 123, 2004 BCSC 790; *Gismondi c. Toronto (City)* (2003), 64 O.R. (3d) 688 (C.A.); *Seshia c. Health Sciences Centre* (2001), 160 Man. R. (2d) 41, 2001 MBCA 151; *Rosen c. Saskatoon District Health Board* (2001), 202 D.L.R. (4th) 35, 2001 SKCA 83; *Hanis c. Teevan* (1998), 111 O.A.C. 91; *Gerrard c. Sackville (Ville)* (1992), 124 R.N.-B. (2e) 70 (C.A.)).

[92] In practice, a clear distinction between office holders and contractual employees has been difficult to maintain:

> Although the law makes such a sharp distinction between office and service in theory, in practice it may be difficult to tell which is which. For tax purposes "office" has long been defined as a "subsisting, permanent substantive position which has an existence independent of the person who fills it", but for the purposes of natural justice the test may not be the same. Nor need an office necessarily be statutory, although nearly all public offices of importance in administrative law are statutory. A statutory public authority may have many employees who are in law merely its servants, and others of higher grades who are office-holders.
>
> (Wade and Forsyth, at pp. 532-33)

[92] En pratique, toutefois, la distinction entre le titulaire d'une charge et l'employé contractuel s'est révélée difficile à appliquer :

> [TRADUCTION] Même si, en théorie, le droit fait une nette distinction entre charge et emploi, en pratique, il peut être difficile de les différencier. En matière fiscale, la « charge » est depuis longtemps définie comme « un poste durable, permanent et important qui existe indépendamment de la personne qui l'occupe ». Mais pour les besoins de la justice naturelle, le critère peut différer. Il n'est pas nécessaire non plus que la charge soit établie par une loi, bien que ce soit le cas de presque toutes les charges publiques d'importance en droit administratif. Un organisme public créé par une loi peut compter à son service de nombreuses personnes qui, légalement, sont de simples employés et d'autres, plus élevées dans la hiérarchie, qui sont titulaires d'une charge.
>
> (Wade et Forsyth, p. 532-533)

[93] Lord Wilberforce noted that attempting to separate office holders from contractual employees

> involves the risk of a compartmental approach which, although convenient as a solvent, may lead to narrower distinctions than are appropriate to the broader issues of administrative law. A comparative list of situations in which persons have been held entitled or not entitled to a hearing, or to observation of rules of natural

[93] Lord Wilberforce a signalé que la démarche consistant à établir une distinction entre le titulaire de charge et l'employé contractuel

> [TRADUCTION] peut mener à une analyse compartimentée qui, malgré la solution qu'elle offre, peut donner lieu à des distinctions trop ténues pour le règlement des questions plus générales qui se posent en droit administratif. L'énumération comparative des situations dans lesquelles on a reconnu ou non le droit d'être entendu ou

2008 SCC 9 (CanLII)

justice, according to the master and servant test, looks illogical and even bizarre.

(*Malloch v. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278 (H.L.), at p. 1294)

[94] There is no reason to think that the distinction has been easier to apply in Canada. In *Knight*, as has been noted, the majority judgment relied on whether the public employee's position had a "strong 'statutory flavour'" (p. 672), but as Brown and Evans observe, "there is no simple test for determining whether there is a sufficiently strong 'statutory flavour' to a job for it to be classified as an 'office'" (p. 7-19). This has led to uncertainty as to whether procedural fairness attaches to particular positions. For instance, there are conflicting decisions on whether the position of a "middle manager" in a municipality is sufficiently important to attract a duty of fairness (compare *Gismondi*, at para. 53, and *Hughes v. Moncton (City)* (1990), 111 N.B.R. (2d) 184 (Q.B.), aff'd (1991), 118 N.B.R. (2d) 306 (C.A.)). Similarly, physicians working in the public health system may or may not be entitled to a duty of fairness (compare *Seshia* and *Rosen v. Saskatoon District Health Board*, [2000] 4 W.W.R. 606, 2000 SKQB 40).

[95] Further complicating the distinction is the fact that public employment is for the most part now viewed as a regular contractual employment relationship. The traditional position at common law was that public servants were literally "servants of the Crown" and could therefore be dismissed at will. However, it is now recognized that most public employees are employed on a contractual basis: *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199.

[96] *Wells* concerned the dismissal without compensation of a public office holder whose position had been abolished by statute. The Court held that, while Wells' position was created by statute, his employment relationship with the Crown was contractual and therefore he was entitled to be compensated for breach of contract according

le droit au respect de la justice naturelle, selon le lien de subordination, paraît illogique, voire bizarre.

(*Malloch c. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278 (H.L.), p. 1294)

[94] Il n'y a pas lieu de penser que la distinction a été plus aisée au Canada. Dans l'affaire *Knight*, on l'a vu, les juges majoritaires se sont demandé si le poste de l'employé du secteur public s'apparentait fortement à un poste d'origine législative (p. 672). Brown et Evans signalent toutefois [TRADUCTION] « qu'aucun critère simple ne permet de déterminer qu'un poste s'apparente assez fortement à un poste d'origine législative pour qu'il soit qualifié de "charge" » (p. 7-19), d'où l'incertitude quant à savoir si l'équité procédurale s'applique à certains postes. Des décisions contradictoires ont d'ailleurs été rendues sur la question de savoir si le poste de « cadre intermédiaire » d'un fonctionnaire municipal était assez important pour faire naître l'obligation d'équité (comparer *Gismondi*, par. 53, et *Hughes c. Moncton (Ville)* (1990), 111 R.N.-B. (2e) 184 (B.R.), conf. par (1991), 118 R.N.-B. (2e) 306 (C.A.)). De même, l'obligation d'équité peut s'appliquer ou non au médecin travaillant pour le régime de santé public (comparer *Seshia*, et *Rosen c. Saskatoon District Health Board*, [2000] 4 W.W.R. 606, 2000 SKQB 40).

[95] La distinction est d'autant plus difficile à établir que, de nos jours, un emploi dans la fonction publique est généralement assimilé à un emploi contractuel ordinaire. Auparavant, en common law, les fonctionnaires étaient considérés comme de véritables « employés personnels de la Couronne » et pouvaient donc être congédiés à volonté. Toutefois, il est désormais établi que la plupart des fonctionnaires ont un lien d'emploi contractuel : *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199.

[96] L'arrêt *Wells* porte sur le renvoi sans indemnité d'un titulaire de charge publique dont le poste avait été aboli par la loi. La Cour a statué que malgré l'origine législative de son poste, M. Wells avait un lien d'emploi contractuel avec l'État, de sorte qu'il avait droit à une indemnité pour rupture de contrat suivant les règles habituelles du droit privé. Cet

2008 SCC 9 (CanLII)

to ordinary private law principles. Indeed, *Wells* recognized that most civil servants and public officers are employed under contracts of employment, either as members of unions bound by collective agreements or as non-unionized employees under individual contracts of employment (paras. 20-21 and 29-32). Only certain officers, like ministers of the Crown and "others who fulfill constitutionally defined state roles", do not have a contractual relationship with the Crown, since the terms of their positions cannot be modified by agreement (*Wells*, at paras. 29-32).

[97] The effect of *Wells*, as Professors Hogg and Monahan note, is that

> [t]he government's common law relationship with its employees will now be governed, for the most part, by the general law of contract, in the same way as private employment relationships. This does not mean that governments cannot provide for a right to terminate employment contracts at pleasure. However, if the government wishes to have such a right, it must either contract for it or make provision (expressly or by necessary implication) by way of statute.
>
> (P. W. Hogg and P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3rd ed. 2000), at p. 240)

The important point for our purposes is that *Wells* confirmed that most public office holders have a contractual employment relationship. Of course, office holders' positions will also often be governed by statute and regulations, but the essence of the employment relationship is still contractual. In this context, attempting to make a clear distinction between office holders and contractual employees for the purposes of procedural fairness becomes even more difficult.

[98] If the distinction has become difficult to maintain in practice, it is also increasingly hard to justify in principle. There would appear to be three main reasons for distinguishing between office holders and contractual employees and for extending procedural fairness protections only to the former, all of which, in our view, are problematic.

[99] First, historically, offices were viewed as a form of property, and thus could be recovered by

arrêt a en effet reconnu que l'emploi de la plupart des fonctionnaires et hauts fonctionnaires est régi par un contrat — une convention collective lorsque l'intéressé est membre d'un syndicat ou un contrat individuel de travail lorsqu'il ne l'est pas (par. 20-21 et 29-32). Seuls les titulaires de certains postes, tels les ministres de la Couronne et « d'autres personnes qui remplissent au sein de l'État des rôles définis constitutionnellement » n'ont pas de relations contractuelles avec l'État puisque leurs conditions d'emploi ne peuvent être modifiées de gré à gré (*Wells*, par. 29-32).

[97] Voici comment les professeurs Hogg et Monahan décrivent les retombées de l'arrêt *Wells* :

> [TRADUCTION] En droit commun, la relation entre l'État et ses employés sera désormais régie, pour l'essentiel, par le droit général des contrats, tout comme la relation d'emploi entre parties privées. Cela n'empêchera pas l'État de prévoir le droit de mettre fin à un contrat d'emploi à son gré. Cependant, pour qu'il puisse s'en prévaloir, ce droit devra figurer dans le contrat ou être prévu (expressément ou par déduction nécessaire) dans la loi.
>
> (P. W. Hogg et P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3e éd. 2000), p. 240)

Pour les besoins du présent pourvoi, l'arrêt *Wells* confirme surtout la nature contractuelle du lien d'emploi de la plupart des titulaires de charge publique. Évidemment, il arrive souvent qu'une charge soit par ailleurs assujettie à des dispositions législatives ou réglementaires, mais le lien d'emploi demeure essentiellement contractuel. Dans ce contexte, il est encore plus difficile d'établir une nette distinction entre le titulaire de charge et l'employé contractuel pour ce qui est du droit à l'équité procédurale.

[98] Si la distinction se révèle elle-même difficile en pratique, sa justification théorique l'est elle aussi de plus en plus. Trois raisons principales sont invoquées pour distinguer le titulaire de charge de l'employé contractuel et n'accorder le bénéfice de l'équité procédurale qu'au premier, mais à notre avis, elles posent toutes problème.

[99] La première raison réside dans le fait qu'autrefois, la charge était considérée comme un bien, de

2008 SCC 9 (CanLII)

the office holder who was removed contrary to the principles of natural justice. Employees who were dismissed in breach of their contract, however, could only sue for damages, since specific performance is not generally available for contracts for personal service (Wade and Forsyth, at pp. 531-32). This conception of public office has long since faded from our law: public offices are no longer treated as a form of private property.

[100] A second and more persuasive reason for the distinction is that dismissal from public office involves the exercise of delegated statutory power and should therefore be subject to public law controls like any other administrative decision (*Knight*, at p. 675; *Malloch*, at p. 1293, *per* Lord Wilberforce). In contrast, the dismissal of a contractual employee only implicates a public authority's private law rights as an employer.

[101] A third reason is that, unlike contractual employees, office holders did not typically benefit from contractual rights protecting them from summary discharge. This was true of the public office holders in *Ridge v. Baldwin* and *Nicholson*. Indeed, in both cases the statutory language purported to authorize dismissal without notice. The holders of an office "at pleasure" were in an even more tenuous position since by definition they could be dismissed without notice *and* without reason (*Nicholson*, at p. 323; *Black's Law Dictionary* (8th ed. 2004), at p. 1192 "pleasure appointment"). Because of this relative insecurity it was seen to be desirable to impose minimal procedural requirements in order to ensure that office holders were not deprived of their positions arbitrarily (*Nicholson*, at pp. 322-23; *Knight*, at pp. 674-75; Wade and Forsyth, at pp. 536-37).

[102] In our view, the existence of a contract of employment, not the public employee's status as an office holder, is the crucial consideration. Where a public office holder is employed under a contract of employment the justifications for imposing a public law duty of fairness with respect to his or her dismissal lose much of their force.

sorte qu'elle pouvait être recouvrée par le titulaire qui en avait été dépossédé au mépris des règles de justice naturelle. Or, l'employé démis de ses fonctions en violation de son contrat d'emploi ne pouvait qu'intenter une action en dommages-intérêts puisque le contrat relatif à des services personnels n'était généralement pas susceptible d'exécution en nature (Wade et Forsyth, p. 531-532). Cette conception est depuis longtemps révolue dans notre droit, car la charge publique n'est plus considérée comme un bien privé.

[100] Plus convaincante, la deuxième raison d'être de la distinction est que la décision de démettre un titulaire de charge publique suppose l'exercice d'un pouvoir légal délégué, de sorte que, à l'instar de toute décision administrative, elle doit être soumise aux mécanismes de contrôle du droit public (*Knight*, p. 675; *Malloch*, p. 1293, lord Wilberforce). À l'opposé, le renvoi d'un employé contractuel ne fait intervenir que les droits privés de l'organisme public en tant qu'employeur.

[101] Suivant la troisième raison avancée, contrairement à l'employé contractuel, le titulaire de charge ne bénéficiait généralement pas d'une clause contractuelle le protégeant contre le renvoi sommaire. Tel était le cas dans les affaires *Ridge c. Baldwin* et *Nicholson*, car le libellé de la loi autorisait la destitution sans préavis. La situation du titulaire de charge à titre amovible était encore plus précaire puisque, par définition, il pouvait être destitué sans préavis *et* sans motif : *Nicholson*, p. 323; *Black's Law Dictionary* (8e éd. 2004), p. 1192, « *pleasure appointment* » ([TRADUCTION] « nomination à titre amovible »). À cause de cette relative insécurité, il a paru souhaitable d'établir un minimum d'exigences procédurales afin que le titulaire de charge ne soit pas destitué arbitrairement (*Nicholson*, p. 322-323; *Knight*, p. 674-675; Wade et Forsyth, p. 536-537).

[102] À notre sens, c'est l'existence d'un contrat d'emploi, et non la qualité de titulaire de charge publique de l'employé, qui est déterminante. Lorsque le titulaire d'une charge publique est partie à un contrat d'emploi, l'imposition à l'employeur d'une obligation d'équité en droit public se justifie beaucoup moins.

2008 SCC 9 (CanLII)

[103] Where the employment relationship is contractual, it becomes difficult to see how a public employer is acting any differently in dismissing a public office holder and a contractual employee. In both cases, it would seem that the public employer is merely exercising its private law rights as an employer. For instance, in *Knight*, the director's position was terminated by a resolution passed by the board of education pursuant to statute, but it was done in accordance with the contract of employment, which provided for dismissal on three months' notice. Similarly, the appellant in this case was dismissed pursuant to s. 20 of the New Brunswick *Civil Service Act*, but that section provides that the ordinary rules of contract govern dismissal. He could therefore only be dismissed for just cause or on reasonable notice, and any failure to do so would give rise to a right to damages. In seeking to end the employment relationship with four months' pay in lieu of notice, the respondent was acting no differently than any other employer at common law. In *Wells*, Major J. noted that public employment had all of the features of a contractual relationship:

> A common-sense view of what it means to work for the government suggests that these relationships have all the hallmarks of contract. There are negotiations leading to agreement and employment. This gives rise to enforceable obligations on both sides. The Crown is acting much as an ordinary citizen would, engaging in mutually beneficial commercial relations with individual and corporate actors. Although the Crown may have statutory guidelines, the result is still a contract of employment. [Emphasis added; para. 22.]

If the Crown is acting as any other private actor would in hiring its employees, then it follows that the dismissal of its employees should be viewed in the same way.

[104] Furthermore, while public law is rightly concerned with preventing the arbitrary exercise of delegated powers, the good faith exercise of the contractual rights of an employer, such as the right

[103] Du moment que le lien d'emploi est contractuel, il est difficile de concevoir qu'un employeur du secteur public agisse différemment selon qu'il congédie un titulaire de charge publique ou un employé contractuel. Dans les deux cas, il appert que l'employeur ne fait qu'exercer ses droits privés à titre d'employeur. Par exemple, dans l'affaire *Knight*, le conseil scolaire avait adopté, conformément à la loi, une résolution mettant fin à l'emploi du directeur, mais il avait respecté le contrat d'emploi qui prévoyait un préavis de trois mois. De même, en l'espèce, l'appelant a été congédié en application de l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique* du Nouveau-Brunswick. Or, cet article dispose que la cessation d'emploi est régie par les règles contractuelles ordinaires. En conséquence, l'appelant devait être congédié pour un motif valable ou avec un préavis raisonnable, sinon l'intimée pouvait être condamnée à lui verser des dommages-intérêts. En mettant fin à l'emploi par le versement d'une indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis, l'intimée n'a pas agi différemment de n'importe quel autre employeur assujetti à la common law. Dans l'arrêt *Wells*, le juge Major a signalé que l'emploi dans la fonction publique possédait toutes les caractéristiques d'une relation contractuelle :

> Un examen fondé sur le bon sens de ce que signifie le fait de travailler pour le gouvernement tend à indiquer que ces relations portent toutes les marques d'un contrat. Des négociations donnent lieu à une entente et à un emploi et engendrent des obligations exécutoires pour les deux parties. La Couronne agit en grande partie comme un citoyen ordinaire le ferait, s'engageant dans des relations commerciales avantageuses pour les deux parties, tant avec des particuliers qu'avec des sociétés. Bien que la Couronne puisse être tenue de suivre des lignes directrices prévues par la loi, le résultat demeure quand même un contrat de travail. [Nous soulignons; par. 22.]

Si la Couronne se confond avec tout employeur du secteur privé lorsqu'elle engage ses employés, il devrait donc en être de même lorsqu'elle les congédie.

[104] En outre, le droit public se soucie à juste titre d'empêcher l'exercice arbitraire du pouvoir délégué, mais on ne saurait qualifier d'arbitraire l'exercice de bonne foi d'un droit contractuel

2008 SCC 9 (CanLII)

to end the employment relationship on reasonable notice, cannot be qualified as arbitrary. Where the terms of the employment contract were explicitly agreed to, it will be assumed that procedural fairness was dealt with by the parties (see, for example, in the context of collective agreements: *School District No. 5 (Southeast Kootenay) and B.C.T.F. (Yellowaga) (Re)* (2000), 94 L.A.C. (4th) 56). If, however, the contract of employment is silent, the fundamental terms will be supplied by the common law or the civil law, in which case dismissal may only be for just cause or on reasonable notice.

[105] In the context of this appeal, it must be emphasized that dismissal with reasonable notice is not unfair *per se*. An employer's right to terminate the employment relationship with due notice is simply the counterpart to the employee's right to quit with due notice (G. England, *Employment Law in Canada* (4th ed. (loose-leaf)), at para. 13.3). It is a well-established principle of the common law that, unless otherwise provided, both parties to an employment contract may end the relationship without alleging cause so long as they provide adequate notice. An employer's right to terminate on reasonable notice must be exercised within the framework of an employer's general obligations of good faith and fair dealing: *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 95. But the good faith exercise of a common law contractual right to dismiss with notice does not give rise to concerns about the illegitimate exercise of public power. Moreover, as will be discussed below, where public employers do act in bad faith or engage in unfair dealing, the private law provides a more appropriate form of relief and there is no reason that they should be treated differently than private sector employers who engage in similar conduct.

[106] Of course, a public authority must abide by any statutory restrictions on the exercise of its discretion as an employer, regardless of the terms of an employment contract, and failure to do so may give rise to a public law remedy. A public authority cannot contract out of its statutory duties. But where a dismissal decision is properly within the public authority's powers and is taken pursuant to

de l'employeur, tel celui de mettre fin à la relation d'emploi moyennant un préavis raisonnable. Lorsque les parties ont expressément convenu des clauses du contrat d'emploi, il sera présumé qu'elles se sont également entendues sur l'équité procédurale (voir, p. ex., dans le cas d'une convention collective, *School District No. 5 (Southeast Kootenay) and B.C.T.F. (Yellowaga) (Re)* (2000), 94 L.A.C. (4th) 56). Si rien n'est prévu au contrat, la common law ou le droit civil dicte les conditions fondamentales et il ne peut alors y avoir congédiement que pour motif valable ou avec préavis raisonnable.

[105] Dans le contexte du présent pourvoi, il importe de souligner que le congédiement avec préavis raisonnable n'est pas intrinsèquement injuste. Le droit de l'employeur de mettre fin à l'emploi moyennant le préavis requis est la simple contrepartie du droit de l'employé de donner sa démission moyennant le préavis requis (G. England, *Employment Law in Canada* (4e éd. (feuilles mobiles)), par. 13.3). Un principe bien établi du droit commun veut que, sauf disposition contraire, les deux parties au contrat d'emploi peuvent mettre fin à la relation sans invoquer de motif à condition que le préavis soit suffisant. L'employeur est tenu d'exercer ce droit conformément à ses obligations générales de bonne foi et de traitement équitable : *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 95. Or, l'exercice de bonne foi du droit issu du droit commun des contrats de congédier l'employé avec préavis ne saurait mettre en doute la légitimité de l'exercice du pouvoir public. De plus — nous y reviendrons —, lorsque l'employeur du secteur public agit de mauvaise foi ou de manière inéquitable, le droit privé offre un type de recours plus approprié, et il n'y a pas lieu de le traiter différemment de l'employeur du secteur privé qui agit de même.

[106] Un organisme public doit évidemment respecter les limites légales fixées à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire à titre d'employeur, quelles que soient les conditions du contrat d'emploi, faute de quoi il s'expose à un recours en droit public. Il ne peut se soustraire par contrat à ses obligations légales. Cependant, lorsqu'il prend la décision de congédier une personne conformément à ses

2008 SCC 9 (CanLII)

a contract of employment, there is no compelling public law purpose for imposing a duty of fairness.

[107] Nor is the protection of office holders a justification for imposing a duty of fairness when the employee is protected from wrongful dismissal by contract. The appellant's situation provides a good illustration of why this is so. As an office holder, the appellant was employed "at pleasure", and could therefore be terminated without notice or reason (*Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13, s. 20). However, he was also a civil servant and, pursuant to s. 20 of the *Civil Service Act*, his dismissal was governed by the ordinary rules of contract. If his employer had dismissed him without notice and without cause he would have been entitled to claim damages for breach of contract. Even if he was dismissed with notice, it was open to him to challenge the length of notice or amount of pay in lieu of notice given. On the facts, the respondent gave the appellant four months' worth of pay in lieu of notice, which he was successful in having increased to eight months before the grievance adjudicator.

[108] It is true that the remedy of reinstatement is not available for breach of contract at common law. In this regard, it might be argued that contractual remedies, on their own, offer insufficient protection to office holders (see *de Smith, Woolf & Jowell: Judicial Review of Administrative Action* (5th ed. 1995), at p. 187). However, it must be kept in mind that breach of a public law duty of fairness also does not lead to full reinstatement. The effect of a breach of procedural fairness is to render the dismissal decision void *ab initio* (*Ridge v. Baldwin*, at p. 81). Accordingly, the employment is deemed to have never ceased and the office holder is entitled to unpaid wages and benefits from the date of the dismissal to the date of judgment (see England, at para. 17.224). However, an employer is free to follow the correct procedure and dismiss the office holder again. A breach of the duty of fairness simply requires that the dismissal decision be retaken. It therefore is incorrect to equate it to reinstatement (see *Malloch*, at p. 1284).

pouvoirs et à un contrat d'emploi, nulle considération supérieure du droit public ne justifie l'imposition d'une obligation d'équité.

[107] La protection du titulaire de charge publique ne justifie pas non plus l'assujettissement à l'obligation d'équité lorsqu'un contrat protège l'intéressé contre le congédiement injuste. La situation de l'appelant le montre bien. En tant que titulaire d'une charge publique, l'appelant était employé à titre amovible, et l'employeur pouvait donc mettre fin à son emploi sans préavis et sans motif (*Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13, art. 20). Or, il était également fonctionnaire et, suivant l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, les règles contractuelles ordinaires régissaient son congédiement. Si son employeur l'avait congédié sans préavis et sans motif, il aurait pu réclamer des dommages-intérêts pour rupture de contrat. Même s'il a été congédié avec préavis, il pouvait contester la durée de celui-ci ou le montant de l'indemnité en tenant lieu. Il appert que l'intimée lui a versé une indemnité équivalant à quatre mois de salaire en lieu et place d'un préavis et que l'arbitre saisi de son grief a porté cette indemnité à huit mois de salaire.

[108] Il est vrai qu'en common law, la réintégration ne peut être ordonnée par suite d'une rupture de contrat. On peut à cet égard soutenir que le seul droit contractuel ne protège pas suffisamment le titulaire de charge (voir *de Smith, Woolf & Jowell : Judicial Review of Administrative Action* (5e éd. 1995), p. 187). Toutefois, il ne faut pas oublier que le recours pour manquement à l'obligation d'équité en droit public ne permet pas non plus la réintégration, mais bien l'annulation *ab initio* de la décision de congédier (*Ridge c. Baldwin*, p. 81). L'emploi est donc réputé n'avoir jamais pris fin, et le titulaire de charge a droit au salaire et aux avantages impayés entre la date du congédiement et celle du jugement (voir England, par. 17.224). Cependant, l'employeur peut toujours congédier la personne de nouveau en suivant alors la bonne procédure. L'employeur qui manque à l'obligation d'équité doit simplement reprendre le processus décisionnel. Il est donc erroné de penser qu'un tel manquement donne droit à la réintégration (voir *Malloch*, p. 1284).

2008 SCC 9 (CanLII)

[109] In addition, a public law remedy can lead to unfairness. The amount of unpaid wages and benefits an office holder is entitled to will be a function of the length of time the judicial process has taken to wend its way to a final resolution rather than criteria related to the employee's situation. Furthermore, in principle, there is no duty to mitigate since unpaid wages are not technically damages. As a result, an employee may recoup much more than he or she actually lost (see England, at para. 17.224).

[110] In contrast, the private law offers a more principled and fair remedy. The length of notice or amount of pay in lieu of notice an employee is entitled to depends on a number of factors including length of service, age, experience and the availability of alternative employment (see *Wallace*, at paras. 81 ff.). The notice period may be increased if it is established that the employer acted in bad faith or engaged in unfair dealing when acting to dismiss the employee (*Wallace*, at para. 95). These considerations aim at ensuring that dismissed employees are afforded some measure of protection while looking for new employment.

[111] It is important to note as well that the appellant, as a public employee employed under a contract of employment, also had access to all of the same statutory and common law protections that surround private sector employment. He was protected from dismissal on the basis of a prohibited ground of discrimination under the *Human Rights Act*, R.S.N.B. 1973, c. H-11. His employer was bound to respect the norms laid down by the *Employment Standards Act*, S.N.B. 1982, c. E-7.2. As has already been mentioned, if his dismissal had been in bad faith or he had been subject to unfair dealing, it would have been open to him to argue for an extension of the notice period pursuant to the principles laid down in *Wallace*. In short, the appellant was not without legal protections or remedies in the face of his dismissal.

(4) The Proper Approach to the Dismissal of Public Employees

[112] In our view, the distinction between office holder and contractual employee for the purposes

[109] En outre, le recours fondé sur le droit public peut avoir des effets inéquitables. Le montant du salaire et des avantages impayés auquel le titulaire d'une charge a droit dépend du temps écoulé avant qu'une cour de justice ne rende une décision définitive, et non de critères liés à sa situation. De plus, l'employé n'a pas en principe l'obligation de limiter le préjudice, le salaire impayé ne constituant pas à strictement parler des dommages-intérêts. Il s'ensuit que l'employé peut obtenir beaucoup plus que ce qu'il a réellement perdu (voir England, par. 17.224).

[110] À l'opposé, le droit privé offre un recours mieux fondé et plus juste. La durée du préavis ou le montant de l'indemnité en tenant lieu dépend de différentes variables, dont les états de service, l'âge, l'expérience et l'existence d'autres possibilités d'emploi (voir *Wallace*, par. 81 et suiv.). Le préavis peut être prolongé lorsqu'il est établi que l'employeur a fait preuve de mauvaise foi ou agi de manière inéquitable en congédiant l'employé (*Wallace*, par. 95). L'objectif est d'assurer à l'employé congédié une certaine protection jusqu'à ce qu'il trouve un nouvel emploi.

[111] Il importe de signaler qu'à titre d'employé du secteur public régi par un contrat d'emploi, l'appelant avait également droit aux mesures de protection prévues par la loi et le droit commun au bénéfice des employés du secteur privé. La *Loi sur les droits de la personne*, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, le protégeait contre le congédiement pour un motif de discrimination interdit, et son employeur était tenu de se conformer à la *Loi sur les normes d'emploi*, L.N.-B. 1982, ch. E-7.2. Rappelons que s'il avait été congédié de mauvaise foi ou de façon inéquitable, il aurait pu demander un préavis plus long selon les principes énoncés dans l'arrêt *Wallace*. Bref, l'appelant n'était pas privé de protections ou de recours légaux advenant son congédiement.

(4) La démarche qui s'impose à l'égard du congédiement d'un fonctionnaire

[112] La distinction entre titulaire de charge et employé contractuel aux fins de déterminer un droit

2008 SCC 9 (CanLII)

of a public law duty of fairness is problematic and should be done away with. The distinction is difficult to apply in practice and does not correspond with the justifications for imposing public law procedural fairness requirements. What is important in assessing the actions of a public employer in relation to its employees is the nature of the employment relationship. Where the relationship is contractual, it should be viewed as any other private law employment relationship regardless of an employee's status as an office holder.

[113] The starting point, therefore, in any analysis, should be to determine the nature of the employment relationship with the public authority. Following *Wells*, it is assumed that most public employment relationships are contractual. Where this is the case, disputes relating to dismissal should be resolved according to the express or implied terms of the contract of employment and any applicable statutes and regulations, without regard for whether the employee is an office holder. A public authority which dismisses an employee pursuant to a contract of employment should not be subject to any additional public law duty of fairness. Where the dismissal results in a breach of contract, the public employee will have access to ordinary contractual remedies.

[114] The principles expressed in *Knight* in relation to the general duty of fairness owed by public authorities when making decisions that affect the rights, privileges or interests of individuals are valid and important. However, to the extent that the majority decision in *Knight* ignored the important effect of a contract of employment, it should not be followed. Where a public employee is protected from wrongful dismissal by contract, his or her remedy should be in private law, not in public law.

[115] The dismissal of a public employee should therefore generally be viewed as a typical employment law dispute. However, there may be occasions where a public law duty of fairness will still apply. We can envision two such situations at present. The first occurs where a public employee is not, in fact,

à l'équité reconnu en droit public soulève des difficultés et devrait selon nous être abandonnée. Elle s'est révélée difficile dans les faits et sans corrélation avec la raison d'être de l'imposition de l'obligation d'équité procédurale. Ce qui importe dans l'évaluation des actes de l'employeur public à l'endroit de son employé, c'est la nature de la relation d'emploi : lorsqu'elle est contractuelle, elle doit être considérée comme toute autre relation d'emploi assujettie au droit privé, même lorsque l'employé est titulaire d'une charge.

[113] L'analyse doit donc s'attacher d'abord à la nature du lien d'emploi avec l'organisme public. Depuis l'arrêt *Wells*, la plupart des relations d'emploi dans la fonction publique sont tenues pour contractuelles. Lorsque le lien est contractuel, tout différend relatif au congédiement doit être réglé comme le prévoit expressément ou implicitement le contrat d'emploi et conformément aux dispositions législatives ou réglementaires applicables, que l'employé soit ou non titulaire de charge. L'organisme public qui renvoie un employé en application d'un contrat d'emploi ne devrait pas être assujetti en outre à une obligation d'équité reconnue en droit public. Lorsque le congédiement contrevient au contrat, le fonctionnaire dispose des recours habituels suivant le droit des contrats.

[114] Les principes formulés dans l'arrêt *Knight* relativement à l'obligation générale d'équité à laquelle est tenu l'organisme public dont la décision touche les droits, les privilèges ou les biens d'une personne demeurent valables et importants. Toutefois, dans la mesure où les juges majoritaires n'ont pas tenu compte de l'effet déterminant d'un contrat d'emploi, l'arrêt ne devrait pas être suivi. L'employé qu'un contrat protège contre le congédiement injuste devait pouvoir exercer un recours en droit privé, et non en droit public.

[115] Il convient donc généralement de considérer le congédiement d'un employé du secteur public comme un différend ordinaire en droit du travail. Il peut quand même arriver que l'obligation d'équité procédurale s'applique. Deux situations peuvent actuellement être envisagées. La

2008 SCC 9 (CanLII)

protected by a contract of employment. This will be the case with judges, ministers of the Crown and others who "fulfill constitutionally defined state roles" (*Wells*, at para. 31). It may also be that the terms of appointment of some public office holders expressly provide for summary dismissal or, at the very least, are silent on the matter, in which case the office holders may be deemed to hold office "at pleasure" (see e.g. New Brunswick *Interpretation Act*, s. 20; *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 23(1)). Because an employee in this situation is truly subject to the will of the Crown, procedural fairness is required to ensure that public power is not exercised capriciously.

[116] A second situation occurs when a duty of fairness flows by necessary implication from a statutory power governing the employment relationship. In *Malloch*, the applicable statute provided that dismissal of a teacher could only take place if the teacher was given three weeks' notice of the motion to dismiss. The House of Lords found that this necessarily implied a right for the teacher to make representations at the meeting where the dismissal motion was being considered. Otherwise, there would have been little reason for Parliament to have provided for the notice procedure in the first place (p. 1282). Whether and what type of procedural requirements result from a particular statutory power will of course depend on the specific wording at issue and will vary with the context (*Knight*, at p. 682).

B. *Conclusion*

[117] In this case, the appellant was a contractual employee of the respondent in addition to being a public office holder. Section 20 of the *Civil Service Act* provided that, as a civil servant, he could only be dismissed in accordance with the ordinary rules of contract. In these circumstances it was unnecessary to consider any public law duty of procedural fairness. The respondent was fully within its rights

première est celle où l'employé du secteur public n'est pas protégé dans les faits par un contrat d'emploi, comme c'est le cas des ministres de la Couronne et d'autres personnes qui « remplissent au sein de l'État des rôles définis constitutionnellement » (*Wells*, par. 31). Il peut aussi arriver que la nomination autorise expressément le congédiement sommaire du titulaire de la charge publique ou, à tout le moins, qu'elle ne prévoit rien à ce sujet, auquel cas l'intéressé peut être réputé occuper son poste à titre amovible (voir notamment la *Loi d'interprétation* du Nouveau-Brunswick, art. 20, et la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, par. 23(1)). Étant donné que l'employé est alors véritablement soumis à la volonté de l'État, l'obligation d'équité procédurale doit être imposée afin que le pouvoir public ne soit pas exercé de façon irrégulière.

[116] Dans la deuxième situation possible, l'obligation d'équité découle, par déduction nécessaire, d'un pouvoir légal régissant la relation d'emploi. Dans l'affaire *Malloch*, la loi applicable prévoyait qu'un enseignant ne pouvait être congédié qu'après avoir été informé trois semaines à l'avance de la tenue de la réunion où son congédiement serait proposé. La Chambre des lords a estimé que l'enseignant avait nécessairement le droit d'être entendu à cette réunion, sinon l'avis exigé par le législateur n'aurait eu aucune raison d'être (p. 1282). Naturellement, l'existence d'exigences procédurales et leur nature dépendront du libellé de la disposition en cause et varieront selon le contexte (*Knight*, p. 682).

B. *Conclusion*

[117] En l'espèce, l'appelant était à la fois titulaire d'une charge publique et employé contractuel de l'intimée. L'article 20 de la *Loi sur la Fonction publique* prévoyait qu'à titre de fonctionnaire, il ne pouvait être congédié que suivant les règles contractuelles ordinaires. Il n'était donc pas nécessaire de tenir compte de quelque obligation d'équité procédurale en droit public. L'intimée

2008 SCC 9 (CanLII)

to dismiss the appellant with pay in lieu of notice without affording him a hearing. The respondent dismissed the appellant with four months' pay in lieu of notice. The appellant was successful in increasing this amount to eight months. The appellant was protected by contract and was able to obtain contractual remedies in relation to his dismissal. By imposing procedural fairness requirements on the respondent over and above its contractual obligations and ordering the full "reinstatement" of the appellant, the adjudicator erred in his application of the duty of fairness and his decision was therefore correctly struck down by the Court of Queen's Bench.

V. Disposition

[118] We would dismiss the appeal. There will be no order for costs in this Court as the respondent is not requesting them.

The following are the reasons delivered by

[119] BINNIE J. — I agree with my colleagues that the appellant's former employment relationship with the respondent is governed by contract. The respondent chose to exercise its right to terminate the employment without alleging cause. The adjudicator adopted an unreasonable interpretation of s. 20 of the *Civil Service Act*, S.N.B. 1984, c. C-5.1, and of ss. 97(2.1) and 100.1 of the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25. The appellant was a non-unionized employee whose job was terminated in accordance with contract law. Public law principles of procedural fairness were not applicable in the circumstances. These conclusions are enough to dispose of the appeal.

[120] However, my colleagues Bastarache and LeBel JJ. are embarked on a more ambitious mission, stating that:

Although the instant appeal deals with the particular problem of judicial review of the decisions of an

pouvait parfaitement congédier l'appelant en lui versant une indemnité tenant lieu de préavis, sans lui offrir la possibilité d'être entendu. Elle a versé à l'appelant quatre mois de salaire tenant lieu de préavis, et ce dernier a obtenu que cette indemnité soit portée à huit mois de salaire. Bénéficiant de la protection d'un contrat, l'appelant a pu obtenir des mesures de réparation de nature contractuelle en liaison avec son congédiement. En assujettissant l'intimée à l'obligation d'équité procédurale en sus de ses obligations contractuelles et en ordonnant la réintégration de l'appelant, l'arbitre a commis une erreur dans l'application de l'obligation d'équité, et la Cour du Banc de la Reine a annulé à bon droit sa décision.

V. Dispositif

[118] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi. Aucune demande n'ayant été présentée en ce sens par l'intimée, aucune ordonnance n'est rendue relativement aux dépens devant la Cour.

Version française des motifs rendus par

[119] LE JUGE BINNIE — Je conviens avec mes collègues que le lien d'emploi était régi par un contrat. L'intimée a exercé son droit de mettre fin à l'emploi de l'appelant sans invoquer de motif. L'arbitre a interprété l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, ainsi que le par. 97(2.1) et l'art. 100.1 de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, d'une manière déraisonnable. L'appelant était un employé non syndiqué, et l'intimée a mis fin à son emploi conformément au droit contractuel. Les principes du droit public relatifs à l'équité procédurale ne s'appliquaient pas dans les circonstances. Ces conclusions suffisent pour statuer sur le pourvoi.

[120] Cependant, mes collègues les juges Bastarache et LeBel s'attellent à une tâche plus ambitieuse et affirment ce qui suit :

Même si le présent pourvoi porte plus particulièrement sur le contrôle judiciaire d'une décision arbitrale,

2008 SCC 9 (CanLII)

adjudicative tribunal, these reasons will address first and foremost the structure and characteristics of the system of judicial review as a whole.

. . .

. . . The time has arrived to re-examine the Canadian approach to judicial review of administrative decisions and develop a principled framework that is more coherent and workable. [Emphasis added; paras. 33 and 32.]

[121] The need for such a re-examination is widely recognized, but in the end my colleagues' reasons for judgment do not deal with the "system as a whole". They focus on administrative tribunals. In that context, they reduce the applicable standards of review from three to two ("correctness" and "reasonableness"), but retain the pragmatic and functional analysis, although now it is to be called the "standard of review analysis" (para. 63). A broader reappraisal is called for. Changing the name of the old pragmatic and functional test represents a limited advance, but as the poet says:

What's in a name? that which we call a rose
By any other name would smell as sweet;

(*Romeo and Juliet*, Act II, Scene ii)

[122] I am emboldened by my colleagues' insistence that "a holistic approach is needed when considering fundamental principles" (para. 26) to express the following views. Judicial review is an idea that has lately become unduly burdened with law office metaphysics. We are concerned with substance not nomenclature. The words themselves are unobjectionable. The dreaded reference to "functional" can simply be taken to mean that generally speaking courts have the last word on what *they* consider the correct decision on legal matters (because deciding legal issues is their "function"), while administrators should generally have the last word within *their* function, which is to decide administrative matters. The word "pragmatic" not only signals a distaste for formalism but recognizes that a conceptually tidy division of functions has to be tempered by

dans les présents motifs, la Cour se penche avant tout sur l'architecture et les caractéristiques du mécanisme de contrôle judiciaire dans son ensemble.

. . .

. . . Le temps est venu de revoir le contrôle judiciaire des décisions administratives au Canada et d'établir un cadre d'analyse rationnel qui soit plus cohérent et fonctionnel. [Nous soulignons; par. 33 et 32.]

[121] La nécessité d'un tel réexamen est largement reconnue, mais en fin de compte, mes collègues ne s'attaquent pas au « mécanisme dans son ensemble ». Leurs motifs visent les tribunaux administratifs. Dans ce contexte, ils ramènent le nombre de normes de contrôle applicables de trois à deux (la « décision correcte » et la « décision raisonnable »), mais conservent l'analyse pragmatique et fonctionnelle, qu'ils rebaptisent « analyse relative à la norme de contrôle » (par. 63). Une réévaluation plus vaste s'impose. Modifier l'appellation de l'ancienne analyse pragmatique et fonctionnelle constitue une modeste avancée, mais comme dit le poète :

Qu'y a-t-il dans un nom?
Ce que nous appelons une rose embaumerait autant sous un autre nom.

(*Roméo et Juliette*, acte II, scène ii)

[122] Vu l'affirmation de mes collègues selon laquelle « l'examen de principes fondamentaux commande une démarche globale » (par. 26), j'ose exprimer mon point de vue sur le sujet. Ces dernières années, des débats métaphysico-juridiques ont indûment embrouillé la notion de contrôle judiciaire. Il s'agit de modifier le mécanisme lui-même, et non son appellation. En eux-mêmes, les termes employés n'ont rien de répréhensible. Le redoutable qualificatif « fonctionnel » peut simplement être interprété comme conférant généralement aux cours de justice le pouvoir de décider en fin de compte ce qui, à *leur* avis, constitue la bonne décision sur le plan juridique (leur « fonction » étant de statuer sur les questions de droit), alors que le décideur administratif devrait généralement avoir le dernier mot dans l'exercice de *sa* fonction, qui consiste à trancher en matière administrative. Non

2008 SCC 9 (CanLII)

practical considerations: for example, a labour board is better placed than the courts to interpret the intricacies of provisions in a labour statute governing replacement of union workers; see e.g. *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227.

[123] Parliament or a provincial legislature is often well advised to allocate an administrative decision to someone other than a judge. The judge is on the outside of the administration looking in. The legislators are entitled to put their trust in the viewpoint of the designated decision maker (particularly as to what constitutes a reasonable outcome), not only in the case of the administrative tribunals of principal concern to my colleagues but (taking a "holistic approach") also in the case of a minister, a board, a public servant, a commission, an elected council or other administrative bodies and statutory decision makers. In the absence of a full statutory right of appeal, the court ought generally to respect the exercise of the administrative discretion, particularly in the face of a privative clause.

[124] On the other hand, a court is right to insist that *its* view of the correct opinion (i.e. the "correctness" standard of review) is accepted on questions concerning the Constitution, the common law, and the interpretation of a statute other than the administrator's enabling statute (the "home statute") or a rule or statute closely connected with it; see generally D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (looseleaf), at para. 14:2210.

[125] Thus the law (or, more grandly, the "rule of law") sets the boundaries of potential administrative action. It is sometimes said by judges that an administrator acting within his or her discretion

seulement l'adjectif « pragmatique » exprime une répugnance pour le formalisme, mais il reconnaît également la nécessité de tempérer la stricte division conceptuelle des fonctions par des considérations pratiques (p. ex., le fait qu'un conseil des relations de travail est plus à même qu'une cour de justice d'interpréter les subtilités de dispositions législatives sur le travail régissant le remplacement de travailleurs syndiqués : voir, entre autres, *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227).

[123] Souvent, le législateur fédéral ou provincial est bien inspiré de confier à un autre organisme qu'une cour de justice le soin de rendre une décision administrative. La cour de justice a sur l'Administration un point de vue extérieur à celle-ci. Il est loisible au législateur de s'en remettre au jugement d'un décideur qu'il désigne (en particulier quant à la raisonnabilité du résultat) non seulement dans le cas des tribunaux administratifs auxquels s'intéressent principalement mes collègues, mais aussi (suivant une démarche globale) dans le cas d'un ministre, d'un organisme, d'un fonctionnaire, d'un corps élu ou d'un autre organisme administratif ou d'origine législative. En l'absence d'un droit d'appel inconditionnel prévu par la loi, la cour de révision doit généralement respecter l'exercice du pouvoir discrétionnaire, surtout en présence d'une clause privative.

[124] Par contre, elle peut légitimement soutenir que ce qu'*elle* estime constituer la bonne décision (la norme de la « décision correcte ») prévaut pour les questions relatives à la Constitution, au droit commun et à l'interprétation d'autres lois que la loi habilitante du décideur administratif (sa « loi constitutive ») ou une règle ou un texte législatif étroitement lié à celle-ci : voir généralement D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), par. 14 : 2210.

[125] Le droit ou, plus solennellement, la « règle de droit », délimite donc la portée de l'action administrative possible. Les juges disent parfois que dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le

2008 SCC 9 (CanLII)

"has the right to be wrong". This reflects an unduly court-centred view of the universe. A disagreement between the court and an administrator does not necessarily mean that the administrator is wrong.

A. *Limits on the Allocation of Decision Making*

[126] It should not be difficult in the course of judicial review to identify legal questions requiring disposition by a judge. There are three basic legal limits on the allocation of administrative discretion.

[127] Firstly, the Constitution restricts the legislator's ability to allocate issues to administrative bodies which s. 96 of the *Constitution Act, 1867* has allocated to the courts. The logic of the constitutional limitation is obvious. If the limitation did not exist, the government could transfer the work of the courts to administrative bodies that are not independent of the executive and by statute immunize the decisions of these bodies from effective judicial review. The country would still possess an independent judiciary, but the courts would not be available to citizens whose rights or interests are trapped in the administration.

[128] Secondly, administrative action must be founded on statutory or prerogative (i.e. common law) powers . This too is a simple idea. No one can exercise a power they do not possess. Whether or not the power (or jurisdiction) exists is a question of law for the courts to determine, just as it is for the courts (not the administrators) to have the final word on questions of general law that may be relevant to the resolution of an administrative issue. The instances where this Court has deferred to an administrator's conclusion of law *outside* his or her home statute, or a statute "intimately" connected thereto, are exceptional. We should say so. Instead, my colleagues say the court's view of the law will prevail

décideur administratif « a le droit de se tromper », ce qui traduit, de la part des cours de justice, une conception de l'univers centrée sur elles-mêmes. Ce n'est pas parce que la cour est en désaccord avec le décideur administratif que ce dernier a nécessairement tort.

A. *Les limites imposées à l'attribution du pouvoir décisionnel*

[126] Lors du contrôle judiciaire, la détermination des questions de droit devant être tranchées par une cour de justice ne devrait pas être ardue. Trois éléments restreignent fondamentalement l'attribution du pouvoir discrétionnaire administratif.

[127] En premier lieu, la Constitution empêche le législateur de confier à un organisme administratif le règlement d'une question qui relève d'une cour de justice suivant l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et ce, pour une raison manifeste. Si ce n'était pas le cas, l'État pourrait confier la tâche des tribunaux judiciaires à des organismes administratifs qui ne sont pas indépendants de l'exécutif et, par voie législative, soustraire les décisions de ces organismes à un véritable contrôle judiciaire. Le pays conserverait un pouvoir judiciaire indépendant, mais les cours de justice seraient hors de portée des citoyens dont les droits sont piégés dans l'appareil administratif.

[128] En deuxième lieu, l'action administrative doit s'appuyer sur un pouvoir conféré par la loi ou découlant d'une prérogative (c.-à-d. de la common law). Là également, le principe est simple. Nul ne peut exercer un pouvoir dont il n'est pas investi. Il appartient à la cour de révision de statuer sur la question de droit que constitue l'existence ou l'inexistence d'un pouvoir (ou d'une compétence), tout comme il lui revient (et non au décideur administratif) de trancher en dernier ressort les questions de droit générales susceptibles de jouer dans le règlement d'une question administrative. Ce n'est qu'exceptionnellement que la Cour a déféré à une conclusion de droit tirée par un décideur administratif dans l'application d'*autres* dispositions que celles de sa loi constitutive ou d'une loi « intimement » liée à celle-ci. Disons-le. Au lieu de cela, mes collègues estiment que l'interprétation préconisée par la cour de révision l'emporte

2008 SCC 9 (CanLII)

where the question at issue is one of general law "that is both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise". [para. 60]

It is, with respect, a distraction to unleash a debate in the reviewing judge's courtroom about whether or not a particular question of law is "of central importance to the legal system as a whole". It should be sufficient to frame a rule exempting from the correctness standard the provisions of the home statute and closely related statutes which require the expertise of the administrative decision maker (as in the labour board example). Apart from that exception, we should prefer clarity to needless complexity and hold that the last word on questions of general law should be left to judges.

[129] Thirdly, a fair procedure is said to be the handmaiden of justice. Accordingly, procedural limits are placed on administrative bodies by statute and the common law. These include the requirements of "procedural fairness", which will vary with the type of decision maker and the type of decision under review. On such matters, as well, the courts have the final say. The need for such procedural safeguards is obvious. Nobody should have his or her rights, interests or privileges adversely dealt with by an unjust process. Nor is such an unjust intent to be attributed easily to legislators. Hansard is full of expressions of concern by Ministers and Members of Parliament regarding the fairness of proposed legislative provisions. There is a dated *hauteur* about judicial pronouncements such as that the "justice of the common law will supply the omission of the legislature" (*Cooper v. Wandsworth Board of Works* (1863), 14 C.B. (N.S.) 180, 143 E.R. 414 (C.P.), at p. 420). Generally speaking, legislators and judges in this country are working with a common set of basic legal and constitutional values. They share a belief in the rule of law. Constitutional considerations aside, however, statutory protections can nevertheless be repealed and common law protections can be modified by statute, as was demonstrated in *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor*

dans le cas d'une question de droit générale « à la fois, d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre ». [par. 60]

Sauf le respect que je leur dois, tout débat quant à savoir si une question de droit donnée est « d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble » distrait la cour dans l'accomplissement de sa tâche. Il devrait suffire de soustraire à l'application de la norme de la décision correcte l'interprétation de la loi constitutive du décideur administratif ou de quelque loi très connexe faisant appel à l'expertise de ce dernier (en matière de relations de travail, par exemple). Cette exception mise à part, nous devrions préférer la clarté à la complexité superflue et statuer que la cour de révision a le dernier mot sur une question de droit générale.

[129] En troisième lieu, le caractère équitable de la procédure est censé être au service de la justice. C'est pourquoi le législateur et la common law imposent aux organismes administratifs des obligations en la matière — dont l'« équité procédurale » — qui varient selon la catégorie à laquelle appartient le décideur et la nature de la décision en cause. La cour de révision a le dernier mot à ce chapitre aussi. La nécessité de telles garanties procédurales est manifeste. Nul ne devrait voir ses droits, ses intérêts ou ses privilèges faire l'objet d'une décision défavorable à l'issue d'une procédure injuste. On ne saurait non plus prêter au législateur l'intention d'obtenir pareil résultat inique. Le Hansard regorge de préoccupations exprimées par des ministres et des députés concernant le caractère équitable des dispositions législatives proposées. Certaines affirmations, telle la [TRADUCTION] « justice de la common law suppléera aux lacunes du législateur » (*Cooper c. Wandsworth Board of Works* (1863), 14 C.B. (N.S.) 180, 143 E.R. 414 (C.P.), p. 420), traduisent une attitude hautaine dépassée à l'égard des décisions de justice. En règle générale, les législateurs et les juges de ce pays exercent leurs fonctions à partir d'un ensemble commun de valeurs juridiques et constitutionnelles. Ils partagent une même foi dans la primauté du droit. Toutefois, abstraction faite du respect de la Constitution, une

2008 SCC 9 (CanLII)

Control and Licensing Branch), [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52.

B. *Reasonableness of Outcome*

[130] At this point, judicial review shifts gears. When the applicant for judicial review challenges the substantive *outcome* of an administrative action, the judge is invited to cross the line into second-guessing matters that lie within the function of the administrator. This is controversial because it is not immediately obvious why a judge's view of the reasonableness of an administrative policy or the exercise of an administrative discretion should be preferred to that of the administrator to whom Parliament or a legislature has allocated the decision, unless there is a full statutory right of appeal to the courts, or it is otherwise indicated in the conferring legislation that a "correctness" standard is intended.

[131] In *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, Beetz J. adopted the view that "[t]o a large extent judicial review of administrative action is a specialized branch of statutory interpretation" (p. 1087 (emphasis deleted)). Judicial intervention in administrative decisions on grounds of substance (in the absence of a constitutional challenge) has been based on presumed legislative intent in a line of cases from *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp.*, [1947] 2 All E.R. 680 (C.A.) ("you may have something so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority" (p. 683)) to *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.* ("was the Board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation . . . ?" (p. 237)). More recent examples are *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (para. 53), and *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*,

garantie légale peut tout de même être abrogée et celle offerte par la common law, modifiée par la loi, comme cela avait été le cas dans l'affaire *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52.

B. *La raisonnabilité du résultat*

[130] À cette étape, l'objet du contrôle judiciaire devient différent. Lorsque le demandeur conteste une mesure administrative quant au fond, la cour de révision est invitée à faire un pas de plus et à remettre en question une décision relevant du décideur administratif, ce qui prête à controverse. En effet, en ce qui concerne la raisonnabilité d'une politique administrative ou de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire administratif, il n'y a pas de raison évidente de préférer l'appréciation judiciaire à celle du décideur administratif auquel le législateur a attribué le pouvoir de trancher, sauf lorsque la loi prévoit un droit d'appel inconditionnel devant une cour de justice ou que l'intention du législateur d'assujettir le décideur à la norme de la décision correcte ressort par ailleurs de la loi habilitante.

[131] Dans l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, le juge Beetz a estimé que « [d]ans une large mesure, l'examen judiciaire d'un acte administratif est une division spécialisée de l'interprétation des lois » (p. 1087 (soulignement omis)). Dans une série d'affaires allant d'*Associated Provincial Picture Houses Ltd. c. Wednesbury Corp.*, [1947] 2 All E.R. 680 (C.A.) (où il est dit à la p. 683 : [TRADUCTION] « on peut se trouver en présence de quelque chose de si absurde qu'il ne viendrait jamais à l'idée d'une personne sensée que cela relève des pouvoirs de l'autorité ») à *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963* (où la Cour se demande à la p. 237 : « l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente . . . ? »), le contrôle judiciaire de décisions administratives sur le fond (en l'absence d'une allégation d'inconstitutionnalité) s'est appuyé sur l'intention présumée du législateur. Au nombre des arrêts plus récents, mentionnons *Baker c. Canada (Ministre de la*

2008 SCC 9 (CanLII)

[2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41 (paras. 60-61). Judicial review proceeds on the justified presumption that legislators do not intend results that depart from *reasonable* standards.

C. *The Need to Reappraise the Approach to Judicial Review*

[132] The present difficulty, it seems, does not lie in the component parts of judicial review, most of which are well entrenched in decades of case law, but in the current methodology for putting those component parts into action. There is afoot in the legal profession a desire for clearer guidance than is provided by lists of principles, factors and spectrums. It must be recognized, of course, that complexity is inherent in all legal principles that must address the vast range of administrative decision making. The objection is that our present "pragmatic and functional" approach is more complicated than is required by the subject matter.

[133] People who feel victimized or unjustly dealt with by the apparatus of government, and who have no recourse to an administrative appeal, should have access to an independent judge through a procedure that is quick and relatively inexpensive. Like much litigation these days, however, judicial review is burdened with undue cost and delay. Litigants understandably hesitate to go to court to seek redress for a perceived administrative injustice if their lawyers cannot predict with confidence even what standard of review will be applied. The disposition of the case may well *turn* on the choice of standard of review. If litigants do take the plunge, they may find the court's attention focussed not on their complaints, or the government's response, but on lengthy and arcane discussions of something they are told is the pragmatic and functional test. Every hour of a lawyer's preparation and court time devoted to unproductive "lawyer's talk" poses a significant cost to the applicant. If the challenge is unsuccessful, the unhappy applicant may also

Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817 (par. 53), et *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41 (par. 60-61). Le contrôle judiciaire se fonde sur la présomption légitime que le législateur n'a pas voulu de résultats qui ne répondent pas à quelque norme de *raisonnabilité.*

C. *La réévaluation nécessaire du mécanisme de contrôle judiciaire*

[132] Il appert que la difficulté actuelle réside non pas dans les éléments constitutifs du contrôle judiciaire, dont la plupart sont bien ancrés dans des décennies de jurisprudence, mais bien dans la méthode couramment employée pour les mettre à l'œuvre. La profession juridique appelle de ses vœux l'établissement de repères plus clairs que ceux offerts par des énumérations de principes, de facteurs et d'échelles. Force est toutefois de reconnaître que la complexité est inhérente à tout principe juridique devant s'appliquer à une vaste gamme de décisions administratives. Ce que l'on reproche à l'actuelle analyse « pragmatique et fonctionnelle » c'est d'être plus compliquée qu'elle ne le devrait.

[133] La personne qui s'estime victime de l'appareil gouvernemental ou traitée injustement par celui-ci, et à qui l'Administration ne confère aucun droit d'appel, devrait avoir accès à un tribunal judiciaire indépendant au moyen d'une procédure rapide et relativement peu coûteuse. Or, comme bien des instances engagées de nos jours, le contrôle judiciaire est à la fois trop coûteux et trop long. On comprend le justiciable d'hésiter à s'adresser aux tribunaux pour obtenir réparation à l'égard de ce qu'il considère comme une injustice administrative lorsque son avocat ne peut même pas prévoir avec certitude quelle norme de contrôle s'appliquera. Pourtant, l'issue du recours peut bien *dépendre* de la norme de contrôle retenue. Le justiciable qui va de l'avant constate que la cour ne met pas l'accent sur sa prétention ou sur la mesure prise par l'État, mais qu'elle arbitre plutôt un long et mystérieux débat sur une méthode dite « pragmatique et fonctionnelle ». Chaque heure de préparation et de vacation que consacre l'avocat à un débat

2008 SCC 9 (CanLII)

face a substantial bill of costs from the successful government agency. A victory before the reviewing court may be overturned on appeal because the wrong "standard of review" was selected. A small business denied a licence or a professional person who wants to challenge disciplinary action should be able to seek judicial review without betting the store or the house on the outcome. Thus, in my view, the law of judicial review should be pruned of some of its unduly subtle, unproductive, or esoteric features.

D. *Standards of Review*

[134] My colleagues conclude that three standards of review should be reduced to two standards of review. I agree that this simplification will avoid some of the arcane debates about the point at which "unreasonableness" becomes "patent unreasonableness". However, in my view the repercussions of their position go well beyond administrative tribunals. My colleagues conclude, and I agree:

> Looking to either the magnitude or the immediacy of the defect in the tribunal's decision provides no meaningful way in practice of distinguishing between a patently unreasonable and an unreasonable decision. [para. 41]

More broadly, they declare that "the analytical problems that arise in trying to apply the different standards undercut any conceptual usefulness created by the inherently greater flexibility of having multiple standards of review" (para. 44), and "any actual difference between them in terms of their operation appears to be illusory" (para. 41). A test which is incoherent when applied to administrative tribunals does not gain in coherence or logic when applied to other administrative decision makers such as mid-level bureaucrats or, for that matter, Ministers. If logic and language cannot capture the distinction in one context, it must equally be deficient elsewhere in the field of judicial review. I therefore proceed on the basis that the distinction between "patent unreasonableness" and "reasonableness *simpliciter*" has been declared by the Court

juridique improductif coûte cher au client. De plus, le demandeur débouté peut bien devoir verser des dépens substantiels au gouvernement. La décision favorable rendue par la cour de révision peut être infirmée en appel au motif que la bonne « norme de contrôle » n'a pas été appliquée. La petite entreprise à qui on refuse un permis ou le professionnel qui fait l'objet d'une mesure disciplinaire devrait pouvoir demander le contrôle judiciaire de la décision sans miser son commerce ou sa maison sur l'issue de l'instance. C'est pourquoi le droit applicable en la matière devrait à mon sens être débarrassé de certaines caractéristiques indûment subtiles, improductives ou ésotériques.

D. *Les normes de contrôle*

[134] Mes collègues concluent que les trois normes de contrôle devraient être ramenées à deux. Cette simplification permettra certes d'éviter certains échanges obscurs sur le moment auquel une décision « déraisonnable » devient « manifestement déraisonnable », mais selon moi, elle aura des répercussions sur bien d'autres décideurs. Je souscris à l'avis de mes collègues lorsqu'ils affirment :

> Dans les faits, ni l'importance du défaut entachant la décision ni son caractère flagrant ne permettent vraiment de distinguer une décision manifestement déraisonnable d'une décision déraisonnable. [par. 41]

D'un point de vue général, ils ajoutent que « les difficultés analytiques soulevées par l'application des différentes normes réduisent à néant toute utilité conceptuelle découlant de la plus grande souplesse propre à l'existence de normes de contrôle multiples » (par. 44), puis « toute différence réelle sur le plan de l'application se révèle illusoire » (par. 41). Un test incohérent appliqué à un tribunal administratif ne gagne pas en cohérence ou en logique lorsqu'il s'applique à un autre décideur administratif, qu'il s'agisse d'un fonctionnaire de rang moyen, voire d'un ministre. Lorsque ni la logique ni la langue ne peuvent saisir la distinction dans un contexte, elles ne peuvent non plus le faire par ailleurs dans le domaine du contrôle judiciaire. Je suppose donc que la Cour abandonne la distinction entre le « manifestement déraisonnable » et le

2008 SCC 9 (CanLII)

to be abandoned. I propose at this point to examine what I see as some of the implications of this abandonment.

E. *Degrees of Deference*

[135] The distinction between reasonableness *simpliciter* and patent unreasonableness was not directed merely to "the magnitude or the immediacy of the defect" in the administrative decision (para. 41). The distinction also recognized that different administrative decisions command different degrees of deference, depending on who is deciding what.

[136] A minister making decisions under the *Extradition Act*, R.S.C. 1985, c. E-23, to surrender a fugitive, for example, is said to be "at the extreme legislative end of the *continuum* of administrative decision-making" (*Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, at p. 659). On the other hand, a ministerial delegate making a deportation decision according to ministerial guidelines was accorded considerably less deference in *Baker* (where the "reasonableness *simpliciter*" standard was applied). The difference does not lie only in the judge's view of the perceived immediacy of the defect in the administrative decision. In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, a unanimous Court adopted the caution in the context of counter-terrorism measures that "[i]f the people are to accept the consequences of such decisions, they must be made by persons whom the people have elected and whom they can remove" (para. 33). Administrative decision makers generally command respect more for their expertise than for their prominence in the administrative food chain. Far more numerous are the lesser officials who reside in the bowels and recesses of government departments adjudicating pension benefits or the granting or withholding of licences, or municipal boards poring over budgets or allocating costs of local improvements. Then there are the Cabinet and Ministers of the Crown who make broad decisions of public policy such as testing cruise missiles, *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, or policy decisions

« raisonnable *simpliciter* ». Je me penche maintenant sur certaines des conséquences que me paraît avoir cet abandon.

E. *Les degrés de déférence*

[135] La distinction entre la norme de la décision raisonnable *simpliciter* et celle de la décision manifestement déraisonnable ne tenait pas seulement à « l'importance du défaut entachant la décision [administrative] ni [à] son caractère flagrant » (par. 41). Elle reconnaissait aussi le fait que différentes décisions administratives appellent différents degrés de déférence, selon l'identité du décideur et la nature de la décision.

[136] On dit par exemple de la décision du ministre d'extrader un fugitif en application de la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. 1985, ch. E-23, qu'elle « se situe à l'extrême limite législative du processus décisionnel administratif » (*Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, p. 659). Par contre, la décision d'un représentant du ministre d'expulser une personne sur le fondement de lignes directrices ministérielles a fait l'objet d'une déférence bien moins grande dans l'affaire *Baker*, où la norme de la « décision raisonnable *simpliciter* » a été appliquée. La distinction ne tient pas seulement à l'opinion du juge quant au caractère flagrant du défaut entachant la décision administrative. Dans l'affaire *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, la Cour a fait sienne à l'unanimité la mise en garde suivante applicable dans le contexte de mesures contre le terrorisme : [TRADUCTION] « Pour que la population accepte les conséquences de ces décisions, elles doivent être prises par des personnes que la population a choisies et qu'elle peut écarter » (par. 33). En règle générale, le décideur administratif commande le respect davantage pour son expertise que pour son importance dans la hiérarchie de l'État. Les fonctionnaires de rang inférieur qui, dans le dédale des différents ministères, accordent prestations de retraite et autres ou délivrent (ou refusent) permis et licences, ou encore, les organismes municipaux qui planchent sur des budgets ou répartissent les coûts d'améliorations locales, sont de loin les décideurs les plus nombreux. Puis il y a le Cabinet et

2008 SCC 9 (CanLII)

arising out of decisions of major administrative tribunals, as in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, at p. 753, where the Court said: "The very nature of the body must be taken into account in assessing the technique of review which has been adopted by the Governor in Council."

[137] Of course, the degree of deference also depends on the nature and content of the question. An adjudicative tribunal called on to approve pipelines based on "public convenience and necessity" (*Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322) or simply to take a decision in the "public interest" is necessarily accorded more room to manoeuvre than is a professional body, given the task of determining an appropriate sanction for a member's misconduct (*Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20).

[138] In our recent jurisprudence, the "nature of the question" before the decision maker has been considered as one of a number of elements to be considered in choosing amongst the various standards of review. At this point, however, I believe it plays a more important role in terms of substantive review. It helps to define the range of reasonable outcomes within which the administrator is authorized to choose.

[139] The judicial sensitivity to different levels of respect (or deference) required in different situations is quite legitimate. "Contextualizing" a single standard of review will shift the debate (slightly) from choosing *between* two standards of reasonableness that each represent a different level of deference to a debate *within* a single standard of reasonableness to determine the appropriate level of deference. In practice, the result of today's decision may be like the bold innovations of a traffic engineer that in the end do no more than shift rush hour congestion from one road intersection to another

les ministres qui prennent des décisions politiques de large portée comme celle de permettre l'essai de missiles de croisière (*Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441) ou des décisions politiques dans la foulée de tribunaux administratifs de premier plan, comme dans l'affaire *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, où la Cour a dit qu'« [i]l faut, dans l'évaluation de la technique de révision adoptée par le gouverneur en conseil, tenir compte de la nature même de ce corps constitué » (p. 753).

[137] Bien sûr, le degré de déférence tient aussi à la nature et à la teneur de la question à trancher. Le tribunal administratif appelé à approuver un pipeline sur le fondement de l'« utilité publique » (*Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322) ou simplement à rendre une décision « dans l'intérêt public » jouit nécessairement d'une plus grande marge de manœuvre que l'organisme professionnel auquel il incombe de déterminer la sanction qu'il convient d'imposer à un membre pris en faute (*Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20).

[138] Dans la jurisprudence récente de la Cour, la « nature de la question » soumise au décideur est considérée comme l'un des éléments à prendre en compte pour arrêter la bonne norme de contrôle. Maintenant, je crois cependant qu'elle joue un rôle plus déterminant sur le fond. Elle contribue en effet à circonscrire les issues raisonnables qui s'offrent au décideur administratif.

[139] Il est parfaitement légitime que les cours se soucient des différents degrés de respect (ou de déférence) que commandent différentes situations. Appliquer en fonction du contexte une norme de contrôle unique transforme (quelque peu) le débat : il ne s'agit plus de choisir *entre* deux normes de raisonnabilité correspondant chacune à un degré de déférence distinct, mais bien de déterminer le bon degré de déférence *à l'intérieur* d'une seule norme de raisonnabilité. Le résultat du présent arrêt pourrait bien s'apparenter dans les faits à celui obtenu par un ingénieur de la circulation routière dont les

2008 SCC 9 (CanLII)

without any overall saving to motorists in time or expense.

[140] That said, I agree that the repeated attempts to define and explain the difference between reasonableness *simpliciter* and "patent" unreasonableness can be seen with the benefit of hindsight to be unproductive and distracting. Nevertheless, the underlying issue of degrees of deference (which the two standards were designed to address) remains.

[141] Historically, our law recognized "patent" unreasonableness before it recognized what became known as reasonableness *simpliciter*. The adjective "patent" initially underscored the level of respect that was due to the designated decision maker, and signalled the narrow authority of the courts to interfere with a particular administrative *outcome* on substantive grounds. The reasonableness *simpliciter* standard was added at a later date to recognize a reduced level of deference. Reducing three standards of review to two standards of review does not alter the reality that at the high end "patent" unreasonableness (in the sense of manifestly indefensible) was not a bad description of the hurdle an applicant had to get over to have an administrative decision quashed on a ground of substance. The danger of labelling the most "deferential" standard as "reasonableness" is that it may be taken (wrongly) as an invitation to reviewing judges not simply to identify the usual issues, such as whether irrelevant matters were taken into consideration, or relevant matters were not taken into consideration, but to reweigh the input that resulted in the administrator's decision as if it were the judge's view of "reasonableness" that counts. At this point, the judge's role is to identify the outer boundaries of reasonable outcomes within which the administrative decision maker is free to choose.

F. *Multiple Aspects of Administrative Decisions*

[142] Mention should be made of a further feature that also reflects the complexity of the subject

mesures audacieuses visant à réduire la congestion à l'heure de pointe ne font en fin de compte que déplacer le problème d'une intersection à une autre sans économie globale de temps ou d'argent pour les automobilistes.

[140] Cela dit, je conviens qu'avec le recul, les tentatives répétées de définir et d'expliquer la différence entre la décision raisonnable *simpliciter* et la décision « manifestement » déraisonnable peuvent être tenues pour vaines et importunes. Néanmoins, la question sous-jacente du degré de déférence (que devait régler l'application des deux normes) demeure.

[141] Notre droit a reconnu la norme du « manifestement » déraisonnable avant celle de la décision raisonnable *simpliciter*. Au départ, l'adverbe « manifestement » soulignait l'importance du respect auquel avait droit le décideur administratif et la minceur du pouvoir de la cour de réviser sa décision sur le fond. La norme du raisonnable *simpliciter* s'est ajoutée subséquemment pour reconnaître un degré de déférence moindre. Malgré l'abaissement du nombre de normes de contrôle de trois à deux, il demeure qu'à la limite supérieure de l'échelle, l'expression « manifestement » déraisonnable (au sens de manifestement indéfendable) rendait assez bien la difficulté que devait surmonter le demandeur pour obtenir l'annulation d'une décision administrative sur le fond. Qualifier de « raisonnable » la décision qui justifie la plus grande déférence risque d'inciter (à tort) les cours de révision à ne pas seulement se poser les questions habituelles (p. ex., des éléments non pertinents ont-ils été pris en compte ou a-t-on fait abstraction d'éléments pertinents?), mais à soupeser à leur tour les données à partir desquelles le décideur administratif a tranché, comme si leur perception de ce qui est « raisonnable » l'emportait. Le rôle de la cour de révision est de délimiter les résultats raisonnables parmi lesquels le décideur administratif est libre de choisir.

F. *Les multiples facettes de la décision administrative*

[142] Il convient de faire état d'une autre caractéristique qui témoigne également de la complexité

2008 SCC 9 (CanLII)

matter of judicial review. An applicant may advance several grounds for quashing an administrative decision. He or she may contend that the decision maker has misinterpreted the general law. He or she may argue, in the alternative, that even if the decision maker got the general law straight (an issue on which the court's view of what is correct will prevail), the decision maker did not properly apply it to the facts (an issue on which the decision maker is entitled to deference). In a challenge under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to a surrender for extradition, for example, the minister will have to comply with the Court's view of *Charter* principles (the "correctness" standard), but if he or she correctly appreciates the applicable law, the court will properly recognize a wide discretion in the application of those principles to the particular facts. The same approach is taken to less exalted decision makers (*Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11). In the jargon of the judicial review bar, this is known as "segmentation".

G. *The Existence of a Privative Clause*

[143] The existence of a privative clause is currently subsumed within the "pragmatic and functional" test as one factor amongst others to be considered in determining the appropriate standard of review, where it supports the choice of the patent unreasonableness standard. A single standard of "reasonableness" cannot mean that the degree of deference is unaffected by the existence of a suitably worded privative clause. It is certainly a relevant contextual circumstance that helps to calibrate the intrusiveness of a court's review. It signals the level of respect that must be shown. Chief Justice Laskin during argument once memorably condemned the quashing of a labour board decision protected by a strong privative clause, by saying "what's wrong with these people [the judges], can't they read?" A system of judicial review based on the rule of law ought not to treat a privative clause as conclusive, but it is more than just another "factor" in the hopper of pragmatism and functionality. Its existence should presumptively foreclose judicial review on the basis of *outcome* on substantive grounds unless the applicant can show that the

du contrôle judiciaire. Plusieurs motifs d'annulation peuvent être invoqués à l'encontre d'une décision administrative, dont celui que son auteur a mal interprété le droit général. Subsidiairement, même si le décideur a bien interprété celui-ci (la norme de la décision correcte s'appliquant à cet égard), on peut lui reprocher de ne l'avoir pas correctement appliqué aux faits (le décideur ayant droit à la déférence sur ce point). Lorsque, par exemple, la décision d'extrader une personne est contestée sur le fondement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le ministre doit se conformer à l'interprétation judiciaire des principes constitutionnels (la norme de la « décision correcte »), mais lorsqu'il saisit bien le droit applicable, la cour lui reconnaît à juste titre un large pouvoir discrétionnaire dans l'application de ces principes aux faits de l'espèce. La même approche vaut pour les décideurs de rang inférieur (*Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11). Dans le jargon du contrôle judiciaire, on parle de « fractionnement ».

G. *L'existence d'une clause privative*

[143] L'existence d'une clause privative est actuellement prise en compte lors l'analyse « pragmatique et fonctionnelle » comme l'un des facteurs jouant dans la détermination de la bonne norme de contrôle et elle milite alors en faveur de la norme du manifestement déraisonnable. Même si une seule norme de « raisonnabilité » s'applique, l'existence d'une clause privative convenablement libellée influence nécessairement le degré de déférence. Il s'agit sans aucun doute d'un élément contextuel pertinent qui permet à la cour de moduler son immixtion, et c'est un indice du respect qui s'impose. Lors de plaidoiries, le juge en chef Laskin a un jour vertement condamné l'annulation d'une décision administrative en droit du travail malgré l'application d'une clause privative non équivoque : [TRADUCTION] « Qu'est-ce qui ne va pas chez ces gens [les juges], ils ne savent pas lire? » Un mécanisme de contrôle judiciaire axé sur la primauté du droit ne doit pas tenir une clause privative pour décisive, mais celle-ci constitue davantage qu'un « facteur » parmi d'autres dans l'analyse pragmatique et fonctionnelle. Sa présence devrait *a priori*

2008 SCC 9 (CanLII)

clause, properly interpreted, permits it or there is some legal reason why it cannot be given effect.

H. *A Broader Reappraisal*

[144] "Reasonableness" is a big tent that will have to accommodate a lot of variables that inform and limit a court's review of the outcome of administrative decision making.

[145] The theory of our recent case law has been that once the appropriate standard of review is selected, it is a fairly straightforward matter to apply it. In practice, the criteria for selection among "reasonableness" standards of review proved to be undefinable and their application unpredictable. The present incarnation of the "standard of review" analysis requires a threshold debate about the four factors (non-exhaustive) which critics say too often leads to unnecessary delay, uncertainty and costs as arguments rage before the court about balancing expertise against the "real" nature of the question before the administrator, or whether the existence of a privative clause trumps the larger statutory purpose, and so on. And this is all mere *preparation* for the argument about the actual substance of the case. While a measure of uncertainty is inherent in the subject matter and unavoidable in litigation (otherwise there wouldn't be any), we should at least (i) establish some presumptive rules and (ii) get the parties away from arguing about the tests and back to arguing about the substantive merits of their case.

[146] The going-in presumption should be that the standard of review of any administrative outcome on grounds of substance is not correctness but reasonableness ("contextually" applied). The fact that the legislature designated someone other than the court as the decision maker calls for deference to (or judicial respect for) the outcome, absent a broad statutory right of appeal. Administrative decisions generally call for the exercise of discretion. Everybody recognizes in such cases that there is *no* single "correct" outcome. It should also be

faire obstacle au contrôle judiciaire de la *décision* sur le fond, sauf lorsque le demandeur peut établir que la clause, interprétée correctement, l'autorise ou que pour quelque motif juridique, il ne peut être donné effet à celle-ci.

H. *Une réévaluation plus large*

[144] La notion de « raisonnabilité » est vaste et son application devra prendre en compte un grand nombre de variables qui délimitent le contrôle judiciaire d'une décision administrative.

[145] Suivant la jurisprudence récente de notre Cour, une fois arrêtée, la norme de contrôle est en principe relativement simple à appliquer. Or, dans les faits, les critères présidant au choix entre les normes fondées sur la « raisonnabilité » se révèlent indéfinissables et leur application, imprévisible. La démarche actuelle commande l'examen préalable de quatre facteurs (non exhaustifs) qui, selon les détracteurs du mécanisme, prolongent indûment l'instance, accroissent l'incertitude et majorent les coûts, des arguments étant alors présentés à la cour quant à l'adéquation de l'expertise du décideur administratif avec la nature « véritable » de la question à trancher ou quant à la préséance de la clause privative sur l'objet général de la loi, etc. Et tout cela n'est que le *prélude* à la plaidoirie sur la véritable question de fond. Le doute va jusqu'à un certain point de soi en la matière, comme dans tout litige (sinon il n'y en aurait pas), mais nous devrions à tout le moins (i) établir quelques présomptions et (ii) faire en sorte que les parties cessent de débattre des critères applicables et fassent plutôt valoir leurs prétentions sur le fond.

[146] Il devrait être présumé au départ que la norme de contrôle de toute décision administrative sur le fond est celle non pas de la décision correcte, mais bien de la raisonnabilité (appliquée selon le contexte). Le fait que le législateur a conféré le pouvoir décisionnel à un autre organisme qu'une cour de justice appelle la déférence (ou le respect judiciaire), sauf droit d'appel général prévu par la loi. La décision administrative suppose normalement l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Nul ne conteste qu'il *ne saurait* alors y avoir qu'une seule

2008 SCC 9 (CanLII)

presumed, in accordance with the ordinary rules of litigation, that the decision under review *is* reasonable until the applicant shows otherwise.

[147] An applicant urging the non-deferential "correctness" standard should be required to demonstrate that the decision under review rests on an error in the determination of a *legal* issue not confided (or which constitutionally *could* not be confided) to the administrative decision maker to decide, whether in relation to jurisdiction or the general law. Labour arbitrators, as in this case, command deference on legal matters within their enabling statute or on legal matters intimately connected thereto.

[148] When, then, should a decision be deemed "unreasonable"? My colleagues suggest a test of *irrationality* (para. 46), but the editors of de Smith point out that "many decisions which fall foul of [unreasonableness] have been coldly rational" (*de Smith, Woolf & Jowell: Judicial Review of Administrative Action* (5th ed. 1995), at para. 13-003). A decision meeting this description by this Court is *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29, where the Minister's appointment of retired judges with little experience in labour matters to chair "interest" arbitrations (as opposed to "grievance" arbitrations) between hospitals and hospital workers was "coldly rational" in terms of the Minister's own agenda, but was held by a majority of this Court to be patently unreasonable in terms of the history, object and purpose of the authorizing legislation. He had not used the appointment power for the purposes for which the legislature had conferred it.

[149] Reasonableness rather than rationality has been the traditional standard and, properly interpreted, it works. That said, a single "reasonableness" standard will now necessarily incorporate *both* the degree of deference formerly reflected in the distinction between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, *and* an assessment

décision correcte. Conformément aux règles qui régissent habituellement les litiges, on devrait aussi présumer que la décision visée par le contrôle *est* raisonnable, sauf preuve contraire du demandeur.

[147] Celui qui préconise l'application de la norme de la décision correcte — soit l'absence de déférence — devrait être tenu de prouver que la décision contestée résulte du règlement erroné d'une question *juridique* ne relevant pas (ou ne *pouvant* pas constitutionnellement relever) du décideur administratif, qu'elle ait trait à la compétence ou au droit en général. Un arbitre en droit du travail, comme celui visé en l'espèce, a droit à la déférence lorsque sa décision porte sur une question de droit relevant de sa loi habilitante ou sur une question de droit très connexe.

[148] Dans quels cas une décision devrait-elle alors être tenue pour « déraisonnable »? Mes collègues proposent le critère de l'*irrationalité* (par. 46). Or, l'introduction de *de Smith, Woolf & Jowell : Judicial Review of Administrative Action* (5e éd. 1995) signale que [TRADUCTION] « nombre de décisions qui heurtent [la raison] se révèlent froidement rationnelles » (par. 13-003). Dans l'affaire *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29, où le ministre responsable avait choisi des juges retraités peu familiarisés avec le domaine des relations de travail pour présider des conseils d'arbitrage appelés à statuer sur des différends (et non des griefs) opposant des hôpitaux à leurs employés, la décision du ministre était « froidement rationnelle » au regard des objectifs du ministre, mais les juges majoritaires de la Cour ont estimé qu'elle était manifestement déraisonnable eu égard à l'historique, à l'objet et à la raison d'être de la loi habilitante. Le ministre n'avait pas exercé son pouvoir de désignation aux fins prévues par le législateur.

[149] La norme traditionnelle est celle de la raisonnabilité, et non de la rationalité. Interprétée correctement, elle s'applique fort bien. Dorénavant, toutefois, une norme de « raisonnabilité » unique englobera nécessairement le degré de déférence que traduisait auparavant la distinction entre le manifestement déraisonnable et le raisonnable *simpliciter*,

2008 SCC 9 (CanLII)

of the range of options reasonably open to the decision maker in the circumstances, in light of the reasons given for the decision. Any reappraisal of our approach to judicial review should, I think, explicitly recognize these different dimensions to the "reasonableness" standard.

I. *Judging "Reasonableness"*

[150] I agree with my colleagues that "reasonableness" depends on the context. It must be calibrated to fit the circumstances. A driving speed that is "reasonable" when motoring along a four-lane interprovincial highway is not "reasonable" when driving along an inner city street. The standard ("reasonableness") stays the same, but the reasonableness assessment will vary with the relevant circumstances.

[151] This, of course, is the nub of the difficulty. My colleagues write:

> 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. [para. 47]

I agree with this summary but what is required, with respect, is a more easily applied framework into which the judicial review court and litigants can plug in the relevant context. No one doubts that in order to overturn an administrative outcome on grounds of substance (i.e. leaving aside errors of fairness or law which lie within the supervising "function" of the courts), the reviewing court must be satisfied that the outcome was outside the scope of reasonable responses open to the decision maker under its grant of authority, usually a statute. "[T]here is always a perspective", observed Rand J., "within which a statute is intended [by the legislature] to operate": *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140. How is that "perspective" to be ascertained? The reviewing judge will obviously want to consider the precise nature and function of the decision maker including its expertise, the terms and objectives of the governing statute (or common law) conferring the power of decision, including

et la prise en compte des décisions qui auraient pu raisonnablement être rendues dans les circonstances, compte tenu des motifs invoqués. Je suis d'avis que toute réforme du mécanisme de contrôle judiciaire doit reconnaître expressément ces différents aspects de la norme de la « raisonnabilité ».

I. *Statuer sur la « raisonnabilité »*

[150] À l'instar de mes collègues, je crois que la « raisonnabilité » d'une décision tient au contexte. La raisonnabilité doit être adaptée aux circonstances. La limite de vitesse jugée « raisonnable » sur une autoroute interprovinciale à quatre voies ne l'est plus dans une rue du centre-ville. La norme (celle de la « raisonnabilité ») demeure la même, mais l'appréciation du caractère raisonnable varie selon les faits en cause.

[151] Tel est évidemment le nœud du problème. Mes collègues affirment :

> 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. [par. 47]

Je suis d'accord, mais sauf le respect que je leur dois, il faut une grille d'analyse que la cour de révision et les parties puissent plus aisément appliquer aux faits en cause. Nul doute que pour infirmer une décision administrative sur le fond (abstraction faite des erreurs relatives à l'équité ou au droit, qui ressortissent à sa fonction de surveillance), la cour de révision doit être convaincue que la décision ne fait pas partie de celles que pouvait raisonnablement rendre le décideur dans l'exercice du pouvoir que lui confère généralement une disposition législative. Comme l'a fait observer le juge Rand, [TRADUCTION] « une loi est toujours censée [suivant l'intention du législateur] s'appliquer dans une certaine optique » : *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 140. Comment doit-on déterminer cette « optique »? La cour de révision tiendra assurément compte de la nature et de la fonction précises du décideur, y compris son expertise, du libellé et des objectifs de la loi (ou de la common

2008 SCC 9 (CanLII)

the existence of a privative clause and the nature of the issue being decided. Careful consideration of these matters will reveal the extent of the discretion conferred, for example, the extent to which the decision formulates or implements broad public policy. In such cases, the range of permissible considerations will obviously be much broader than where the decision to be made is more narrowly circumscribed, e.g., whether a particular claimant is entitled to a disability benefit under governmental social programs. In some cases, the court will have to recognize that the decision maker was required to strike a proper balance (or achieve proportionality) between the adverse impact of a decision on the rights and interests of the applicant or others directly affected weighed against the public purpose which is sought to be advanced. In each case, careful consideration will have to be given to the reasons given for the decision. To this list, of course, may be added as many "contextual" considerations as the court considers relevant and material.

[152] Some of these indicia were included from the outset in the pragmatic and functional test itself (see *Bibeault*, at p. 1088). The problem, however, is that under *Bibeault*, and the cases that followed it, these indicia were used to choose among the different standards of review, which were themselves considered more or less fixed. In *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, for example, the Court *rejected* the argument that "it is sometimes appropriate to apply the reasonableness standard more deferentially and sometimes less deferentially depending on the circumstances" (para. 43). It seems to me that collapsing everything beyond "correctness" into a single "reasonableness" standard will require a reviewing court to do exactly that.

[153] The Court's adoption in this case of a single "reasonableness" standard that covers both the degree of deference assessment and the reviewing court's evaluation, in light of the appropriate degree of deference, of whether the decision falls within a range of reasonable administrative choices will require a reviewing court to juggle a number of variables that are necessarily to be considered

law) conférant le pouvoir, y compris la présence d'une clause privative, et de la nature de la question à trancher. L'examen attentif de ces éléments révélera l'étendue du pouvoir discrétionnaire, comme la mesure dans laquelle la décision traduit ou met en œuvre une politique publique générale. Bien sûr, la gamme des éléments pouvant être considérés sera alors plus grande que lorsque la question à trancher est plus étroitement circonscrite (le demandeur a-t-il droit, p. ex., à une prestation d'invalidité en application d'un programme social public?). La cour devra parfois reconnaître que le décideur devait établir un juste équilibre (ou une proportionnalité) entre, d'une part, les répercussions défavorables de la décision sur les droits et les intérêts du demandeur ou d'autres personnes directement touchées et, d'autre part, l'objectif public poursuivi. Elle devra toujours considérer attentivement les motifs de la décision. Elle pourra évidemment prendre en compte tous les autres éléments « contextuels » qu'elle jugera pertinents et importants.

[152] Certains de ces éléments ont été intégrés dès le départ à l'analyse pragmatique et fonctionnelle elle-même (voir l'arrêt *Bibeault*, p. 1088). Or, dans cet arrêt comme dans ceux qui l'ont suivi, ces éléments ont présidé au choix entre les différentes normes de contrôle, lesquelles étaient considérées comme plus ou moins immuables. Dans l'arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, la Cour a *rejeté* l'argument qu'« il est parfois approprié d'appliquer la norme de la décision raisonnable avec plus de déférence et parfois avec moins de déférence, selon les circonstances » (par. 43). Assujettir tout ce qui n'est pas soumis à la norme de la « décision correcte » à une norme de « raisonnabilité » unique revient à exiger de la cour de révision qu'elle fasse exactement cela.

[153] Le fait que la Cour adopte en l'espèce une norme de « raisonnabilité » unique qui suppose à la fois que l'on arrête le degré de déférence approprié et, compte tenu de celui-ci, que l'on détermine si la décision administrative figure au nombre des choix qui s'offraient raisonnablement au décideur, oblige la cour de révision à soupeser un certain nombre de variables qui doivent nécessairement être

2008 SCC 9 (CanLII)

together. Asking courts to have regard to more than one variable is not asking too much, in my opinion. In other disciplines, data are routinely plotted simultaneously along both an *X* axis and a *Y* axis, without traumatizing the participants.

[154] It is not as though we lack guidance in the decided cases. Much has been written by various courts about deference and reasonableness in the particular contexts of different administrative situations. Leaving aside the "pragmatic and functional" test, we have ample precedents to show when it is (or is not) appropriate for a court to intervene in the outcome of an administrative decision. The problem is that courts have lately felt obliged to devote too much time to multi-part threshold tests instead of focussing on the who, what, why and wherefor of the litigant's complaint on its merits.

[155] That having been said, a reviewing court ought to recognize throughout the exercise that fundamentally the "reasonableness" of the outcome is an issue given to others to decide. The exercise of discretion is an important part of administrative decision making. Adoption of a single "reasonableness" standard should not be seen by potential litigants as a lowering of the bar to judicial intervention.

J. *Application to This Case*

[156] Labour arbitrators often have to juggle different statutory provisions in disposing of a grievance. The courts have generally attached great importance to their expertise in keeping labour peace. In this case, the adjudicator was dealing with his "home statute" plus other statutes intimately linked to public sector relations in New Brunswick. He was working on his "home turf", and the legislature has made clear in the privative clause that it intended the adjudicator to determine the outcome of the appellant's grievance. In this field, quick and cheap justice (capped by finality) advances the achievement of the legislative scheme. Recourse to judicial review is discouraged. I would therefore apply a reasonableness standard to the adjudicator's

considérées de pair. Selon moi, exiger des cours de justice qu'elles prennent en compte plus d'une variable à la fois n'est pas excessif. Dans d'autres domaines, il est courant que des données figurent sur l'axe des *X* et l'axe des *Y* sans que cela n'effare les participants.

[154] Ce n'est pas comme si la jurisprudence n'établissait aucun paramètre. Différentes cours de justice se sont prononcées abondamment sur la déférence et la raisonnabilité eu égard à différentes situations administratives. Au-delà de l'analyse « pragmatique et fonctionnelle », un grand nombre de décisions judiciaires permettent de déterminer dans quels cas il convient ou non de réformer une décision administrative. Or, ces dernières années, les cours se sont senties obligées de consacrer un temps considérable à l'application de critères préalables comportant de multiples volets, et ce, au détriment des tenants et des aboutissants du litige.

[155] Cela dit, tout au long de la démarche, la cour de révision doit se rappeler que, fondamentalement, ce n'est pas à elle de juger de la « raisonnabilité » d'une décision. Le pouvoir discrétionnaire joue un rôle important dans le processus décisionnel administratif. Il ne faudrait pas voir dans l'établissement d'une seule norme de « raisonnabilité » un assouplissement des conditions auxquelles une cour de justice peut s'immiscer dans ce processus.

J. *L'application à la présente espèce*

[156] L'arbitre doit souvent appliquer différentes dispositions législatives pour statuer sur un grief. Les tribunaux ont généralement accordé une grande importance à son expertise pour le maintien de la paix sociale. Dans la présente affaire, l'arbitre a appliqué sa « loi constitutive » et d'autres dispositions législatives intimement liées aux relations de travail dans les services publics au Nouveau-Brunswick. Il évoluait sur son propre terrain, et la clause privative indiquait clairement la volonté du législateur de lui laisser le soin de statuer sur le grief de l'appelant. Dans ce domaine, le caractère rapide et peu coûteux de la procédure (le caractère définitif de la décision jouant à cet égard) favorise la mise en œuvre du régime législatif. Le contrôle

2008 SCC 9 (CanLII)

interpretation of his "home turf" statutory framework.

[157] Once under the flag of reasonableness, however, the salient question before the adjudicator in this case was essentially legal in nature, as reflected in the reasons he gave for his decision. He was not called on to implement public policy; nor was there a lot of discretion in dealing with a non-unionized employee. The basic facts were not in dispute. He was disposing of a *lis* which he believed to be governed by the legislation. He was right to be conscious of the impact of his decision on the appellant, but he stretched the law too far in coming to his rescue. I therefore join with my colleagues in dismissing the appeal.

The reasons of Deschamps, Charron and Rothstein JJ. were delivered by

[158] DESCHAMPS J. — The law of judicial review of administrative action not only requires repairs, it needs to be cleared of superfluous discussions and processes. This area of the law can be simplified by examining the *substance* of the work courts are called upon to do when reviewing any case, whether it be in the context of administrative or of appellate review. Any review starts with the identification of the questions at issue as questions of law, questions of fact or questions of mixed fact and law. Very little else needs to be done in order to determine whether deference needs to be shown to an administrative body.

[159] By virtue of the Constitution, superior courts are the only courts that possess inherent jurisdiction. They are responsible both for applying the laws enacted by Parliament and the legislatures and for insuring that statutory bodies respect their legal boundaries. Parliament and the legislatures cannot totally exclude judicial oversight without overstepping the division between legislative or executive powers and judicial powers. Superior courts are, in the end, the protectors of the integrity of the rule of law and the justice system.

judiciaire est déconseillé aux parties. C'est pourquoi j'appliquerais la norme de la raisonnabilité à l'interprétation de sa loi habilitante par l'arbitre.

[157] Dès lors, toutefois, la principale question que devait trancher l'arbitre revêtait essentiellement un caractère juridique, comme l'attestent ses motifs. Il n'avait pas à appliquer une politique publique et il ne jouissait pas d'un large pouvoir discrétionnaire pour trancher à l'égard d'un employé non syndiqué. Les faits fondamentaux n'étaient pas contestés. Il devait statuer sur un différend qui, selon lui, ressortissait à la loi. Il a eu raison de se soucier de l'incidence de sa décision sur l'appelant, mais il a exagéré la portée de la loi au bénéfice de ce dernier. Je me joins donc à mes collègues pour rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Deschamps, Charron et Rothstein rendus par

[158] LA JUGE DESCHAMPS — Les règles régissant le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale ont besoin de plus que d'une simple réforme. Le droit, en ce domaine, doit être débarassé des grilles d'analyse et des débats inutiles. On peut simplifier ce domaine du droit en s'en remettant à la *substance* du travail qu'accomplit une cour de justice lorsqu'elle est appelée à réviser une décision, que ce soit lors d'un contrôle administratif ou d'un simple appel. Dans chaque cas, il faut d'abord déterminer si la question en litige est une question de droit, de fait ou mixte de fait et de droit. Cela fait, bien peu d'autres éléments doivent s'ajouter à l'analyse pour déterminer si la cour doit faire preuve de déférence à l'endroit de l'organisme administratif.

[159] En vertu de la Constitution, seules les cours supérieures sont dotées d'une compétence inhérente. Il leur revient d'appliquer les lois adoptées par le Parlement et les assemblées législatives et de veiller à ce que les organismes créés par les lois n'outrepassent pas leurs pouvoirs légaux. Un législateur ne peut écarter complètement leur rôle de surveillance sans enfreindre la règle de la séparation des pouvoirs législatif ou exécutif et du pouvoir judiciaire. Les cours supérieures assurent en définitive l'intégrité de la règle de droit et du système de

2008 SCC 9 (CanLII)

Judicial review of administrative action is rooted in these fundamental principles and its boundaries are largely informed by the roles of the respective branches of government.

[160] The judicial review of administrative action has, over the past 20 years, been viewed as involving a preliminary analysis of whether deference is owed to an administrative body based on four factors: (1) the nature of the question, (2) the presence or absence of a privative clause, (3) the expertise of the administrative decision maker and (4) the object of the statute. The process of answering this preliminary question has become more complex than the determination of the substantive questions the court is called upon to resolve. In my view, the analysis can be made plainer if the focus is placed on the issues the parties need to have adjudicated rather than on the nature of the judicial review process itself. By focusing first on "the nature of the question", to use what has become familiar parlance, it will become apparent that all four factors need not be considered in every case and that the judicial review of administrative action is often not distinguishable from the appellate review of court decisions.

[161] Questions before the courts have consistently been identified as either questions of fact, questions of law or questions of mixed fact and law. Whether undergoing appellate review or administrative law review, decisions on questions of fact always attract deference. The use of different terminology — "palpable and overriding error" versus "unreasonable decision" — does not change the substance of the review. Indeed, in the context of appellate review of court decisions, this Court has recognized that these expressions as well as others all encapsulate the same principle of deference with respect to a trial judge's findings of fact: *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25, at paras. 55-56. Therefore, when the issue is limited to questions of fact, there is no need to enquire into any other factor in order to determine that deference is owed to an administrative decision maker.

[162] Questions of law, by contrast, require more thorough scrutiny when deference is evaluated,

justice. Le contrôle judiciaire de l'action administrative s'appuie sur ces principes fondamentaux et il est en grande partie délimité par le rôle de chacun de ces organes du gouvernement.

[160] Depuis une vingtaine d'années, on considère que le contrôle judiciaire de l'action administrative exige que l'on détermine au préalable le degré de déférence applicable, et ce, en fonction de quatre facteurs : (1) la nature de la question en cause, (2) l'existence ou l'inexistence d'une clause privative, (3) l'expertise du décideur administratif et (4) l'objet de la loi. La démarche préalable se révèle plus complexe que le règlement des questions de fond en litige. À mon sens, l'analyse peut être simplifiée si une plus grande importance est accordée aux questions que les parties demandent à la cour de trancher qu'à la nature du processus de révision lui-même. En s'attachant d'abord à « la nature de la question », pour reprendre l'expression désormais consacrée, on constatera que les quatre facteurs ne doivent pas être pris en compte dans tous les cas et que, souvent, le contrôle judiciaire de l'action administrative fait appel aux mêmes notions que le contrôle en appel d'une décision judiciaire.

[161] De tout temps, une question en litige a été qualifiée de question de fait, de droit ou mixte de fait et de droit. Dans le cadre d'un appel ou d'un contrôle judiciaire, la décision relative à une question de fait commande toujours la déférence. Les nuances terminologiques — « erreur manifeste et dominante » ou « décision déraisonnable » — ne changent pas la teneur de l'examen. En effet, dans le contexte d'un appel visant une décision judiciaire, la Cour a reconnu que ces expressions ainsi que d'autres renvoient au même principe du respect des conclusions de fait tirées en première instance : *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25, par. 55-56. Partant, lorsque le litige ne porte que sur les faits, il n'est nécessaire de tenir compte d'aucun autre facteur pour déterminer si la déférence s'impose à l'endroit du décideur administratif.

[162] Par contre, dans le cas d'une question de droit, un examen plus approfondi est requis pour

2008 SCC 9 (CanLII)

and the particular context of administrative decision making can make judicial review different than appellate review. Although superior courts have a core expertise to interpret questions of law, Parliament or a legislature may have provided that the decision of an administrative body is protected from judicial review by a privative clause. When an administrative body is created to interpret and apply certain legal rules, it develops specific expertise in exercising its jurisdiction and has a more comprehensive view of those rules. Where there is a privative clause, Parliament or a legislature's intent to leave the final decision to that body cannot be doubted and deference is usually owed to the body.

[163] However, privative clauses cannot totally shield an administrative body from review. Parliament, or a legislature, cannot have intended that the body would be protected were it to overstep its delegated powers. Moreover, if such a body is asked to interpret laws in respect of which it does not have expertise, the constitutional responsibility of the superior courts as guardians of the rule of law compels them to insure that laws falling outside an administrative body's core expertise are interpreted correctly. This reduced deference insures that laws of general application, such as the Constitution, the common law and the *Civil Code*, are interpreted correctly and consistently. Consistency of the law is of prime societal importance. Finally, deference is not owed on questions of law where Parliament or a legislature has provided for a statutory right of review on such questions.

[164] The category of questions of mixed fact and law should be limited to cases in which the determination of a legal issue is inextricably intertwined with the determination of facts. Often, an administrative body will first identify the rule and then apply it. Identifying the contours and the content of a legal rule are questions of law. Applying the rule, however, is a question of mixed fact and law. When considering a question of mixed fact and law, a reviewing court should show an adjudicator the same deference as an appeal court would show a lower court.

évaluer le niveau de déférence, et dans le contexte particulier de l'action administrative, le contrôle judiciaire peut différer de l'appel. Les cours supérieures sont certes mieux placées pour interpréter le droit, mais le législateur peut, au moyen d'une clause privative, limiter le contrôle judiciaire d'une décision administrative. Lorsqu'un organisme administratif est constitué pour interpréter et appliquer certaines règles juridiques, il acquiert une expertise particulière dans l'exercice de sa compétence et a une compréhension plus complète de ces règles. En présence d'une clause privative, l'on ne saurait mettre en doute la volonté du législateur de laisser à l'organisme le soin de trancher en dernier ressort, de sorte que la déférence s'impose habituellement.

[163] Une clause privative ne peut toutefois faire totalement obstacle au contrôle judiciaire. Le législateur ne peut avoir voulu y soustraire l'organisme administratif qui outrepasse les pouvoirs qui lui sont délégués. De plus, en tant que gardiennes de la primauté du droit, les cours supérieures ont l'obligation constitutionnelle de veiller à ce qu'un organisme administratif interprète correctement les lois qui ne ressortissent pas à son domaine d'expertise propre. Cette atténuation de la déférence garantit une interprétation juste et cohérente des dispositions de portée générale comme celles de la Constitution, de la common law et du *Code civil*. La cohérence du droit revêt une importance primordiale dans notre société. Enfin, une cour n'a pas à montrer de déférence lorsqu'il s'agit d'une question de droit et que la loi prévoit expressément un droit de révision pour ce type de question.

[164] Il n'y a de question mixte de fait et de droit que lorsque la question de droit est inextricablement liée aux conclusions de fait. Dans bien des cas, l'organisme administratif détermine d'abord la règle applicable, puis l'applique. Circonscrire une règle de droit et en déterminer la teneur sont des questions de droit. Toutefois, l'application de la règle de droit aux faits est une question mixte de fait et de droit. La cour de révision qui se penche sur une question mixte de fait et de droit devrait manifester autant de déférence envers le décideur que le ferait une cour d'appel vis-à-vis d'une cour inférieure.

2008 SCC 9 (CanLII)

[165] In addition, Parliament or a legislature may confer a discretionary power on an administrative body. Since the case at bar does not concern a discretionary power, it will suffice for the purposes of these reasons to note that, in any analysis, deference is owed to an exercise of discretion unless the body has exceeded its mandate.

[166] In summary, in the adjudicative context, the same deference is owed in respect of questions of fact and questions of mixed fact and law on administrative review as on an appeal from a court decision. A decision on a question of law will also attract deference, provided it concerns the interpretation of the enabling statute and provided there is no right of review.

[167] I would be remiss were I to disregard the difficulty inherent in any exercise of deference. In *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63, LeBel J. explained why a distinction between the standards of patent unreasonableness and unreasonableness *simpliciter* is untenable. I agree. The problem with the definitions resides in attempts by the courts to enclose the concept of reasonableness in a formula fitting all cases. No matter how this Court defines this concept, any context considered by a reviewing court will, more often than not, look more like a rainbow than a black and white situation. One cannot change this reality. I use the word "deference" to define the contours of reasonableness because it describes the attitude adopted towards the decision maker. The word "reasonableness" concerns the decision. However, neither the concept of reasonableness nor that of deference is particular to the field of administrative law. These concepts are also found in the context of criminal and civil appellate review of court decisions. Yet, the exercise of the judicial supervisory role in those fields has not given rise to the complexities encountered in administrative law. The process of stepping back and taking an *ex post facto* look at the decision to determine whether there is an error justifying intervention should not be more

[165] De plus, le législateur peut investir un organisme administratif d'un pouvoir discrétionnaire. Comme un tel pouvoir n'est pas en cause dans la présente affaire, je me contente de faire observer que peu importe le cadre d'analyse, il y a lieu de faire preuve de déférence à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire, sauf lorsque le décideur outrepasse son mandat.

[166] En résumé, dans le contexte juridictionnel, la décision sur une question de fait ou une question mixte de fait et de droit commande le même respect qu'il s'agisse du contrôle d'une décision administrative ou de l'appel d'une décision judiciaire. La décision sur une question de droit justifie aussi la déférence, à condition qu'elle porte sur l'interprétation de la loi habilitante et qu'il n'y ait pas de droit de révision.

[167] Je ne saurais passer sous silence la difficulté inhérente à tout exercice de déférence. Dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63, le juge LeBel explique en quoi la distinction établie entre la norme de la décision manifestement déraisonnable et celle de la décision déraisonnable *simpliciter* n'est pas défendable. Je suis du même avis. Il est difficile de définir ces normes parce que les tribunaux tentent de ramener la notion de raisonnabilité à une formule unique d'application universelle. Quelle que soit la manière dont la Cour définit le concept, le contexte soumis à l'examen de la cour de révision sera plus souvent nuancé que tranché. On ne peut changer cette réalité. J'emploie le terme « déférence » pour définir les contours de la raisonnabilité parce qu'il renvoie à l'attitude adoptée vis-à-vis du décideur. Le terme « raisonnabilité » se rattache, lui, à la décision. Cependant, ni la notion de raisonnabilité ni celle de déférence ne sont spécifiques au droit administratif. On les retrouve également dans le contexte du contrôle en appel d'une décision judiciaire rendue au pénal ou au civil. Pourtant, dans ces domaines, le contrôle judiciaire ne soulève pas les difficultés rencontrées en droit administratif. La démarche qui consiste à prendre du recul et à faire un examen *ex post facto* pour déterminer si la décision est entachée d'une erreur justifiant sa révision ne devrait

2008 SCC 9 (CanLII)

complex in the administrative law context than in the criminal and civil law contexts.

[168] In the case at bar, the adjudicator was asked to adjudicate the grievance of a non-unionized employee. This meant that he had to identify the rules governing the contract. Identifying those rules is a question of law. Section 20 of the *Civil Service Act*, S.N.B. 1984, c. C-5.1, incorporates the rules of the common law, which accordingly become the starting point of the analysis. The adjudicator had to decide whether those rules had been ousted by the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25 ("*PSLRA*"), as applied, *mutatis mutandis*, to the case of a non-unionized employee (ss. 97(2.1), 100.1(2) and 100.1(5)). The common law rules relating to the dismissal of an employee differ completely from the ones provided for in the *PSLRA* that the adjudicator is regularly required to interpret. Since the common law, not the adjudicator's enabling statute, is the starting point of the analysis, and since the adjudicator does not have specific expertise in interpreting the common law, the reviewing court does not have to defer to his decision on the basis of expertise. This leads me to conclude that the reviewing court can proceed to its own interpretation of the rules applicable to the non-unionized employee's contract of employment and determine whether the adjudicator could enquire into the cause of the dismissal. The applicable standard of review is correctness.

[169] It is clear from the adjudicator's reasoning that he did not even consider the common law rules. He said:

> An employee to whom section 20 of the *Civil Service Act* and section 100.1 of the *PSLR Act* apply may be discharged for cause, with reasonable notice or with severance pay in lieu of reasonable notice. A discharge for cause may be for disciplinary or non-disciplinary reasons. [p. 5]

[170] The employer's common law right to dismiss without cause is not alluded to in this key passage of the decision. Unlike a unionized employee, a non-unionized employee does not have employment security. His or her employment may be terminated without cause. The corollary of the

pas être plus complexe en matière administrative qu'en matière pénale ou civile.

[168] En l'espèce, l'arbitre était saisi du grief d'un employé non syndiqué. Il devait donc déterminer les règles applicables au contrat. La détermination de ces règles constitue une décision sur une question de droit. L'article 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, incorpore les règles de la common law, lesquelles constituent dès lors le point de départ de l'analyse. L'arbitre devait déterminer si ces règles étaient écartées par la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25 (« *LRTSP* »), appliquée avec les adaptations nécessaires à l'employé non syndiqué (par. 97(2.1), 100.1(2) et 100.1(5)). Les règles de la common law relatives au congédiement d'un employé diffèrent totalement de celles prévues dans la *LRTSP* que l'arbitre est régulièrement appelé à interpréter. La décision ne commande pas la retenue, car c'est la common law, et non la loi habilitante, qui est le point de départ de l'analyse; l'arbitre ne possède en ce domaine aucune expertise particulière. J'en conclus que la cour de révision peut s'en remettre à sa propre interprétation des règles applicables au contrat d'emploi de l'employé non syndiqué et déterminer si l'arbitre pouvait ou non s'enquérir des motifs du congédiement. La norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

[169] Il ressort du raisonnement de l'arbitre que l'application des règles de la common law n'a même pas été envisagée :

> [TRADUCTION] L'employé visé à l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique* et à l'art. 100.1 de la *LRTSP* peut être congédié pour motif avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu. Un tel congédiement peut, selon le cas, se fonder sur des motifs disciplinaires ou autres. [p. 5]

[170] Dans ce passage clé, l'arbitre ne mentionne pas que la common law permet à l'employeur de congédier l'employé sans motif. Contrairement à l'employé syndiqué, l'employé non syndiqué ne bénéficie pas de la sécurité d'emploi. Il peut être mis fin à son emploi sans motif. Ce droit de l'employeur

2008 SCC 9 (CanLII)

employer's right to dismiss without cause is the employee's right to reasonable notice or to compensation in lieu of notice. The distinction between the common law rules of employment and the statutory rules applicable to a unionized employee is therefore essential if s. 97(2.1) is to be applied *mutatis mutandis* to the case of a non-unionized employee as required by s. 100.1(5). The adjudicator's failure to inform himself of this crucial difference led him to look for a cause, which was not relevant in the context of a dismissal without cause. In a case involving dismissal without cause, only the amount of the compensation or the length of the notice is relevant. In a case involving dismissal for cause, the employer takes the position that no compensation or notice is owed to the employee. This was not such a case. In the case at bar, the adjudicator's role was limited to evaluating the length of the notice. He erred in interpreting s. 97(2.1) in a vacuum. He overlooked the common law rules, misinterpreted s. 100.1(5) and applied s. 97(2.1) literally to the case of a non-unionized employee.

[171] This case is one where, even if deference had been owed to the adjudicator, his interpretation could not have stood. The legislature could not have intended to grant employment security to non-unionized employees while providing only that the *PSLRA* was to apply *mutatis mutandis*. This right is so fundamental to an employment relationship that it could not have been granted in so indirect and obscure a manner.

[172] In this case, the Court has been given both an opportunity and the responsibility to simplify and clarify the law of judicial review of administrative action. The judicial review of administrative action need not be a complex area of law in itself. Every day, reviewing courts decide cases raising multiple questions, some of fact, some of mixed fact and law and some purely of law; in various contexts, the first two of these types of questions tend to require deference, while the third often does not. Reviewing courts are already amply equipped to resolve such questions and do not need a specialized analytical toolbox in order to review administrative decisions.

a pour corollaire le droit de l'employé à un préavis raisonnable ou à une indemnité en tenant lieu. La distinction entre les règles de la common law régissant l'emploi et celles d'origine législative applicables à l'employé syndiqué est donc essentielle à l'application du par. 97(2.1) à un employé non syndiqué, avec les adaptations nécessaires, conformément au par. 100.1(5). L'omission de tenir compte de cette différence cruciale a amené l'arbitre à rechercher un motif de congédiement, ce qui était hors de propos dans le contexte d'un congédiement sans motif. En effet, dans le cas d'un tel congédiement, seul est en cause le montant de l'indemnité ou la durée du préavis. Lorsqu'il congédie un employé pour motif, l'employeur tient pour acquis qu'il n'a pas à lui verser d'indemnité ou à lui donner de préavis. Or, en l'espèce, il ne s'agit pas d'un congédiement pour motif. Le rôle de l'arbitre se limitait à l'examen de la durée du préavis. Il a eu tort d'interpréter le par. 97(2.1) en vase clos. Il a ignoré les règles de la common law, il a mal interprété le par. 100.1(5) et il a appliqué le par. 97(2.1) à la lettre à un employé non syndiqué.

[171] Dans la présente affaire, même si l'arbitre avait eu droit à déférence, son interprétation n'aurait pu être retenue. Le législateur n'a pu manifester son intention d'accorder la sécurité d'emploi aux employés non syndiqués en prévoyant seulement l'application de la *LRTSP* avec les adaptations nécessaires. En matière de relations de travail, ce droit revêt une importance telle qu'il ne saurait être reconnu de manière aussi indirecte et vague.

[172] Dans le présent pourvoi, la Cour a à la fois la possibilité et l'obligation de simplifier et de clarifier le droit relatif au contrôle judiciaire de l'action administrative, un domaine qui ne saurait être condamné à la complexité. Tous les jours, les cours de révision sont appelées à statuer sur des affaires soulevant de multiples questions, certaines de fait, d'autres de fait et de droit et d'autres encore, de droit seulement. Dans les divers contextes considérés, les deux premières catégories de questions commandent la déférence, mais pas toujours la troisième. Les cours de révision sont déjà tout à fait en mesure de trancher ces questions et elles n'ont pas besoin de nouveaux outils d'analyse spécialisés pour contrôler les décisions administratives.

2008 SCC 9 (CanLII)

[173] On the issue of natural justice, I agree with my colleagues. On the result, I agree that the appeal should be dismissed.

APPENDIX

Relevant Statutory Provisions

Civil Service Act, S.N.B. 1984, c. C-5.1

20 Subject to the provisions of this Act or any other Act, termination of the employment of a deputy head or an employee shall be governed by the ordinary rules of contract.

Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25

92(1) Where an employee has presented a grievance up to and including the final level in the grievance process with respect to

(*a*) the interpretation or application in respect of him of a provision of a collective agreement or an arbitral award, or

(*b*) disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty,

and his grievance has not been dealt with to his satisfaction, he may, subject to subsection (2), refer the grievance to adjudication.

Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, as amended

97(2.1) Where an adjudicator determines that an employee has been discharged or otherwise disciplined by the employer for cause and the collective agreement or arbitral award does not contain a specific penalty for the infraction that resulted in the employee being discharged or otherwise disciplined, the adjudicator may substitute such other penalty for the discharge or discipline as to the adjudicator seems just and reasonable in all the circumstances.

. . .

100.1(2) An employee who is not included in a bargaining unit may, in the manner, form and within such time as may be prescribed, present to the employer a

[173] Je souscris aux motifs de mes collègues concernant le respect de la justice naturelle. Je suis également d'avis de rejeter le pourvoi.

ANNEXE

Dispositions législatives

Loi sur la Fonction publique, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1

20 Sous réserve de la présente loi ou de toute autre loi, la cessation d'emploi d'un administrateur général ou d'un employé est régie par les règles contractuelles ordinaires.

Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25

92(1) Lorsqu'un employé a porté son grief au plus haut palier de la procédure applicable aux griefs, en ce qui concerne

a) l'interprétation ou l'application à son égard d'une disposition d'une convention collective ou d'une sentence arbitrale, ou

b) une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une peine pécuniaire,

et que son grief n'a pas été réglé de façon satisfaisante pour lui, il peut, sous réserve du paragraphe (2), renvoyer ce grief à l'arbitrage.

Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, et modifications

97(2.1) Lorsqu'un arbitre décide qu'un employé a été congédié ou qu'une mesure disciplinaire a été autrement prise contre lui par l'employeur pour motif et que la convention collective ou la sentence arbitrale ne contient pas une peine spécifique pour l'infraction en raison de laquelle l'employé a été congédié ou s'est vu imposer autrement une mesure disciplinaire, l'arbitre peut substituer une autre peine pour le congédiement ou la mesure disciplinaire qui semble juste et raisonnable à l'arbitre dans toutes les circonstances.

. . .

100.1(2) Un employé qui ne fait pas partie d'une unité de négociation peut, de la manière, au moyen de la formule et dans le délai qui peuvent être prescrits, présenter

2008 SCC 9 (CanLII)

grievance with respect to discharge, suspension or a financial penalty.

100.1(3) Where an employee has presented a grievance in accordance with subsection (2) and the grievance has not been dealt with to the employee's satisfaction, the employee may refer the grievance to the Board who shall, in the manner and within such time as may be prescribed, refer the grievance to an adjudicator appointed by the Board.

. . .

100.1(5) Sections 19, 97, 98.1, 101, 108 and 111 apply *mutatis mutandis* to an adjudicator to whom a grievance has been referred in accordance with subsection (3) and in relation to any decision rendered by such adjudicator.

. . .

101(1) Except as provided in this Act, every order, award, direction, decision, declaration or ruling of the Board, an arbitration tribunal or an adjudicator is final and shall not be questioned or reviewed in any court.

101(2) No order shall be made or process entered, and no proceedings shall be taken in any court, whether by way of injunction, judicial review, or otherwise, to question, review, prohibit or restrain the Board, an arbitration tribunal or an adjudicator in any of its or his proceedings.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Stewart McKelvey, Fredericton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

un grief à l'employeur à l'égard du congédiement, de la suspension ou d'une peine pécuniaire.

100.1(3) Lorsqu'un employé a présenté un grief conformément au paragraphe (2) et que le grief n'a pas été traité à la satisfaction de l'employé, l'employé peut renvoyer le grief à la Commission qui doit, de la manière et dans le délai qui peuvent être prescrits, renvoyer le grief à un arbitre nommé par la Commission.

. . .

100.1(5) Les articles 19, 97, 98.1, 101, 108 et 111 s'appliquent *mutatis mutandis* à un arbitre à qui un grief a été renvoyé conformément au paragraphe (3) et relativement à toute décision rendue par cet arbitre.

. . .

101(1) Sous réserve des dispositions contraires de la présente loi, toute ordonnance, sentence, directive, décision ou déclaration de la Commission, d'un tribunal d'arbitrage ou d'un arbitre, est définitive et ne peut être contestée devant aucun tribunal ni revisée par aucun tribunal.

101(2) Aucune ordonnance ne peut être rendue, aucune action intentée et aucune procédure entamée devant un tribunal, par voie d'injonction, de recours en révision, ou autrement, pour contester, réviser, supprimer ou restreindre les pouvoirs de la Commission, d'un tribunal d'arbitrage ou d'un arbitre dans l'une quelconque de leurs procédures.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Stewart McKelvey, Fredericton.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

2008 SCC 9 (CanLII)

5

Ktunaxa Nation Council and Kathryn Teneese, on their own behalf and on behalf of all citizens of the Ktunaxa Nation *Appellants*

v.

Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations and Glacier Resorts Ltd. *Respondents*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Saskatchewan, Canadian Muslim Lawyers Association, South Asian Legal Clinic of Ontario, Kootenay Presbytery (United Church of Canada), Evangelical Fellowship of Canada, Christian Legal Fellowship, Alberta Muslim Public Affairs Council, Amnesty International Canada, Te'mexw Treaty Association, Central Coast Indigenous Resource Alliance, Shibogama First Nations Council, Canadian Chamber of Commerce, British Columbia Civil Liberties Association, Council of the Passamaquoddy Nation at Schoodic, Katzie First Nation, West Moberly First Nations and Prophet River First Nation *Interveners*

Ktunaxa Nation Council et Kathryn Teneese, en leur propre nom et au nom de tous les citoyens de la Ktunaxa Nation *Appelants*

c.

Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations et Glacier Resorts Ltd. *Intimés*

et

Procureur général du Canada, procureur général de la Saskatchewan, Association canadienne des avocats musulmans, South Asian Legal Clinic of Ontario, Kootenay Presbytery (United Church of Canada), Alliance évangélique du Canada, Alliance des chrétiens en droit, Alberta Muslim Public Affairs Council, Amnistie internationale (Canada), Te'mexw Treaty Association, Central Coast Indigenous Resource Alliance, Shibogama First Nations Council, Chambre de commerce du Canada, British Columbia Civil Liberties Association, Council of the Passamaquoddy Nation at Schoodic, Katzie First Nation, West Moberly First Nations et Prophet River First Nation *Intervenants*

Indexed as: Ktunaxa Nation *v.* British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)

2017 SCC 54

File No.: 36664.

2016: December 1; 2017: November 2.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

Répertorié : Ktunaxa Nation *c.* Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)

2017 CSC 54

N° du greffe : 36664.

2016 : 1er décembre; 2017 : 2 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

2017 SCC 54 (CanLII)

2017 SCC 54 (CanLII)

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — First Nation alleging that ski resort project would drive spirit central to their religious beliefs from their traditional territory — Provincial government approving ski resort despite claim by First Nation that development would breach right to freedom of religion — Whether Minister's decision violates s. 2(a) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Aboriginal rights — Crown — Duty to consult — Provincial government approving ski resort despite claim by First Nation that development would breach constitutional right to protection of Aboriginal interests — Whether Minister's decision that Crown had met duty to consult and accommodate was reasonable — Constitution Act, 1982, s. 35.

The Ktunaxa are a First Nation whose traditional territories include an area in British Columbia that they call Qat'muk. Qat'muk is a place of spiritual significance for them because it is home to Grizzly Bear Spirit, a principal spirit within Ktunaxa religious beliefs and cosmology. Glacier Resorts sought government approval to build a year-round ski resort in Qat'muk. The Ktunaxa were consulted and raised concerns about the impact of the project, and as a result, the resort plan was changed to add new protections for Ktunaxa interests. The Ktunaxa remained unsatisfied, but committed themselves to further consultation. Late in the process, the Ktunaxa adopted the position that accommodation was impossible because the project would drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk and therefore irrevocably impair their religious beliefs and practices. After efforts to continue consultation failed, the respondent Minister declared that reasonable consultation had occurred and approved the project. The Ktunaxa brought a petition for judicial review of the approval decision on the grounds that the project would violate their constitutional right to freedom of religion, and that the Minister's decision breached the Crown's duty of consultation and accommodation. The chambers judge dismissed the petition, and the Court of Appeal affirmed that decision.

Held: The appeal should be dismissed.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Allégation d'une première nation selon laquelle un projet de station de ski chasserait de son territoire traditionnel un esprit qui est au cœur de ses croyances religieuses — Approbation par le gouvernement provincial de l'aménagement d'une station de ski malgré la prétention d'une première nation selon laquelle l'aménagement porterait atteinte à son droit à la liberté de religion — La décision du Ministre viole-t-elle l'art. 2a) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Couronne — Obligation de consulter — Approbation par le gouvernement provincial de l'aménagement d'une station de ski malgré la prétention d'une première nation selon laquelle l'aménagement porterait atteinte à son droit constitutionnel à la protection des intérêts autochtones — La décision du Ministre que la Couronne s'est acquittée de son obligation de consulter et d'accommoder était-elle raisonnable? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

Les Ktunaxa forment une première nation dont le territoire traditionnel comprend un secteur de la Colombie-Britannique qu'ils appellent le Qat'muk. Le Qat'muk est un lieu d'importance spirituelle pour eux car il abrite l'Esprit de l'Ours Grizzly, un esprit principal des croyances religieuses et de la cosmologie des Ktunaxa. Glacier Resorts a demandé au gouvernement l'autorisation de construire une station de ski ouverte à longueur d'année dans le Qat'muk. Les Ktunaxa ont été consultés et ils ont fait part de leurs préoccupations quant aux répercussions du projet. À la suite de ces consultations, le projet a été modifié par l'ajout de nouvelles protections à l'égard des intérêts des Ktunaxa. Les Ktunaxa sont demeurés insatisfaits, mais ils se sont engagés à participer à de nouvelles consultations. Vers la fin du processus, les Ktunaxa ont estimé qu'il était impossible d'arriver à un compromis parce que le projet chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk et porterait par le fait même irrémédiablement atteinte à leurs croyances et pratiques religieuses. Après qu'on eut essayé en vain de poursuivre les consultations, le Ministre intimé a déclaré qu'il y avait eu une consultation raisonnable et a approuvé le projet. Les Ktunaxa ont présenté une requête en contrôle judiciaire de l'approbation au motif que le projet violerait leur droit constitutionnel à la liberté de religion et que la décision du Ministre manquait à l'obligation de consultation et d'accommodement qui incombe à la Couronne. Le juge en chambre a rejeté la requête et la Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Per McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown and Rowe JJ.: The Minister's decision does not violate the Ktunaxa's s. 2(*a*) *Charter* right to freedom of religion. In this case, the Ktunaxa's claim does not fall within the scope of s. 2(*a*) because neither the Ktunaxa's freedom to hold their beliefs nor their freedom to manifest those beliefs is infringed by the Minister's decision to approve the project.

To establish an infringement of the right to freedom of religion, the claimant must demonstrate (1) that he or she sincerely believes in a practice or belief that has a nexus with religion, and (2) that the impugned state conduct interferes, in a manner that is non-trivial or not insubstantial, with his or her ability to act in accordance with that practice or belief. In this case, the Ktunaxa sincerely believe in the existence and importance of Grizzly Bear Spirit. They also believe that permanent development in Qat'muk will drive this spirit from that place.

The second part of the test, however, is not met. The Ktunaxa must show that the Minister's decision to approve the development interferes either with their freedom to believe in Grizzly Bear Spirit or their freedom to manifest that belief. Yet the Ktunaxa are not seeking protection for the freedom to believe in Grizzly Bear Spirit or to pursue practices related to it. Rather, they seek to protect the presence of Grizzly Bear Spirit itself and the subjective spiritual meaning they derive from it. This is a novel claim that would extend s. 2(*a*) beyond its scope and would put deeply held personal beliefs under judicial scrutiny. The state's duty under s. 2(*a*) is not to protect the object of beliefs or the spiritual focal point of worship, such as Grizzly Bear Spirit. Rather, the state's duty is to protect everyone's freedom to hold such beliefs and to manifest them in worship and practice or by teaching and dissemination.

In addition, the Minister's decision that the Crown had met its duty to consult and accommodate under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* was reasonable. The Minister's decision is entitled to deference. A court reviewing an administrative decision under s. 35 does not decide the constitutional issue *de novo* raised in isolation on a standard of correctness, and therefore does not decide the issue for itself. Rather, it must ask whether the decision maker's finding on the issue was reasonable.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown et Rowe : La décision du Ministre ne viole pas le droit à la liberté de religion garanti aux Ktunaxa par l'al. 2*a*) de la *Charte*. En l'espèce, la revendication des Ktunaxa ne relève pas de cette disposition car la décision du Ministre d'approuver le projet ne porte atteinte ni à la liberté des Ktunaxa d'avoir leurs croyances ni à leur liberté de manifester ces croyances.

Pour démontrer qu'il y a atteinte au droit à la liberté de religion, le demandeur doit établir (1) qu'il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec la religion, et (2) que la conduite qu'il reproche à l'État nuit d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à sa capacité de se conformer à cette pratique ou croyance. Dans la présente affaire, les Ktunaxa croient sincèrement en l'existence et l'importance de l'Esprit de l'Ours Grizzly. Ils croient aussi qu'un aménagement permanent à l'intérieur du Qat'muk en chassera cet esprit.

Il n'est toutefois pas satisfait au second volet du critère. Les Ktunaxa doivent démontrer que la décision du Ministre d'approuver l'aménagement porte atteinte soit à leur liberté de croire en l'Esprit de l'Ours Grizzly, soit à leur liberté de manifester cette croyance. Pourtant, les Ktunaxa ne réclament pas la protection de la liberté de croire en l'Esprit de l'Ours Grizzly ou de s'adonner à des pratiques connexes. Ils sollicitent plutôt la protection de la présence de l'Esprit de l'Ours Grizzly lui-même et du sens spirituel subjectif qu'ils en dégagent. Cette allégation inédite étendrait l'al. 2*a*) au-delà de ses limites et exposerait les croyances intimes profondes au contrôle des tribunaux. L'obligation imposée à l'État par l'al. 2*a*) ne consiste pas à protéger l'objet des croyances ou le point de mire spirituel du culte, comme l'Esprit de l'Ours Grizzly. Il incombe plutôt à l'État de protéger la liberté de toute personne d'avoir pareilles croyances et de les manifester par le culte et la pratique ou par l'enseignement et la diffusion.

En outre, il était raisonnable de la part du Ministre de décider que la Couronne s'était acquittée de l'obligation de consultation et d'accommodement que lui impose l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il convient de faire preuve de déférence à l'égard de cette décision. La cour qui contrôle une décision administrative au titre de l'art. 35 ne tranche pas la question constitutionnelle *de novo* soulevée de façon isolée selon la norme de la décision correcte. Elle ne tranche donc pas la question de façon indépendante. Elle doit plutôt se demander si la conclusion du décideur sur cette question était raisonnable.

2017 SCC 54 (CanLII)

The constitutional guarantee of s. 35 is not confined to treaty rights or to proven or settled Aboriginal rights and title claims. Section 35 also protects the potential rights embedded in as-yet unproven Aboriginal claims and, pending the determination of such claims through negotiation or otherwise, may require the Crown to consult and accommodate Aboriginal interests. This obligation flows from the honour of the Crown and is constitutionalized by s. 35.

In this case, the Ktunaxa's petition asked the courts, in the guise of judicial review of an administrative decision, to pronounce on the validity of their claim to a sacred site and associated spiritual practices. This declaration cannot be made by a court sitting in judicial review of an administrative decision. In judicial proceedings, such a declaration can only be made after a trial of the issue and with the benefit of pleadings, discovery, evidence, and submissions. Nor can administrative decision makers themselves pronounce upon the existence or scope of Aboriginal rights without specifically delegated authority. Aboriginal rights must be proven by tested evidence; they cannot be established as an incident of administrative law proceedings that centre on the adequacy of consultation and accommodation. To permit this would invite uncertainty and discourage final settlement of alleged rights through the proper processes. In the interim, while claims are resolved, consultation and accommodation are the best available legal tools for achieving reconciliation.

The record here supports the reasonableness of the Minister's conclusion that the s. 35 obligation of consultation and accommodation had been met. The Ktunaxa spiritual claims to Qat'muk had been acknowledged from the outset. Negotiations spanning two decades and deep consultation had taken place. Many changes had been made to the project to accommodate the Ktunaxa's spiritual claims. At a point when it appeared all major issues had been resolved, the Ktunaxa adopted a new, absolute position that no accommodation was possible because permanent structures would drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk. The Minister sought to consult with the Ktunaxa on the newly formulated claim, but was told that

La garantie constitutionnelle de l'art. 35 ne vise pas uniquement les droits issus de traités ou les revendications prouvées ou réglées de droits ancestraux et de titre ancestral. L'article 35 protège aussi les droits éventuels inhérents aux revendications autochtones qui n'ont pas encore été formellement établies et il peut obliger la Couronne à consulter les Autochtones et à prendre en compte leurs intérêts en attendant qu'il soit statué sur ces revendications par la négociation ou une autre procédure. Cette obligation découle de l'honneur de la Couronne et est constitutionnalisée à l'art. 35.

En l'espèce, les Ktunaxa demandent aux tribunaux dans leur requête, sous le couvert d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision administrative, de se prononcer sur la validité de leur revendication à l'égard d'un lieu sacré et des pratiques spirituelles connexes. Ce jugement déclaratoire ne peut être rendu par une cour siégeant en contrôle d'une décision administrative. Dans une instance judiciaire, pareil jugement déclaratoire ne peut être rendu qu'après l'instruction de la question quand le tribunal bénéficie des actes de procédure, des interrogatoires préalables, des éléments de preuve et des arguments. Sans un pouvoir expressément délégué, les décideurs administratifs ne peuvent pas non plus se prononcer eux-mêmes sur l'existence ou la portée de droits ancestraux. Les droits ancestraux doivent être prouvés au moyen d'éléments mis à l'épreuve; ils ne peuvent être établis accessoirement dans le cadre d'une procédure administrative dont le point de mire est le caractère adéquat des consultations et des mesures d'accommodement. Permettre une telle chose causerait de l'incertitude et découragerait le règlement définitif des droits allégués par la procédure appropriée. Dans l'intervalle, alors que les revendications sont en voie de règlement, la consultation et l'accommodement sont les meilleurs outils juridiques dont on dispose pour parvenir à une réconciliation.

Le dossier de l'espèce étaye le caractère raisonnable de la conclusion du Ministre selon laquelle l'obligation de consultation et d'accommodement visée à l'art. 35 a été respectée. Les revendications de nature spirituelle des Ktunaxa à l'égard du Qat'muk ont été reconnues dès le départ. Des négociations se sont échelonnées sur deux décennies et il y a eu des consultations approfondies. De nombreux changements ont été apportés au projet pour tenir compte des revendications de nature spirituelle des Ktunaxa. Alors que tous les différends importants semblaient réglés, les Ktunaxa ont adopté une nouvelle position absolue selon laquelle aucun accommodement n'était possible parce que des installations permanentes

2017 SCC 54 (CanLII)

there was no point in further consultation. The process protected by s. 35 was at an end.

The record does not suggest, conversely, that the Minister mischaracterized the right as a claim to preclude development, instead of a claim to a spiritual right. The Minister understood that this right entailed practices which depended on the continued presence of Grizzly Bear Spirit in Qat'muk, which the Ktunaxa believed would be driven out by the development. Spiritual practices and interests were raised at the beginning of the process and continued to be discussed throughout. Nor did the Minister misunderstand the Ktunaxa's secrecy imperative, which had contributed to the late disclosure of the true nature of the claim: an absolute claim to a sacred site, which must be preserved and protected from permanent human habitation. The Minister understood and accepted that spiritual beliefs did not permit details of beliefs to be shared with outsiders. Nothing in the record suggests that the Minister had forgotten this fundamental point when he made his decision that adequate consultation had occurred. In addition, the Minister did not treat the broader spiritual right as weak. The Minister considered the overall spiritual claim to be strong, but had doubts about the strength of the new, absolute claim that no accommodation was possible because the project would drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk. The record also does not demonstrate that the Minister failed to properly assess the adverse impact of the development on the spiritual interests of the Ktunaxa.

Ultimately, the consultation was not inadequate. The Minister engaged in deep consultation on the spiritual claim. This level of consultation was confirmed by both the chambers judge and the Court of Appeal. Moreover, the record does not establish that no accommodation was made with respect to the spiritual right. While the Minister did not offer the ultimate accommodation demanded by the Ktunaxa — complete rejection of the ski resort project — the Crown met its obligation to consult and accommodate. Section 35 guarantees a process, not a particular result. There is no guarantee that, in the end, the specific accommodation sought will be warranted or possible. Section 35 does not give unsatisfied claimants a veto. Where adequate consultation has occurred, a development may proceed without consent.

chasseraient l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk. Le Ministre a cherché à consulter les Ktunaxa pour discuter de la revendication nouvellement formulée, mais on lui a répondu qu'il était inutile de le faire. Le processus protégé par l'art. 35 a alors pris fin.

À l'inverse, le dossier n'indique pas que le Ministre a mal décrit le droit comme une revendication visant à empêcher tout aménagement plutôt que la revendication d'un droit spirituel. Le Ministre comprenait que ce droit supposait des pratiques qui dépendaient de la présence continue de l'Esprit de l'Ours Grizzly dans le Qat'muk, alors que l'aménagement chasserait cet esprit selon les croyances des Ktunaxa. Les pratiques et intérêts spirituels ont été évoqués au début du processus et les parties ont continué de discuter de ces questions tout au long du processus. Le Ministre n'a pas non plus mal compris l'impératif du secret des Ktunaxa qui a contribué à la divulgation tardive de la véritable nature de la revendication : une revendication absolue à l'égard d'un lieu sacré qui devait être préservé et protégé de l'habitation humaine permanente. Le Ministre a compris et accepté le fait que les croyances spirituelles ne permettaient pas que certains détails des croyances soient communiqués à des gens de l'extérieur. Rien dans le dossier ne porte à croire que le Ministre a oublié cet élément fondamental quand il a décidé qu'il y avait eu une consultation adéquate. De plus, le Ministre n'a pas qualifié de faible le droit spirituel général. Le Ministre a jugé solide la revendication globale de nature spirituelle, mais il avait des doutes quant à la solidité de la nouvelle prétention absolue selon laquelle aucun accommodement n'était possible parce que le projet chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk. En outre, le dossier ne démontre pas que le Ministre a mal évalué l'effet préjudiciable du projet sur les intérêts spirituels des Ktunaxa.

En dernière analyse, la consultation n'était pas insuffisante. Le Ministre s'est livré à des consultations approfondies sur la revendication de nature spirituelle. L'ampleur de ces consultations a été confirmée à la fois par le juge en chambre et par la Cour d'appel. Qui plus est, le dossier n'établit pas qu'on n'a pas tenu compte du droit spirituel. Bien que le Ministre n'ait pas offert la mesure d'accommodement ultime exigée par les Ktunaxa, soit le rejet complet du projet de station de ski, la Couronne s'est acquittée de son obligation de consulter et d'accommoder. L'article 35 garantit un processus, et non un résultat précis. Rien ne garantit qu'en fin de compte il sera justifié ou possible d'obtenir l'accommodement précis demandé. L'article 35 ne confère pas aux demandeurs insatisfaits un droit de veto. S'il y a eu consultation adéquate, le projet peut aller de l'avant sans consentement.

2017 SCC 54 (CanLII)

Per Moldaver and Côté JJ.: The Minister reasonably concluded that the duty to consult and accommodate the Ktunaxa under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* was met; however, the Minister's decision to approve the ski resort infringed the Ktunaxa's s. 2(*a*) *Charter* right to religious freedom.

The first part of the s. 2(*a*) test is not at issue in this case. The second part focuses on whether state action has interfered with the ability of a person to act in accordance with his or her religious beliefs or practices. Where state conduct renders a person's sincerely held religious beliefs devoid of all religious significance, this infringes a person's right to religious freedom. Religious beliefs have spiritual significance for the believer. When this significance is taken away by state action, the person can no longer act in accordance with his or her religious beliefs, constituting an infringement of s. 2(*a*).

This kind of state interference is a reality where individuals find spiritual fulfillment through their connection to the physical world. To ensure that all religions are afforded the same level of protection, courts must be alive to the unique characteristics of each religion, and the distinct ways in which state action may interfere with that religion's beliefs or practices. In many Indigenous religions, land is not only the site of spiritual practices; land itself can be sacred. As such, state action that impacts land can sever the connection to the divine, rendering beliefs and practices devoid of spiritual significance. Where state action has this effect on an Indigenous religion, it interferes with the ability to act in accordance with religious beliefs and practices.

In this case, the Ktunaxa sincerely believe that Grizzly Bear Spirit inhabits Qat'muk, a body of sacred land in their religion, and that the Minister's decision to approve the ski resort would sever their connection to Qat'muk and to Grizzly Bear Spirit. As a result, the Ktunaxa would no longer receive spiritual guidance and assistance from Grizzly Bear Spirit. Their religious beliefs in Grizzly Bear Spirit would become entirely devoid of religious significance, and accordingly, their prayers, ceremonies, and rituals associated with Grizzly Bear Spirit would become nothing more than empty words and hollow gestures. Moreover, without their spiritual connection to Qat'muk and to Grizzly Bear Spirit, the Ktunaxa would be unable to pass on their beliefs and practices to future generations. Therefore, the Minister's decision approving the proposed development interferes with the Ktunaxa's

Les juges Moldaver et Côté : Le Ministre a raisonnablement conclu à l'acquittement de l'obligation de consulter et d'accommoder les Ktunaxa prévue à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*; en revanche, la décision du Ministre d'approuver la station de ski a porté atteinte au droit à la liberté de religion garanti aux Ktunaxa par l'al. 2*a*) de la *Charte*.

Le premier volet du critère relatif à l'al. 2*a*) n'est pas en litige dans la présente affaire. Le second volet s'attache au point de savoir si une mesure étatique a nui à la capacité d'une personne de se conformer à ses croyances ou pratiques religieuses. La conduite de l'État qui prive de toute signification religieuse les croyances religieuses sincères d'une personne porte atteinte à son droit à la liberté de religion. Les croyances religieuses revêtent une signification spirituelle pour le croyant. Lorsque cette signification est supprimée par l'État, la personne ne peut plus se conformer à ses croyances religieuses, ce qui constitue une contravention à l'al. 2*a*).

Ce type d'ingérence de l'État est une réalité lorsque les citoyens s'épanouissent spirituellement par le lien qui les unit au monde concret. Pour veiller à ce que l'al. 2*a*) accorde la même protection à toutes les religions, les tribunaux doivent être conscients des caractéristiques propres à chacune d'elles et des différentes manières dont l'État peut nuire aux croyances ou pratiques de chaque religion. Dans de nombreuses religions autochtones, la terre est non seulement le lieu où s'exercent des pratiques spirituelles; la terre peut elle-même être sacrée. Une mesure étatique qui touche la terre peut donc rompre le lien avec l'être divin, ce qui priverait les croyances et pratiques de leur signification spirituelle. La mesure étatique qui a cet effet sur une religion autochtone nuit à la capacité de se conformer à des croyances et pratiques religieuses.

En l'espèce, les Ktunaxa croient sincèrement que l'Esprit de l'Ours Grizzly habite le Qat'muk, un lieu sacré dans leur religion, et que la décision du Ministre d'approuver la station de ski romprait leur lien avec le Qat'muk et l'Esprit de l'Ours Grizzly. Les Ktunaxa seraient ainsi privés des conseils et de l'assistance spirituels de cet esprit. Leurs croyances religieuses en l'Esprit de l'Ours Grizzly perdraient toute signification religieuse et, par conséquent, leurs prières, cérémonies et rites associés à cet esprit ne seraient plus que de vaines paroles et des gestes vides de sens. En outre, sans leur lien spirituel avec le Qat'muk et l'Esprit de l'Ours Grizzly, les Ktunaxa ne seraient pas en mesure de transmettre leurs croyances et pratiques aux générations futures. La décision du Ministre d'approuver l'aménagement proposé nuit donc d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à la

2017 SCC 54 (CanLII)

ability to act in accordance with their religious beliefs or practices in a manner that is more than trivial or insubstantial.

The Minister's decision is reasonable, however, because it reflects a proportionate balancing between the Ktunaxa's s. 2(*a*) *Charter* right and the Minister's statutory objectives: to administer Crown land and dispose of it in the public interest. A proportionate balancing is one that gives effect as fully as possible to the *Charter* protections at stake given the particular statutory mandate. When the Minister balances the *Charter* protections with these objectives, he must ensure that the *Charter* protections are affected as little as reasonably possible in light of the state's particular objectives.

In this case, the Minister did not refer to s. 2(*a*) explicitly in his reasons for decision; however, it is clear from his reasons that he was alive to the substance of the Ktunaxa's s. 2(*a*) right. He recognized that the development put at stake the Ktunaxa's spiritual connection to Qat'muk.

In addition, it is implicit from the Minister's reasons that he proportionately balanced the Ktunaxa's s. 2(*a*) right with his statutory objectives. The Minister tried to limit the impact of the development on the substance of the Ktunaxa's s. 2(*a*) right as much as reasonably possible given these objectives. He provided significant accommodation measures that specifically addressed the Ktunaxa's spiritual connection to the land. Ultimately, however, the Minister had two options before him: approve the development or permit the Ktunaxa to veto the development on the basis of their freedom of religion. Granting the Ktunaxa a power to veto development over the land would effectively give them a significant property interest in Qat'muk — namely, a power to exclude others from constructing permanent structures on public land. This right of exclusion would not be a minimal or negligible restraint on public ownership. It can be implied from the Minister's reasons that permitting the Ktunaxa to dictate the use of a large tract of land according to their religious belief was not consistent with his statutory mandate. Rather, it would significantly undermine, if not completely compromise, this mandate. In view of the options open to the Minister, his decision was reasonable, and amounted to a proportionate balancing.

capacité des Ktunaxa de se conformer à leurs croyances ou pratiques religieuses.

La décision du Ministre est toutefois raisonnable parce qu'elle est le fruit d'une mise en balance proportionnée du droit reconnu aux Ktunaxa par l'al. 2*a*) de la *Charte* et des objectifs confiés par la loi au Ministre : administrer les terres de la Couronne et les aliéner dans l'intérêt public. Une mise en balance proportionnée en est une qui donne effet autant que possible aux protections en cause conférées par la *Charte* compte tenu du mandat législatif particulier. Quand le Ministre met en balance les protections conférées par la *Charte* et les objectifs en question, il doit s'assurer que ces protections sont restreintes aussi peu que cela est raisonnablement possible eu égard aux objectifs particuliers de l'État.

En l'espèce, le Ministre n'a pas mentionné explicitement l'al. 2*a*) dans ses motifs de décision; il ressort toutefois de ses motifs qu'il a bien saisi la substance du droit garanti aux Ktunaxa par l'al. 2*a*). Il a reconnu que l'aménagement mettait en jeu le lien spirituel des Ktunaxa avec le Qat'muk.

De plus, il ressort implicitement des motifs du Ministre qu'il a mis en balance de façon proportionnée le droit reconnu aux Ktunaxa par l'al. 2*a*) et les objectifs que lui confie la loi. Le Ministre a essayé de limiter autant qu'il était raisonnablement possible de le faire l'impact de l'aménagement sur la substance du droit garanti aux Ktunaxa par l'al. 2*a*) compte tenu de ces objectifs. Il a consenti des mesures d'accommodement importantes qui touchaient précisément le lien spirituel des Ktunaxa avec la terre. En dernière analyse, toutefois, le Ministre avait deux choix : approuver l'aménagement ou permettre aux Ktunaxa d'opposer leur veto à l'aménagement en raison de leur liberté de religion. Conférer aux Ktunaxa le pouvoir d'opposer leur veto à l'aménagement du territoire en question leur donnerait dans les faits un intérêt propriétal d'envergure sur le Qat'muk, à savoir le pouvoir d'interdire à autrui de construire des installations permanentes sur des terres publiques. Ce droit d'interdiction ne serait pas une restriction minimale ou négligeable de la propriété publique. On peut déduire des motifs du Ministre que permettre aux Ktunaxa de dicter l'usage d'une grande étendue de terrain selon leur croyance religieuse n'était pas compatible avec son mandat légal. L'octroi de ce pouvoir compromettrait plutôt substantiellement la réalisation de ce mandat, voire lui porterait un coup fatal. Vu les choix qui s'offraient au Ministre, sa décision était raisonnable et était le fruit d'une mise en balance proportionnée.

2017 SCC 54 (CanLII)

Cases Cited

By McLachlin C.J. and Rowe J.

Applied: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; **referred to:** *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, rev'd *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157; *India v. Badesha*, 2017 SCC 44, [2017] 2 S.C.R. 127; *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103.

By Moldaver J.

Applied: *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; **referred to:** *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912; *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235; *Mouvement laïque québécois v.*

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Rowe

Arrêts appliqués : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; **arrêts mentionnés :** *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *R. c. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, inf. par *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157; *Inde c. Badesha*, 2017 CSC 44, [2017] 2 R.C.S. 127; *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103.

Citée par le juge Moldaver

Arrêt appliqué : *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; **arrêts mentionnés :** *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912; *Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235;

2017 SCC 54 (CanLII)

Saguenay (City), 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(*a*).
Constitution Act, 1982, s. 35.
Environmental Assessment Act, S.B.C. 1994, c. 35.
Environmental Assessment Act, S.B.C. 2002, c. 43.
Land Act, R.S.B.C. 1996, c. 245, ss. 4, 11(1).
Ministry of Lands, Parks and Housing Act, R.S.B.C. 1996, c. 307, s. 5(b).

Treaties and Other International Instruments

American Convention on Human Rights, 1144 U.N.T.S. 123, art. 12(1), (3).
Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221 [*European Convention on Human Rights*], art. 9(1).
International Covenant on Civil and Political Rights, Can. T.S. 1976 No. 47, art. 18(1).
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 18.

Authors Cited

Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart, 1997, 279.
Ross, Michael L. *First Nations Sacred Sites in Canada's Courts*. Vancouver: UBC Press, 2005.
Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2014.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Lowry, Bennett and Goepel JJ.A.), 2015 BCCA 352, 387 D.L.R. (4th) 10, 78 B.C.L.R. (5th) 297, 376 B.C.A.C. 105, 646 W.A.C. 105, 89 Admin. L.R. (5th) 63, 93 C.E.L.R. (3d) 1, [2015] 4 C.N.L.R. 199, 339 C.R.R. (2d) 183, [2016] 3 W.W.R. 423, [2015] B.C.J. No. 1682 (QL), 2015 CarswellBC 2215 (WL Can.), affirming a decision of Savage J., 2014 BCSC 568, 306 C.R.R. (2d) 211, 82 Admin. L.R. (5th) 117, 86 C.E.L.R. (3d) 202, [2014] 4 C.N.L.R. 143, [2014] B.C.J. No. 584 (QL), 2014 CarswellBC 901 (WL Can.), dismissing an application

Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville), 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2*a*).
Environmental Assessment Act, S.B.C. 1994, c. 35.
Environmental Assessment Act, S.B.C. 2002, c. 43.
Land Act, R.S.B.C. 1996, c. 245, art. 4, 11(1).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Ministry of Lands, Parks and Housing Act, R.S.B.C. 1996, c. 307, art. 5(b).

Traités et autres documents internationaux

Convention américaine relative aux droits de l'homme, 1144 R.T.N.U. 123, art. 12(1), (3).
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221 [*Convention européenne des droits de l'homme*], art. 9(1).
Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), art. 18.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, R.T. Can. 1976 nº 47, art. 18(1).

Doctrine et autres documents cités

Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997, 279.
Ross, Michael L. *First Nations Sacred Sites in Canada's Courts*, Vancouver, UBC Press, 2005.
Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 6th ed., Toronto, Carswell, 2014.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Lowry, Bennett et Goepel), 2015 BCCA 352, 387 D.L.R. (4th) 10, 78 B.C.L.R. (5th) 297, 376 B.C.A.C. 105, 646 W.A.C. 105, 89 Admin. L.R. (5th) 63, 93 C.E.L.R. (3d) 1, [2015] 4 C.N.L.R. 199, 339 C.R.R. (2d) 183, [2016] 3 W.W.R. 423, [2015] B.C.J. No. 1682 (QL), 2015 CarswellBC 2215 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Savage, 2014 BCSC 568, 306 C.R.R. (2d) 211, 82 Admin. L.R. (5th) 117, 86 C.E.L.R. (3d) 202, [2014] 4 C.N.L.R. 143, [2014] B.C.J. No. 584 (QL), 2014 CarswellBC 901 (WL Can.), qui a rejeté

2017 SCC 54 (CanLII)

for judicial review of a decision of the Minister to approve a ski resort. Appeal dismissed.

Peter Grant, *Jeff Huberman*, *Karenna Williams* and *Diane Soroka*, for the appellants.

Jonathan G. Penner and *Erin Christie*, for the respondent the Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations.

Gregory J. Tucker, *Q.C.*, and *Pamela E. Sheppard*, for the respondent Glacier Resorts Ltd.

Mitchell R. Taylor, *Q.C.*, and *Sharlene Telles-Langdon*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Richard James Fyfe, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Justin Safayeni and *Khalid Elgazzar*, for the interveners the Canadian Muslim Lawyers Association, the South Asian Legal Clinic of Ontario and the Kootenay Presbytery (United Church of Canada).

Albertos Polizogopoulos and *Derek Ross*, for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Christian Legal Fellowship.

Written submissions only by *Avnish Nanda*, for the intervener the Alberta Muslim Public Affairs Council.

Joshua Ginsberg and *Randy Christensen*, for the intervener Amnesty International Canada.

Robert J. M. Janes, *Q.C.*, and *Claire Truesdale*, for the intervener the Te'mexw Treaty Association.

Written submissions only by *Lisa C. Fong*, for the intervener the Central Coast Indigenous Resource Alliance.

Senwung Luk and *Krista Nerland*, for the intervener the Shibogama First Nations Council.

une demande de contrôle judiciaire de la décision du Ministre d'approuver une station de ski. Pourvoi rejeté.

Peter Grant, *Jeff Huberman*, *Karenna Williams* et *Diane Soroka*, pour les appelants.

Jonathan G. Penner et *Erin Christie*, pour l'intimé Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations.

Gregory J. Tucker, *c.r.*, et *Pamela E. Sheppard*, pour l'intimée Glacier Resorts Ltd.

Mitchell R. Taylor, *c.r.*, et *Sharlene Telles-Langdon*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

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

Justin Safayeni et *Khalid Elgazzar*, pour les intervenants l'Association canadienne des avocats musulmans, South Asian Legal Clinic of Ontario et Kootenay Presbytery (United Church of Canada).

Albertos Polizogopoulos et *Derek Ross*, pour les intervenantes l'Alliance évangélique du Canada et l'Alliance des chrétiens en droit.

Argumentation écrite seulement par *Avnish Nanda*, pour l'intervenant Alberta Muslim Public Affairs Council.

Joshua Ginsberg et *Randy Christensen*, pour l'intervenante Amnistie internationale (Canada).

Robert J. M. Janes, *c.r.*, et *Claire Truesdale*, pour l'intervenante Te'mexw Treaty Association.

Argumentation écrite seulement par *Lisa C. Fong*, pour l'intervenante Central Coast Indigenous Resource Alliance.

Senwung Luk et *Krista Nerland*, pour l'intervenant Shibogama First Nations Council.

2017 SCC 54 (CanLII)

Neil Finkelstein, *Brandon Kain* and *Bryn Gray*, for the intervener the Canadian Chamber of Commerce.

Jessica Orkin and *Adriel Weaver*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Paul Williams, for the intervener the Council of the Passamaquoddy Nation at Schoodic.

Written submissions only by *John Burns* and *Amy Jo Scherman*, for the intervener the Katzie First Nation.

Written submissions only by *John W. Gailus* and *Christopher G. Devlin*, for the interveners the West Moberly First Nations and the Prophet River First Nation.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown and Rowe JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND ROWE J. —

I. Introduction

[1] The issue in this case is whether the British Columbia Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations ("Minister") erred in approving a ski resort development, despite claims by the Ktunaxa that the development would breach their constitutional right to freedom of religion and to protection of Aboriginal interests under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[2] The appellants represent the Ktunaxa people. The Ktunaxa's traditional territories are said to consist of land that straddles the international boundary between Canada and the United States, comprised of northeastern Washington, northern Idaho, northwestern Montana, southwestern Alberta and southeastern British Columbia.

Neil Finkelstein, *Brandon Kain* et *Bryn Gray*, pour l'intervenante la Chambre de commerce du Canada.

Jessica Orkin et *Adriel Weaver*, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Paul Williams, pour l'intervenant Council of the Passamaquoddy Nation at Schoodic.

Argumentation écrite seulement par *John Burns* et *Amy Jo Scherman*, pour l'intervenante Katzie First Nation.

Argumentation écrite seulement par *John W. Gailus* et *Christopher G. Devlin*, pour les intervenantes West Moberly First Nations et Prophet River First Nation.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown et Rowe rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE ROWE —

I. Introduction

[1] Dans le présent pourvoi, il s'agit de décider si l'intimé, Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations de la Colombie-Britannique (« Ministre »), a commis une erreur en approuvant l'aménagement d'une station de ski malgré les revendications des Ktunaxa, qui soutenaient que l'aménagement porterait atteinte à leur droit constitutionnel à la liberté de religion et à leurs droits ancestraux dont l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* commande la protection.

[2] Les appelants représentent le peuple des Ktunaxa dont le territoire traditionnel regrouperait des terres qui s'étendent de part et d'autre de la frontière internationale entre le Canada et les États-Unis et englobent le nord-est de l'État de Washington, le nord de l'Idaho, le nord-ouest du Montana, le sud-ouest de l'Alberta et le sud-est de la Colombie-Britannique.

2017 SCC 54 (CanLII)

[3] This case concerns a proposed development in an area the Ktunaxa call Qat'muk. This area is located in a Canadian valley in the northwestern part of the larger Ktunaxa territory, the Jumbo Valley, about 55 kilometres west of the town of Invermere, B.C.

[4] The respondent Glacier Resorts Ltd. ("Glacier Resorts") wishes to build a year-round ski resort in Qat'muk with lifts to glacier runs and overnight accommodation for guests and staff. For more than two decades, Glacier Resorts has been negotiating with the B.C. government and stakeholders, including the Aboriginal peoples who inhabit the valley, the Ktunaxa and the Shuswap, on the terms and conditions of the development.

[5] Early on in the process, the Ktunaxa and Shuswap peoples raised concerns about the impact of the resort project. The Ktunaxa asserted that Qat'muk was a place of spiritual significance for them. Notably, it is home to an important population of grizzly bears and to Grizzly Bear Spirit, or Kławła Tukłułak?is, "a principal spirit within Ktunaxa religious beliefs and cosmology": A.F., at para. 18.

[6] Consultation ensued, leading to significant changes to the original proposal. The Shuswap declared themselves satisfied with the changes and indicated their support for the proposal given the benefits it would bring to their people and the region. The Ktunaxa were not satisfied, but committed themselves to further consultation to remove the remaining obstacles and find mutually satisfactory accommodation. Lengthy discussions ensued, and it seemed agreement would be achieved. Then, late in the process, the Ktunaxa adopted an uncompromising position — that accommodation was impossible because a ski resort with lifts to glacier runs and permanent structures would drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk and irrevocably impair their religious beliefs and practices. After fruitless efforts to revive the consultation process and reach agreement, the

[3] La présente affaire concerne une proposition d'aménagement dans un secteur que les Ktunaxa appellent le Qat'muk. Ce secteur est situé dans une vallée canadienne, dans la partie nord-ouest du vaste territoire des Ktunaxa, la vallée Jumbo, à environ 55 kilomètres à l'ouest de la ville d'Invermere, en Colombie-Britannique.

[4] L'intimée Glacier Resorts Ltd. (« Glacier Resorts ») souhaite construire dans le Qat'muk une station de ski ouverte à longueur d'année et munie de remonte-pentes par lesquels on pourrait accéder aux pistes de glacier et qui offrirait un hébergement pour la nuit aux visiteurs et au personnel. Glacier Resorts a négocié pendant plus de 20 ans les conditions de l'aménagement avec le gouvernement de la Colombie-Britannique et différents intéressés, notamment les peuples autochtones qui habitent la vallée, les Ktunaxa et les Shuswap.

[5] Au début du processus, les peuples des Ktunaxa et des Shuswap ont fait part de leurs préoccupations quant aux répercussions du projet. Les Ktunaxa ont affirmé que le Qat'muk était un lieu d'importance spirituelle pour eux. Fait à noter, il abrite une population importante de grizzlys et l'Esprit de l'Ours Grizzly, ou Kławła Tukłułak?is, [TRADUCTION] « un esprit principal des croyances religieuses et de la cosmologie des Ktunaxa » : m.a., par. 18.

[6] Des consultations ont débouché sur des modifications importantes à la proposition initiale. Les Shuswap se sont dits satisfaits des changements et ont donné leur appui à la proposition compte tenu des avantages qu'elle présenterait pour leur peuple et la région. Les Ktunaxa se sont quant à eux dits insatisfaits, mais ils se sont engagés à participer à de nouvelles consultations en vue d'éliminer les derniers obstacles et d'arriver à un compromis satisfaisant pour tous. De longs pourparlers s'ensuivirent et les parties semblaient sur le point de parvenir à un accord. Puis, vers la fin du processus, les Ktunaxa ont adopté une position inflexible, estimant désormais qu'il était impossible d'arriver à un compromis parce qu'une station de ski munie de remonte-pentes vers les pistes de glacier et d'installations permanentes chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly du

2017 SCC 54 (CanLII)

government declared that reasonable consultation had occurred and approved the project.

[7] The appellants, the Ktunaxa Nation Council and the Chair of the Council, Kathryn Teneese, brought proceedings in judicial review before the British Columbia Supreme Court to overturn the approval by the Minister of the ski resort on two independent grounds: first, that the project would violate the Ktunaxa's freedom of religion under s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and second, that the government breached the duty of consultation and accommodation imposed on the Crown by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The chambers judge dismissed the petition for judicial review, and the Court of Appeal affirmed his decision. The Ktunaxa now appeal to this Court.

[8] We would dismiss the appeal. We conclude that the claim does not engage the right to freedom of conscience and religion under s. 2(*a*) of the *Charter*. Section 2(*a*) protects the freedom of individuals and groups to hold and manifest religious beliefs: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 336. The Ktunaxa's claim does not fall within the scope of s. 2(*a*) because neither the Ktunaxa's freedom to hold their beliefs nor their freedom to manifest those beliefs is infringed by the Minister's decision to approve the project.

[9] We also conclude that the Minister, while bound by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* to consult with the Ktunaxa in an effort to find a way to accommodate their concerns, did not act unreasonably in concluding that the requirements of s. 35 had been met and approving the project.

[10] We arrive at these conclusions cognizant of the importance of protecting Indigenous religious beliefs and practices, and the place of such

Qat'muk et porterait irrémédiablement atteinte à leurs croyances et pratiques religieuses. Après avoir tenté sans succès de relancer le processus de consultation et de parvenir à un accord, le gouvernement a déclaré qu'il y avait eu une consultation raisonnable et a approuvé le projet.

[7] Les appelants, Ktunaxa Nation Council et Kathryn Teneese, la présidente de ce conseil, ont intenté une procédure de contrôle judiciaire devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour faire annuler l'approbation, par le Ministre, du projet de station de ski. Ils invoquaient deux moyens indépendants : premièrement, le projet porterait atteinte à la liberté de religion garantie aux Ktunaxa par l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*; deuxièmement, le gouvernement a manqué à l'obligation de consultation et d'accommodement qu'impose à la Couronne l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge en chambre a rejeté la requête en contrôle judiciaire, et la Cour d'appel a confirmé sa décision. Les Ktunaxa se pourvoient maintenant devant notre Cour.

[8] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi. Nous concluons que la revendication ne fait pas intervenir le droit à la liberté de conscience et de religion garanti à l'al. 2*a*) de la *Charte*. L'alinéa 2*a*) protège la liberté des individus et des groupes d'avoir et de manifester des croyances religieuses : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 336. La revendication des Ktunaxa ne relève pas de cette disposition car la décision du Ministre d'approuver le projet ne porte atteinte ni à la liberté des Ktunaxa d'avoir leurs croyances ni à leur liberté de manifester ces croyances.

[9] Nous jugeons aussi que le Ministre, quoique tenu par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* de consulter les Ktunaxa pour essayer de répondre à leurs préoccupations, n'a pas agi déraisonnablement en concluant que les exigences de l'art. 35 avaient été respectées et en approuvant le projet.

[10] Nous arrivons à ces conclusions en étant conscients de l'importance de protéger les croyances et pratiques religieuses des Autochtones et du rôle

2017 SCC 54 (CanLII)

protection in achieving reconciliation between Indigenous peoples and non-Indigenous communities.

II. Facts

[11] The Jumbo Valley and Qat'muk are located in the traditional territory of the Ktunaxa. The Ktunaxa believe that Grizzly Bear Spirit inhabits Qat'muk. It is undisputed that Grizzly Bear Spirit is central to Ktunaxa religious beliefs and practices.

[12] The Jumbo Valley has long been used for heli-skiing, which involves flying skiers to the top of runs by helicopter, whence they ski to the valley floor. In the 1980s, Glacier Resorts became interested in building a permanent ski resort on a site near the north end of the valley and sought government approval of the project.

[13] The regulatory process for approval of the ski resort was a protracted matter, involving a number of cascading processes: (1) the Commercial Alpine Ski Policy ("CASP") process to determine sole proponent status; (2) the Commission on Resources and the Environment ("CORE") process to determine best uses of the land; (3) an environmental assessment process to resolve issues related to environmental, wildlife and cultural impact and culminating in an Environmental Assessment Certificate ("EAC"); and (4) submission of a Master Plan which, if approved, would lead to a Master Development Agreement ("MDA") between the developer and the government. These processes involved public consultation, and the Ktunaxa participated at every stage. In the course of the various reviews, many changes were made to the original plan. The entire process, until the Minister determined consultation was adequate, took place from 1991 to 2011 — over 20 years.

[14] Until 2005, the Ktunaxa participated in the regulatory processes jointly with the Shuswap as part

que joue une telle protection dans l'atteinte d'une réconciliation entre les peuples autochtones et les communautés non autochtones.

II. Faits

[11] La vallée Jumbo et le Qat'muk se situent dans le territoire traditionnel des Ktunaxa. Ces derniers croient que l'Esprit de l'Ours Grizzly habite le Qat'muk. Personne ne conteste que cet esprit est au cœur des croyances et pratiques religieuses des Ktunaxa.

[12] La vallée Jumbo a longtemps été utilisée pour l'héliski, pratique qui consiste à amener par hélicoptère des skieurs au sommet de pistes, d'où ils descendent jusqu'au fond de la vallée. Dans les années 1980, Glacier Resorts s'est mise à caresser un projet de construction d'une station de ski permanente près de l'extrémité nord de la vallée, pour lequel elle a sollicité l'approbation du gouvernement.

[13] Le processus d'approbation réglementaire de la station de ski s'est révélé une entreprise de longue haleine en raison de ses étapes consécutives : (1) l'étape relative à la politique sur les centres de ski alpin à vocation commerciale (« PCSAVC »), qui vise à déterminer la qualité de seul promoteur; (2) l'étape relative à la Commission sur les ressources et l'environnement (« CORE »), qui vise à déterminer les meilleures utilisations du terrain; (3) l'étape relative à l'évaluation environnementale, qui cherche à résoudre les questions liées aux répercussions sur l'environnement, la faune et la culture, et se termine par la délivrance d'un certificat d'évaluation environnementale (« CÉE »); (4) la présentation d'un plan directeur qui, s'il est approuvé, mènerait à un accord-cadre d'aménagement (« ACA ») entre le promoteur et le gouvernement. Le processus global comportait une consultation publique à laquelle les Ktunaxa ont participé à chacune des étapes. Au cours des divers examens, de nombreux changements ont été apportés au plan initial. L'ensemble du processus, au terme duquel le Ministre a jugé la consultation adéquate, a duré de 1991 à 2011, soit plus de 20 ans.

[14] Jusqu'en 2005, les Ktunaxa ont participé aux étapes réglementaires conjointement avec les

2017 SCC 54 (CanLII)

of the Ktunaxa/Kinbasket Tribal Council ("KKTC"). However, in 2005, the Shuswap parted company with the Ktunaxa over the proposed ski resort and left the KKTC. The Shuswap support the project, believing their interests have been reasonably accommodated and that the project will be good for their community. The Ktunaxa, by contrast, say their interests cannot be accommodated and demand the project's rejection.

[15] Adequacy of consultation is a central issue in this appeal. It is therefore necessary to set out in some detail what occurred at each step of the regulatory process.

A. *Stage One: The CASP Process*

[16] In 1991, Glacier Resorts filed a formal proposal to build a year-round ski resort in the upper Jumbo Valley. The government conducted public hearings on the project under the CASP, the first phase in the regulatory approval process. The predecessor of the appellants, the KKTC, participated in public hearings in the fall of 1991. After a call for proposals, Glacier Resorts was granted sole proponent status and moved up to the next step on the regulatory ladder.

B. *Stage Two: The Land Use or CORE Process*

[17] In 1993 and 1994, the second phase of the regulatory process began. The government conducted a site utilization review under the CORE process, with the goal of producing a new land use plan for the region focusing specifically on construction of the ski resort. The CORE process involved public hearings, which the KKTC attended as an observer. In 1994, the CORE process concluded with a report that assigned very high recreational and tourism values to the area of the proposed ski resort and recommended that the approval process for the resort include a statutory environmental assessment.

Shuswap par l'entremise du Ktunaxa/Kinbasket Tribal Council (« KKTC »). Toutefois, en 2005, les Shuswap se sont dissociés des Ktunaxa au sujet de la station de ski proposée et ont quitté le KKTC. Les Shuswap soutiennent le projet, estimant qu'on a raisonnablement tenu compte de leurs intérêts et que le projet sera bénéfique pour leur communauté, alors que les Ktunaxa disent que leurs intérêts ne peuvent être pris en compte et exigent le rejet du projet.

[15] La question du caractère adéquat de la consultation est au centre du présent pourvoi. Il est par conséquent nécessaire de relater de manière assez détaillée ce qui s'est produit à chaque étape du processus réglementaire.

A. *Première étape : PCSAVC*

[16] En 1991, Glacier Resorts a déposé une proposition officielle pour la construction d'une station de ski ouverte à l'année dans la partie supérieure de la vallée Jumbo. Le gouvernement a mené des audiences publiques sur le projet conformément à la PCSAVC, première étape du processus d'approbation réglementaire. Le prédécesseur des appelants, le KKTC, a participé aux audiences publiques tenues à l'automne 1991. À la suite d'un appel de propositions, Glacier Resorts s'est vu reconnaître la qualité de seul promoteur et a pu passer à l'étape suivante du processus réglementaire.

B. *Deuxième étape : utilisation du terrain ou CORE*

[17] En 1993 et 1994, la deuxième étape du processus réglementaire s'est amorcée. Le gouvernement a examiné l'utilisation du site conformément au processus de la CORE dans le but de produire un nouveau plan d'utilisation du terrain pour la région prévoyant expressément la construction de la station de ski. Le processus de la CORE comportait des audiences publiques auxquelles le KKTC a assisté comme observateur. En 1994, le processus s'est conclu par le dépôt d'un rapport accordant une très grande valeur au chapitre du loisir et du tourisme à la région choisie pour la station de ski proposée et recommandait que le processus d'approbation comprenne une évaluation environnementale prévue par la loi.

2017 SCC 54 (CanLII)

[18] In March 1995, the government released a summary of the CORE East Kootenay Land Use Plan and West Kootenay-Boundary Land Use Plan, identifying a ski resort development as an acceptable land use of the upper Jumbo Creek Valley. In July 1995, the government and Glacier Resorts entered into an interim agreement pursuant to the CASP, and the third step on the regulatory ladder, review under the *Environmental Assessment Act*, S.B.C. 1994, c. 35, began.

C. *Stage Three: The Environmental Assessment Process*

[19] The environmental assessment process lasted almost a decade, from 1995 to 2004. The KKTC, representing both the Ktunaxa and the Shuswap peoples, and supported by government funding, was extensively involved in the environmental assessment process for the ski resort. It was invited to participate in the technical review committee and to comment on the project report. It raised the issue of "sacred values" in the valley, which were discussed in the "First Nations Socio-Economic Assessment: Jumbo Glacier Resort Project, A Genuine Wealth Analysis", a 2003 report of consultants retained by the B.C. government's Environmental Assessment Office ("EAO").

[20] In parallel, Glacier Resorts submitted the information required to complete the environmental review under the new *Environmental Assessment Act*, S.B.C. 2002, c. 43, in a comprehensive "Project Report" in December 2003 that was accepted by the EAO in the following months.

[21] In response to this report, the KKTC submitted a document to the EAO entitled "Jumbo Glacier Resort Project: Final Comments on Measures Proposed to Address Issues Identified by the Ktunaxa Nation" stating that the Jumbo Valley area is invested with sacred values, and Glacier Resorts should be required to negotiate an Impact Management and

[18] En mars 1995, le gouvernement a publié un résumé des plans d'utilisation du terrain d'East Kootenay et de West Kootenay-Boundary préparés par la CORE, lequel indique que l'aménagement d'une station de ski constitue une utilisation acceptable du terrain de la partie supérieure de la vallée Jumbo Creek. En juillet 1995, le gouvernement et Glacier Resorts ont conclu une entente intérimaire conformément à la PCSAVC, ce qui a constitué le coup d'envoi de la troisième étape prévue par la réglementation : un examen en application de l'*Environmental Assessment Act*, S.B.C. 1994, c. 35.

C. *Troisième étape : processus d'évaluation environnementale*

[19] Le processus d'évaluation environnementale a duré presque une décennie, soit de 1995 à 2004. Le KKTC, qui représentait tant le peuple des Ktunaxa que celui des Shuswap et recevait l'aide financière du gouvernement, a participé activement au processus d'évaluation environnementale de la station de ski. Il a été invité à se joindre au comité d'examen technique et à commenter le rapport sur le projet. Il a ainsi soulevé la question des [TRADUCTION] « valeurs sacrées » associées à la vallée, lesquelles ont été examinées dans un rapport de 2003 qui a pour titre « First Nations Socio-Economic Assessment : Jumbo Glacier Resort Project, A Genuine Wealth Analysis », rédigé par des consultants auxquels a fait appel l'Environmental Assessment Office (« Bureau ») de la Colombie-Britannique.

[20] Parallèlement, Glacier Resorts a fourni en décembre 2003, dans son exhaustif [TRADUCTION] « rapport sur le projet », les renseignements nécessaires à l'évaluation environnementale prévue par la nouvelle *Environmental Assessment Act*, S.B.C. 2002, c. 43. Le Bureau a accepté ce rapport dans les mois qui ont suivi.

[21] En réponse à ce rapport, le KKTC a présenté au Bureau un document intitulé « Jumbo Glacier Resort Project : Final Comments on Measures Proposed to Address Issues Identified by the Ktunaxa Nation », qui expliquait que des valeurs sacrées étaient associées à la région de la vallée Jumbo et que Glacier Resorts devrait avoir l'obligation de

2017 SCC 54 (CanLII)

Benefits Agreement ("IMBA") to mitigate the potential impact of the ski resort. The KKTC submitted detailed comments, under protest, on the measures proposed by the EAO to address the concerns of the valley's Indigenous inhabitants.

[22] On October 4, 2004, an EAC was issued, approving the development subject to numerous conditions. Among them was a requirement that Glacier Resorts negotiate with the KKTC and attempt to conclude an IMBA before the next stage of the regulatory process. The KKTC did not seek judicial review of the conditional EAC. At this point, from the government's perspective, the consultation was proceeding smoothly toward mutually acceptable accommodation.

D. *Stage Four: Development of a Resort Master Plan*

[23] The regulatory process moved to the fourth stage — the development of a Master Plan and an MDA for the ski resort.

[24] Glacier Resorts submitted a revised draft Master Plan in 2005. The process of reviewing this plan took place from December 2005 to July 2007.

[25] At the outset of the review process, the government offered to enter into additional consultations with the Ktunaxa Nation Council, which was formed following the withdrawal of the Shuswap from the KKTC. In June 2006, a consultant retained by the Ktunaxa and funded by the government prepared a "Gap Analysis" to identify what the Ktunaxa considered to be the outstanding issues for discussion. The Gap Analysis highlighted the need for further information to facilitate discussion on: (1) contemporary land and resource use by the Ktunaxa of the Jumbo Valley; (2) the effectiveness of proposed mitigation measures to reduce disturbance, displacement and mortality impacts to key wildlife populations from road traffic on the access road; and (3) project-induced socio-economic effects to the regional economy, including land use and cost of living that might affect Ktunaxa well-being. One of the

négocier une entente sur la gestion des répercussions et les avantages (« EGRA ») pour atténuer les éventuelles répercussions de la station de ski. Le KKTC a présenté sous toutes réserves des commentaires détaillés au sujet des mesures proposées par le Bureau pour répondre aux préoccupations des habitants autochtones de la vallée.

[22] Le 4 octobre 2004, un CÉE approuvant l'aménagement a été délivré sous réserve de nombreuses conditions, dont celle que Glacier Resorts négocie avec le KKTC et tente de conclure une EGRA avant la prochaine étape du processus réglementaire. Le KKTC n'a pas sollicité le contrôle judiciaire de ce CÉE conditionnel. Le gouvernement avait alors l'impression que la consultation se dirigeait sans heurts vers un compromis acceptable pour tous.

D. *Quatrième étape : élaboration d'un plan directeur pour la station de ski*

[23] Le projet est passé ainsi à la quatrième étape du processus réglementaire : l'élaboration d'un plan directeur et d'un ACA pour la station de ski.

[24] Glacier Resorts a présenté une ébauche révisée du plan directeur en 2005. La révision de ce plan s'est déroulée de décembre 2005 à juillet 2007.

[25] Au début de la révision, le gouvernement a offert de poursuivre les consultations avec le Ktunaxa Nation Council, qui avait été constitué après que les Shuswap se soient retirés du KKTC. En juin 2006, un consultant retenu par les Ktunaxa mais payé par le gouvernement a préparé une [TRADUCTION] « analyse de l'écart » pour faire ressortir ce que les Ktunaxa considéraient être les questions non réglées devant faire l'objet de discussions. Cette analyse mettait en lumière le besoin d'obtenir des renseignements additionnels pour faciliter les discussions sur les enjeux suivants : (1) l'utilisation actuelle du terrain et des ressources par les Ktunaxa de la vallée Jumbo; (2) l'efficacité des mesures d'atténuation proposées pour réduire les perturbations, les déplacements et la mortalité des principales espèces d'animaux sauvages causés par le trafic sur la route d'accès; (3) les effets socio-économiques du projet sur l'économie

2017 SCC 54 (CanLII)

34 issues identified in the Gap Analysis was that the Jumbo Valley is an "area of cultural significance and has sacred values": chambers judge's reasons, 2014 BCSC 568, 306 C.R.R. (2d) 211, at para. 69. In this regard, the analysis stated that the "cultural impacts remain unassessed" (*ibid.*).

[26] The Ktunaxa met with the Minister and they agreed on further consultation built around the Gap Analysis. As part of this process, the cultural significance/sacred values issue was discussed at the "Land Issues" workshop held on October 12 and 13, 2006 in Cranbrook, B.C. Following the workshop, the Ktunaxa consultant circulated a document entitled "Working Outline: Ktunaxa-British Columbia Accommodation", which identified the cultural and sacred significance of the valley as an issue to be addressed, and suggested a conceptual framework for accommodating the Ktunaxa land use concerns through: (a) a fee simple land transfer to the Ktunaxa; (b) the establishment of a land reserve; and (c) the establishment of a conservancy area in proximity to the ski-run site. The land use issues workshop was followed by workshops in November and December 2006 and January 2007. These addressed grizzly bear, other wildlife, and residual issues.

[27] In November 2006, prospects for agreement on accommodation looked bright. The Minister received a copy of a letter where the Ktunaxa informed Glacier Resorts that they had made "considerable progress in setting up a process for the negotiation of an [IMBA]": chambers judge's reasons, at para. 76. Only two issues appeared to stand in the way of final agreement — "funding" and "the outstanding issue of unpaid monies" (*ibid.*). In April 2007, Glacier Resorts wrote the Minister that it believed it had reached an "agreement in principle" with the Ktunaxa (*ibid.*). On July 12, the Minister approved a Master Plan, which outlined the nature,

régionale, notamment en ce qui a trait à l'utilisation du terrain et au coût de la vie, qui pourraient avoir une incidence sur le bien-être des Ktunaxa. L'une des 34 questions soulevées dans l'analyse concernait le fait que la vallée Jumbo est une [TRADUCTION] « région d'importance culturelle et porteuse de valeurs sacrées » : motifs du juge en chambre, 2014 BCSC 568, 306 C.R.R. (2d) 211, par. 69. À cet égard, l'analyse mentionnait que les « conséquences culturelles ne sont toujours pas évaluées » (*ibid.*).

[26] Les Ktunaxa ont rencontré le Ministre et accepté de continuer de participer à des consultations additionnelles sur le fondement de l'analyse de l'écart. Dans le cadre du processus, les parties ont discuté de la question de l'importance culturelle et de la valeur sacrée des lieux en cause dans l'atelier [TRADUCTION] « Enjeux fonciers » tenu les 12 et 13 octobre 2006 à Cranbrook, en Colombie-Britannique. Après l'atelier, le consultant des Ktunaxa a fait circuler un document intitulé « Working Outline : Ktunaxa-British Columbia Accommodation », qui indiquait que la question de l'importance culturelle et sacrée de la vallée devait être examinée et proposait, pour répondre aux préoccupations des Ktunaxa quant à l'utilisation du terrain, un cadre conceptuel consistant en a) un transfert de terres en fief simple aux Ktunaxa, b) l'établissement d'une réserve foncière et c) la création d'une aire de conservation à proximité des pistes de ski. L'atelier sur les enjeux fonciers a été suivi d'autres ateliers en novembre et décembre 2006 et en janvier 2007. Il a alors été question des grizzlys, d'autres animaux sauvages et d'enjeux résiduels.

[27] En novembre 2006, les perspectives d'accord sur un accommodement semblaient bonnes. Le Ministre a reçu une copie d'une lettre dans laquelle les Ktunaxa informaient Glacier Resorts qu'ils estimaient avoir réalisé [TRADUCTION] « des progrès considérables dans l'établissement d'une marche à suivre pour la négociation d'une [EGRA] » : motifs du juge en chambre, par. 76. Il ne semblait rester que deux questions à régler pour parvenir à un accord définitif : « le financement » et « la question non réglée des sommes d'argent non versées » (*ibid.*). En avril 2007, Glacier Resorts a écrit au Ministre qu'elle estimait être parvenue à un « accord de principe »

2017 SCC 54 (CanLII)

scope and pace of the proposed development, identified land tenure requirements, and incorporated recommendations arising from consultation with Glacier Resorts, the public and First Nations and from the environmental review process.

[28] The Minister advised the Ktunaxa that Master Plan approval did not preclude additional mitigation measures based on ongoing consultation. In the months following the approval, the discussion turned to economic issues. The Minister made an accommodation proposal to the Ktunaxa in December 2007, which included $650,000 in economic benefits to be taken in cash or Crown land, plus nine non-financial accommodations. In February 2008, the Ktunaxa rejected the proposed accommodation on the basis that (1) the financial component was "grossly insufficient" and (2) it was inappropriate for the Minister to provide identical financial accommodation to the Shuswap, given the Ktunaxa's "far greater history in the Jumbo area": chambers judge's reasons, at para. 82. The rejection letter did not mention the sacred nature of the Jumbo Valley or Grizzly Bear Spirit.

[29] The Minister came back in September 2008 with a second offer of accommodation to the Ktunaxa, in the form of revenue sharing in an Economic and Community Development Agreement. The Ktunaxa rejected this proposal in December. While the negotiations suggested that an agreement could be reached regarding the construction of the ski resort project, the Ktunaxa rejected this proposal on the basis that the Jumbo Valley is a "place unique and sacred" to them: chambers judge's reasons, at para. 83. Again, there was no special mention of Grizzly Bear Spirit.

[30] Discussions continued. In February 2009, the Ktunaxa gave formal notice to the Minister that they wished to enter into a process to negotiate an

avec les Ktunaxa (*ibid.*). Le 12 juillet, le Ministre a approuvé un plan directeur, qui décrivait la nature, l'étendue et le rythme de réalisation de l'aménagement proposé, énonçait les exigences relatives au mode de tenure et formulait des recommandations découlant du processus d'évaluation environnementale et des consultations menées auprès de Glacier Resorts, du public et des Premières Nations.

[28] Le Ministre a avisé les Ktunaxa que l'approbation du plan directeur n'empêchait pas la prise de mesures d'atténuation additionnelles découlant de la poursuite de la consultation. Dans les mois qui ont suivi l'approbation, la discussion s'est orientée sur des enjeux économiques. Le Ministre a proposé en décembre 2007 aux Ktunaxa un accommodement qui comprenait des avantages économiques de 650 000 dollars en argent ou terres publiques ainsi que neuf mesures d'accommodement non pécuniaires. En février 2008, les Ktunaxa ont rejeté la proposition d'accommodement au motif (1) que le volet financier était [TRADUCTION] « nettement insuffisant » et (2) qu'il était inapproprié de la part du Ministre de fournir les mêmes mesures d'accommodement financières aux Shuswap et aux Ktunaxa étant donné que « les liens historiques [de ces derniers] avec la région Jumbo étaient nettement plus forts » : motifs du juge en chambre, par. 82. La lettre de rejet ne mentionnait ni la nature sacrée de la vallée Jumbo ni l'Esprit de l'Ours Grizzly.

[29] En septembre 2008, le Ministre a fait une seconde offre d'accommodement aux Ktunaxa, à savoir un partage de revenus dans le cadre d'une entente de développement économique et communautaire. Les Ktunaxa l'ont rejetée en décembre. Bien que les négociations donnaient à penser qu'un accord sur le projet de construction de la station de ski pourrait être conclu, les Ktunaxa ont rejeté la proposition au motif que la vallée Jumbo était un [TRADUCTION] « lieu unique et sacré » pour eux : motifs du juge en chambre, par. 83. Encore une fois, ils n'ont pas expressément mentionné l'Esprit de l'Ours Grizzly.

[30] Les discussions se sont donc poursuivies. En février 2009, les Ktunaxa ont formellement avisé le Ministre qu'ils souhaitaient amorcer la négociation

2017 SCC 54 (CanLII)

accommodation and benefits agreement. In April, the Minister accepted and offered additional capacity funding for the process. In May, the Ktunaxa provided the Minister with a list of outstanding issues and possible accommodation measures to be discussed, including land transfers, land reserves, a wildlife conservancy, development-free buffer zones beside the access road, access rights in the controlled recreation area, a stewardship framework for economic compensation, revenue sharing, ongoing supervision of environmental commitments, and other measures. The Ktunaxa did not place the sacred nature of the Jumbo Valley on the list of outstanding issues.

[31] On June 3, 2009, the Minister advised the Ktunaxa that, in his opinion, a reasonable consultation process had occurred and that most of the outstanding issues were "primarily interest-based rather than legally driven by asserted Aboriginal rights and title claims": chambers judge's reasons, at para. 86. Accordingly, he was of the view that approval for the resort could be given. The Minister expressed the intention to continue negotiating a benefits agreement with the Ktunaxa.

[32] At this point, the big issues appeared to have been resolved. In deference to the Ktunaxa claim, the MDA changed the scope of the proposed development and added new protections for Ktunaxa interests. The size of the controlled recreational area was reduced by approximately 60% and the total resort area was reduced to approximately 104 hectares. Protections for Ktunaxa access and activities were put in place, and environmental protections were established.

[33] To accommodate the Ktunaxa's spiritual concerns, changes had been proposed to provide special protection of grizzly bear habitat:

- The lower Jumbo Creek area was removed from the recreation area because it was perceived as having greater visitation potential from grizzly bears;

d'une entente sur des mesures d'accommodement et des avantages. En avril, le Ministre a accepté leur demande et leur a alloué de nouveaux fonds pour la négociation. Le mois suivant, les Ktunaxa ont remis au Ministre une liste de questions non réglées et de mesures d'accommodement possibles dont ils souhaitaient discuter : transferts de terres, réserves foncières, conservation de la faune, zones tampons non aménagées à côté de la route d'accès, droits d'accès à la zone de loisir contrôlée, cadre de gestion pour l'indemnisation pécuniaire, partage des revenus, supervision continue des engagements environnementaux, etc. Les Ktunaxa n'ont pas inscrit la nature sacrée de la vallée Jumbo dans leur liste des questions non réglées.

[31] Le 3 juin 2009, le Ministre a avisé les Ktunaxa qu'à son avis, il y avait eu un processus de consultation raisonnable et que la plupart des questions non réglées avaient [TRADUCTION] « essentiellement trait à des intérêts plutôt qu'à des revendications de droits et de titre ancestraux » : motifs du juge en chambre, par. 86. Par conséquent, il estimait possible de donner l'aval au projet, mais a exprimé l'intention de continuer à négocier avec les Ktunaxa une entente sur les avantages.

[32] À ce stade, les grandes questions semblaient avoir été réglées. Pour respecter la demande des Ktunaxa, l'ACA a modifié l'étendue de l'aménagement proposé et ajouté de nouvelles protections à l'égard des intérêts des Ktunaxa. La taille de la zone de loisir contrôlée a été réduite d'environ 60 p. 100 et l'aire totale de la station de ski, à environ 104 hectares. Par ailleurs, des mesures ont été prévues pour protéger l'accès et les activités des Ktunaxa ainsi que l'environnement.

[33] Pour répondre aux préoccupations de nature spirituelle des Ktunaxa, on a proposé des changements pour que l'habitat du grizzly bénéficie d'une protection spéciale :

- Le secteur inférieur de Jumbo Creek a été retiré de la zone de loisir parce qu'il était perçu comme davantage susceptible d'être fréquenté par les grizzlys.

2017 SCC 54 (CanLII)

- Ski lifts were removed on the west side of the valley, where impact to grizzly bear habitat was expected to be greatest; and

- The province committed to pursuing a Wildlife Management Area to address potential impacts in relation to grizzly bears and Aboriginal claims relating to the spiritual value of the valley.

[34] On June 8, 2009, five days after the Minister had concluded that all major issues had been resolved, the Ktunaxa responded with a table of outstanding concerns. They did not list the sacred nature of the area or a threat to the grizzly bear population among their concerns.

[35] At meetings on June 9 and 10, however, the Ktunaxa took a very different and uncompromising position regarding the spiritual value of Qat'muk. They asserted that the consultation process was deficient, not because interest-based issues like money and land reserves had not been concluded, but because the process had not properly considered information that the Jumbo Valley was a sacred site. They advised the Minister that only certain members of the community, knowledge keepers, possessed information about these values. Elder Chris Luke Sr. was better placed to speak to the issue. The Minister agreed to meet Mr. Luke on June 22, 2009 but the meeting did not proceed on that date. The Minister agreed to extend the consultation process with the Ktunaxa until at least December 2009 to specifically address the issue of the sacred nature of the Jumbo Valley.

[36] After ongoing efforts to arrange a meeting about sacred values, the Minister was finally able to meet with the Ktunaxa and Mr. Luke on September 19, 2009 in Cranbrook Mr. Luke, through translators, advised the Minister that Qat'muk was "a life and death matter", that "Jumbo is one of the major spiritual places", and that to say the sacredness of the area for the Ktunaxa was important would be

- On a retiré les remonte-pentes du côté ouest de la vallée, car on pensait que les répercussions sur l'habitat du grizzly y seraient plus importantes.

- La province s'est engagée à mettre sur pied une aire de gestion de la faune pour contrer les répercussions possibles du projet sur les grizzlys et les revendications autochtones touchant la valeur spirituelle de la vallée.

[34] Le 8 juin 2009, soit cinq jours après que le Ministre eut conclu que toutes les questions importantes avaient été réglées, les Ktunaxa lui ont présenté un tableau des questions non résolues, dans lequel ils n'ont pas mentionné la nature sacrée de la région ni les menaces pour la population de grizzlys.

[35] Aux rencontres tenues les 9 et 10 juin, les Ktunaxa ont toutefois adopté une position très différente et inflexible concernant la valeur spirituelle du Qat'muk. Ils ont affirmé que le processus de consultation était déficient, non pas en raison de questions ayant trait à des intérêts, comme l'indemnisation pécuniaire et les réserves foncières, mais parce qu'on n'avait pas adéquatement tenu compte dans le processus de renseignements selon lesquels la vallée Jumbo est un lieu sacré. Ils ont expliqué au Ministre que seuls certains membres de la collectivité, les gardiens du savoir, détenaient de l'information sur ces valeurs. L'aîné Chris Luke père était le mieux placé pour parler de cet enjeu. Le Ministre a accepté de le rencontrer le 22 juin 2009, mais la réunion n'a pas eu lieu ce jour-là. Le Ministre a accepté de prolonger la consultation auprès des Ktunaxa jusqu'au moins décembre 2009 pour traiter tout particulièrement de l'enjeu de la nature sacrée de la vallée Jumbo.

[36] Après avoir déployé des efforts constants en vue d'organiser une rencontre pour discuter des valeurs sacrées, le Ministre a finalement réussi à rencontrer les Ktunaxa et M. Luke le 19 septembre 2009 à Cranbrook. S'exprimant par l'entremise d'interprètes, M. Luke a informé le Ministre que la question du Qat'muk en était une [TRADUCTION] « de vie et de mort », que « Jumbo [était] l'un des

2017 SCC 54 (CanLII)

2017 SCC 54 (CanLII)

an understatement: chambers judge's reasons, at para. 94. He stated that any movement of earth and the construction of permanent structures would desecrate the area and destroy the valley's spiritual value. The Ktunaxa at the meeting told the Minister that there was no middle ground regarding the proposed resort. Simply put, no accommodation was possible. The Ktunaxa confirmed this position in a second meeting in Creston, B.C., on December 7, 2009. It emerged that the revelation that led to the position that permanent structures would desecrate and irrevocably devalue the sacred site came to Mr. Luke in 2004, but that health problems and secrecy concerns had prevented him from disclosing the revelation to others until 2009.

principaux lieux spirituels » de leur nation, et que dire que la nature sacrée du lieu est importante pour les Ktunaxa serait un euphémisme : motifs du juge en chambre, par. 94. Il a déclaré que tout déplacement de la terre ou toute construction d'installations permanentes enlèverait à la région son caractère sacré et détruirait la valeur spirituelle de la vallée. À la réunion, les Ktunaxa ont dit au Ministre qu'il n'y avait aucune solution intermédiaire au regard du projet. En termes simples, aucun accommodement n'était possible. Les Ktunaxa ont confirmé cette position lors d'une seconde rencontre le 7 décembre 2009 à Creston, en Colombie-Britannique. Il en est ressorti que M. Luke avait eu en 2004 la révélation qui a mené à la position que des installations permanentes enlèveraient au site son caractère sacré et le dévalueraient de façon irrévocable, mais que des problèmes de santé et des préoccupations liées au caractère secret de cette révélation l'avaient empêché d'en faire part à autrui avant 2009.

[37] The Minister persisted. After further study of the Ktunaxa's spiritual claims, on June 11, 2010 he sent the Ktunaxa a 71-page draft "Consultation/Accommodation Summary" that included seven pages devoted to describing the consultation and accommodation specifically related to the Ktunaxa's assertions regarding the sacred nature of the Jumbo Valley and invited the Ktunaxa's comments. He met with the Ktunaxa on July 8, 2010 and revisions were made to the document.

[37] Le Ministre a persisté. Après examen plus approfondi des revendications à caractère spirituel des Ktunaxa, il a envoyé à ces derniers, le 11 juin 2010, un document préliminaire de 71 pages, « Consultation/Accommodation Summary » (Résumé des consultations et des mesures d'accommodement). Sept pages étaient consacrées à la description des consultations et des mesures d'accommodement qui avaient directement trait aux affirmations des Ktunaxa quant à la nature sacrée de la vallée Jumbo. On invitait par ailleurs les Ktunaxa à présenter leurs observations. Il a rencontré les Ktunaxa le 8 juillet 2010 et des modifications ont été apportées au document.

[38] The Ktunaxa responded with a 40-page document that devoted the first page and a half to sacred values. A few months later, in November 2010, the Ktunaxa issued the "Qat'muk Declaration" (Schedule "E" of 2014 BCSC 568, at pp. 115-16 (CanLII)) — a unilateral declaration of rights based on "pre-existing sovereignty". The Qat'muk Declaration mapped an area in which the Ktunaxa would not permit development. No disturbance or alteration of the ground would be permitted within an area identified as the "refuge area". Construction of buildings with permanent foundations or permanent human habitation was forbidden within the refuge area and

[38] La réponse des Ktunaxa est contenue dans un document de 40 pages dont la première page et demie portait sur les valeurs sacrées. Quelques mois plus tard, en novembre 2010, les Ktunaxa ont publié une déclaration de droits unilatérale sur le Qat'muk, la « Qat'muk Declaration » (déclaration sur le Qat'muk) (annexe « E » de la décision 2014 BCSC 568, p. 115-116 (CanLII)), fondée sur leur [TRADUCTION] « souveraineté préexistante ». Ce document dressait la carte d'une région où les Ktunaxa empêcheraient tout aménagement. Aucune perturbation ou altération ne serait permise dans la région identifiée sous le nom d'« aire de refuge ». Il était

the access road and buffer area. This amounted to saying that the resort could not proceed, as the proposed resort was partially within the refuge area and its access road ran through the buffer area.

[39] Consistent with the Qat'muk Declaration, the Ktunaxa now took the position that negotiations were over. The only point of further discussion was to make decision makers understand why the proposed resort could not proceed. The Minister continued to explore potential mitigation and accommodation measures through additional consultations, without success. Negotiations were at an end.

[40] On March 20, 2012, the Minister signed the MDA with Glacier Resorts. The MDA contained a number of measures responding to concerns raised by the Ktunaxa during the consultations: chambers judge's reasons, at paras. 236-39.

[41] In summary, the Ktunaxa played an active part in all phases of the lengthy regulatory process leading to the approval of the resort project. As a result of the consultation that occurred during the regulation process, the resort plan was significantly reduced in scope; safeguards for the grizzly bear population and the spiritual interests of the Ktunaxa were put in place; and economic and interest-based issues, including compensation, were discussed. Areas of significant frequentation by grizzly bears were removed from the project. Progress was made and agreement seemed imminent.

[42] This trajectory toward accommodation ended in 2010, with the issuance of the Qat'muk Declaration. The Ktunaxa said at the September 2009 meeting that their spiritual concerns could not be accommodated. The 2010 Qat'muk Declaration unequivocally changed the process from a search for

interdit de construire des immeubles avec des fondations permanentes ou des habitations permanentes pour les humains dans l'aire de refuge ainsi qu'à l'intérieur de la zone tampon et sur la route d'accès, ce qui revenait à dire que le projet de station de ski ne pouvait pas aller de l'avant puisqu'il était partiellement situé dans l'aire de refuge et que sa route d'accès traversait la zone tampon.

[39] Dans la même veine que la déclaration sur le Qat'muk, les Ktunaxa ont désormais soutenu que les négociations étaient terminées. Les discussions pouvaient uniquement se poursuivre pour faire comprendre aux décideurs la raison pour laquelle le projet de station de ski ne pouvait pas aller de l'avant. Le Ministre a continué à tenter de trouver des mesures d'atténuation et d'accommodement en procédant à des consultations additionnelles, mais sans succès. Les négociations étaient terminées.

[40] Le 20 mars 2012, le Ministre a signé l'ACA avec Glacier Resorts. Le document prévoyait un certain nombre de mesures pour répondre aux préoccupations soulevées par les Ktunaxa lors des consultations : motifs du juge en chambre, par. 236-239.

[41] En résumé, les Ktunaxa ont joué un rôle actif à toutes les phases du long processus réglementaire qui a mené à l'approbation du projet de station de ski. Par suite de la consultation qui a eu lieu au cours du processus réglementaire, l'étendue du projet a été grandement réduite, des mesures ont été prises pour protéger les grizzlys et les intérêts spirituels des Ktunaxa, et des discussions ont été engagées sur des enjeux économiques et autres intérêts, notamment en matière d'indemnisation. Les zones fréquentées abondamment par les grizzlys ont été retirées du projet. Enfin, des progrès ont été réalisés et la conclusion d'un accord semblait imminente.

[42] En 2010, la déclaration sur le Qat'muk a mis fin à cette perspective d'entente sur d'éventuels accommodements. Les Ktunaxa ont dit à la réunion de septembre 2009 qu'il n'était pas possible de répondre à leurs préoccupations d'ordre spirituel. La déclaration sur le Qat'muk de 2010 a changé sans

2017 SCC 54 (CanLII)

accommodation to rejection of the entire project; from a search for protection of spiritual values inhering in the valley and the grizzly bear population, to the position that any permanent structures on the proposed resort site would drive out Grizzly Bear Spirit and destroy the foundation of Ktunaxa spiritual practice.

[43] The stance taken by the Ktunaxa in September 2009 and again in late 2010 with the issuance of the Qat'muk Declaration amounted, in effect, to a different and uncompromising claim regarding suitable accommodation. The claim now was not a claim to generalized spiritual values that could be accommodated by measures like land reserves, economic payments and environmental protections. Instead, it was an absolute claim to a sacred site, which must be preserved and protected from permanent human habitation. To identify this claim — which first arose in September 2009 and was affirmed in December 2009 and again by the Qat'muk Declaration — we refer to it below as the "Late-2009 Claim". There was no way the proposed resort could be reconciled with this claim. The Minister made efforts to continue consultation, but, not surprisingly, they failed. In 2011, the Minister concluded that sufficient consultation had occurred and approved the resort development.

III. Decisional History

A. *The Minister's Rationale*

[44] On March 20, 2012, the Minister approved the resort MDA and issued the Rationale for his decision: Schedule "F" of 2014 BCSC 568, at pp. 117-24 (CanLII) ("Rationale"). The Rationale in turn referenced the detailed Consultation/Accommodation Summary, which was finalized in March 2011: see R.R. (Minister), at pp. 66-154.

équivoque le processus : d'une recherche d'accommodements acceptables, on est passé à un rejet de l'ensemble du projet, et d'une recherche de protection des valeurs spirituelles inhérentes à la vallée et de la population de grizzlys, on en est venu à la position que toute installation permanente sur l'emplacement proposé de la station de ski chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly et détruirait le fondement de la pratique spirituelle des Ktunaxa.

[43] La position adoptée par les Ktunaxa en septembre 2009 et de nouveau à la fin de 2010 avec la publication de la déclaration sur le Qat'muk équivalait en fait à une revendication différente et inflexible au sujet d'un accommodement convenable. La revendication ne portait alors plus sur les valeurs spirituelles répandues auxquelles il serait possible de satisfaire par la prise de mesures comme la création de réserves foncières, le versement de sommes d'argent et la protection de l'environnement. Il s'agissait désormais plutôt d'une revendication absolue à l'égard d'un lieu sacré qui devait être préservé et protégé de l'habitation humaine permanente. Nous l'appelons ci-dessous « revendication de la fin de 2009 », laquelle a été formulée la première fois en septembre 2009 puis de nouveau en décembre 2009 ainsi que dans la déclaration sur le Qat'muk. Il n'y avait aucun moyen de concilier cette revendication avec le projet de station de ski. Le Ministre a essayé de poursuivre les consultations mais, sans surprise, celles-ci ont échoué. En 2011, le Ministre a conclu qu'il y avait eu des consultations suffisantes et a approuvé l'aménagement de la station de ski.

III. Historique des décisions

A. *Les motifs du Ministre*

[44] Le 20 mars 2012, le Ministre a approuvé l'ACA et rendu les motifs de sa décision (annexe « F » de la décision 2014 BCSC 568, p. 117-124 (CanLII) (« Motifs »)), lesquels renvoyaient au détaillé Résumé des consultations et des mesures d'accommodement, qui a été achevé en mars 2011 (voir le d.i. (Ministre), p. 66-154).

2017 SCC 54 (CanLII)

[45] The Minister stated that while the Aboriginal claims to the area remained to be proven, he was required to give them due respect and recognition, and consult with the groups with a view to accommodating their interests. The Shuswap had concluded that sufficient consultation had occurred, but the Ktunaxa had not.

[46] The Minister stated that he recognized the genuinely sacred values at stake for the Ktunaxa leadership and knowledge keepers. He stated that it was not clear whether the Ktunaxa spiritual claims would be found to be a constitutionally protected right or whether the claimed right could be reconciled with other claimed Aboriginal rights and Ktunaxa access to the valley for a variety of traditional and modern uses, including hunting, gathering and fishing. He viewed the claim as weak, due to lack of indication that the claimed right was part of an Aboriginal tradition, practice or activity integral to the Ktunaxa culture, and the fact that details of the spiritual interest were not shared with or known to the general Ktunaxa population. (The latter point must refer to the Late-2009 Claim, since the more general spiritual claims that had been advanced from the start of the process were broadly known and shared.)

[47] The Minister reviewed the extensive record of consultation with the Ktunaxa over the past two decades, and noted the many accommodations and adjustments that had been made in an effort to accommodate their interests. These included a 60% reduction in the resort development area, on-site environmental monitors, continued use of the area for traditional practices, and measures designed to reduce the impact of the development on grizzly bears. The lower Jumbo Creek area and a ski lift on the west side of the valley had been removed from the development because of perceived greater visitation by grizzly bears in these areas. A wildlife management area had been established to address potential impacts in relation to grizzly bears and the

[45] Le Ministre a déclaré que le bien-fondé des revendications des Autochtones à l'égard de la région devait encore être prouvé, mais qu'il devait malgré tout faire preuve de respect à l'égard de ces revendications et reconnaître leur existence et qu'il devait consulter les groupes dans le but de tenir compte de leurs intérêts. Les Shuswap avaient conclu au caractère suffisant de la consultation, mais non les Ktunaxa.

[46] Le Ministre a déclaré qu'il reconnaissait les valeurs véritablement sacrées en jeu pour les dirigeants des Ktunaxa et les gardiens du savoir. Il a ajouté qu'on ne savait pas si les revendications de nature spirituelle des Ktunaxa seraient considérées comme un droit protégé par la Constitution ou si le droit revendiqué pourrait être concilié avec d'autres droits revendiqués par les Autochtones et l'accès des Ktunaxa à la vallée pour diverses activités traditionnelles et modernes, notamment la chasse, la cueillette et la pêche. À son avis, la revendication était faible car, d'une part, peu d'indices laissaient croire que le droit revendiqué faisait partie d'une tradition, pratique ou activité ancestrale essentielle à la culture des Ktunaxa et, d'autre part, en raison du fait que les détails de l'intérêt en question n'étaient ni communiqués à la population générale des Ktunaxa ni connus de cette dernière. (Le dernier point renvoie à la revendication de la fin de 2009, étant donné que les revendications plus générales de nature spirituelle invoquées depuis le début du processus étaient notoires.)

[47] Le Ministre, qui a examiné le volumineux dossier des consultations menées auprès des Ktunaxa au cours des deux dernières décennies, a indiqué qu'un grand nombre de mesures d'accommodement et d'ajustements avaient été consentis pour tenter de répondre aux intérêts de cette nation. On avait par exemple réduit de 60 p. 100 la zone d'aménagement réservée à la station de ski, dépêché sur place des inspecteurs de l'environnement, assuré l'utilisation continue de la zone pour des pratiques traditionnelles et pris des mesures pour atténuer les répercussions de l'aménagement sur les grizzlys. On avait retiré du projet le secteur inférieur de Jumbo Creek et un remonte-pente du côté ouest de la vallée parce qu'on avait l'impression que le grizzly fréquentait

2017 SCC 54 (CanLII)

spiritual value of the valley. And the province committed to continue to proactively manage the grizzly bear population through existing legislation and policies. The Minister stated in his Rationale:

> For these reasons I have concluded that, on balance, the commitments and strategies in place are reasonable and minimize the potential impact to the environment and specifically, to Grizzly bear habitat. [p. 124]

[48] The Minister concluded that overall, consultation had been at the "deep end of the consultation spectrum" (p. 123). This, combined with the accommodation measures put in place, was adequate "in respect of those rights for which the strength of claim is strong, and for which potential impacts of the project could be significant" (*ibid.*). The extensive accommodation measures relating to the continued ability of the Ktunaxa to continue to exercise their Aboriginal rights, balanced against the societal benefits of the project ($900 million in capital investment and 750 to 800 permanent, direct jobs), were reasonable.

[49] Noting once again the extensive consultation and assessment processes that had taken place, the Minister stated that he had decided to approve the MDA for the Jumbo Glacier Resort.

B. *The Chambers Judge's Reasons*

[50] The Ktunaxa sought judicial review of the Minister's decision. They filed a petition, claiming the decision violated their freedom of religion guaranteed by s. 2(*a*) of the *Charter*, and breached the Crown's duty to consult and accommodate their Aboriginal rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

davantage ces secteurs. Une aire de gestion de la faune avait été établie pour atténuer les éventuelles répercussions du projet sur les grizzlys et la valeur spirituelle de la vallée. Par ailleurs, la province s'était engagée à poursuivre la gestion proactive de la population de grizzlys grâce à la législation et aux politiques existantes. Le Ministre a déclaré ce qui suit dans ses Motifs :

> [TRADUCTION] Tout bien considéré, j'ai conclu pour ces raisons que les engagements et stratégies en place sont raisonnables et minimisent les éventuelles répercussions sur l'environnement et, en particulier, sur l'habitat du grizzly. [p. 124]

[48] Le Ministre a conclu que, dans l'ensemble, la consultation s'était rendue [TRADUCTION] « à l'extrémité supérieure du continuum de consultation » (p. 123). Si l'on tient compte en outre des mesures d'accommodement prises, la consultation était adéquate « à l'égard des droits pour lesquels il existait une revendication solide, et pour lesquels les conséquences du projet pourraient être importantes » (*ibid.*). Il a jugé raisonnables les mesures importantes d'accommodement prises pour permettre aux Ktunaxa de continuer à exercer leurs droits ancestraux, par rapport aux avantages du projet pour la collectivité (investissements de 900 millions de dollars et entre 750 et 800 emplois directs et permanents).

[49] Rappelant les vastes consultations et processus d'évaluation qui avaient eu lieu, le Ministre a affirmé avoir décidé d'approuver l'ACA pour la station de ski Jumbo Glacier.

B. *Les motifs du juge en chambre*

[50] Les Ktunaxa ont sollicité le contrôle judiciaire de la décision du Ministre. Ils ont déposé une requête dans laquelle ils faisaient valoir que la décision portait atteinte à leur liberté de religion garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte* et ne respectait pas l'obligation de la Couronne de les consulter et de tenir compte des droits ancestraux qui leur sont reconnus à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

2017 SCC 54 (CanLII)

[51] The chambers judge, Savage J. (as he then was), dismissed the petition. On the *Charter* claim, he held that s. 2(*a*) protects against state coercion or constraint on individual conduct, but does not encompass "subjective loss of meaning" to a religion, without associated coercion or constraint on conduct (para. 299). He therefore rejected the claim that the state had a duty under s. 2(*a*) to stop the development because the Ktunaxa believe it would undermine their religious beliefs and practices.

[52] The chambers judge went on to say that if he were wrong in this conclusion about the scope of s. 2(*a*), the Minister's actions and accommodations represented a reasonable balancing of the s. 2(*a*) value and the statutory objectives, and thus did not unreasonably trench on freedom of religion.

[53] On the issue of consultation, the chambers judge found that the consultation process undertaken by the Minister was reasonable and appropriate, and that the Minister's proposed accommodations fell within a range of reasonable responses which upheld the honour of the Crown and satisfied the Crown's duty to consult and accommodate under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

C. *The Court of Appeal*

[54] The Court of Appeal dismissed the appeal: 2015 BCCA 352, 387 D.L.R. (4th) 10.

[55] The Court of Appeal held that the Minister's decision did not violate the Ktunaxa's right to freedom of religion under s. 2(*a*) of the *Charter*. The chambers judge's view that s. 2(*a*) protected only against state coercion or constraint on individual conduct was too narrow; s. 2(*a*) freedom implies the vitality of a religious community as a whole. The proper test was whether "the subjective loss of meaning more than trivially or substantially interfere[d] with the *communal dimension* of the s. 2(a) right

[51] Le juge en chambre, le juge Savage (maintenant juge à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique), a rejeté la requête. Pour ce qui est de la revendication fondée sur la *Charte*, il a jugé que l'al. 2*a*) protège l'individu contre la coercition ou contrainte exercée par l'État, mais ne vise pas une [TRADUCTION] « perte subjective de sens » d'une religion, en l'absence de la coercition ou contrainte associée à la conduite (par. 299). Il a par conséquent rejeté l'argument des Ktunaxa selon lequel l'État était tenu par l'al. 2*a*) de mettre un terme au projet parce qu'ils croyaient qu'il nuirait à leurs croyances et pratiques religieuses.

[52] Le juge en chambre a ajouté que si sa conclusion au sujet de la portée de l'al. 2*a*) était erronée, il y avait un équilibre raisonnable entre, d'une part, les actes du Ministre et les mesures d'accommodement qu'il a prises et, d'autre part, les valeurs sous-jacentes à l'al. 2*a*) et les objectifs de cette disposition, et qu'il n'était par conséquent pas porté atteinte de façon déraisonnable à la liberté de religion.

[53] Sur la question de la consultation, le juge en chambre a conclu que le processus de consultation suivi par le Ministre était raisonnable et approprié et que les mesures d'accommodement proposées par ce dernier faisaient partie des réponses raisonnables de nature à préserver l'honneur de la Couronne et respectaient l'obligation de la Couronne en matière de consultation et d'accommodement découlant de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

C. *La Cour d'appel*

[54] La Cour d'appel a rejeté l'appel : 2015 BCCA 352, 387 D.L.R. (4th) 10.

[55] Selon la Cour d'appel, la décision du Ministre ne portait pas atteinte au droit à la liberté de religion garanti aux Ktunaxa par l'al. 2*a*) de la *Charte*. Elle a par ailleurs trouvé trop restrictive l'opinion du juge en chambre selon laquelle l'al. 2*a*) n'accordait une protection qu'à l'égard de la coercition ou contrainte exercée par l'État à l'égard d'une conduite individuelle, estimant que la liberté protégée à l'al. 2*a*) implique la vitalité d'une communauté religieuse dans son ensemble. Le bon test

2017 SCC 54 (CanLII)

by diminishing the vitality of the Ktunaxa religious community through a disruption of the 'deep linkages' between the asserted religious belief and its manifestation through communal Ktunaxa institutions": para. 67 (emphasis in original). However, protection of the communal dimension of freedom of religion does not extend to "restraining and restricting the behaviour of others who do not share that belief in the name of preserving subjective religious meaning" (para. 73). The court found that the Ktunaxa cannot, in the name of their own religious freedom, require others who do not share that belief to modify their behaviour. As stated in *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, at para. 62, "[c]onduct which would potentially cause harm to or interference with the rights of others [may not] be protected."

[56] On s. 35, the Court of Appeal agreed with the chambers judge's conclusion that "the process of consultation and the accommodation offered meets the reasonableness standard" (para. 93). It concluded that the chambers judge did not err in law by finding reasonable the Minister's characterization of the potential Aboriginal right as a right to "preclude permanent development" rather than a right to "exercise spiritual practices which rely on a sacred site and require its protection" (para. 81). Nor did the chambers judge understate the scale of the alleged infringement to the Ktunaxa and apply too light a standard of consultation; in fact, deep consultation consistent with an important impact took place. Finally, the chambers judge did not err in finding that the Ktunaxa first asserted the permanent nature of the proposed project would infringe their s. 35 Aboriginal rights in 2009. In fact, the chambers judge found that what was first asserted in 2009 was the position that "no accommodation" was possible — a finding supported by the record.

consistait à déterminer si [TRADUCTION] « la perte de sens subjective [entravait] d'une manière plus que négligeable ou insignifiante la *dimension collective* du droit reconnu à l'al. 2a) en diminuant la vitalité de la communauté religieuse des Ktunaxa par la perturbation des "liens profonds" entre la croyance religieuse invoquée et sa manifestation au sein des institutions collectives des Ktunaxa » : par. 67 (en italique dans l'original). Toutefois, la protection de la dimension collective de la liberté de religion ne va pas jusqu'à « restreindre et limiter, au nom de la préservation d'un sens religieux subjectif, la conduite d'autres personnes qui ne partagent pas cette croyance » (par. 73). La Cour d'appel a conclu que les Ktunaxa ne peuvent pas, au nom de leur propre liberté de religion, exiger d'autres personnes ne partageant pas cette croyance qu'elles modifient leur comportement. Comme l'indique l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 62, « [u]ne conduite susceptible de causer préjudice aux droits d'autrui ou d'entraver l'exercice de ces droits [ne peut être] protégée. »

[56] Sur l'art. 35, la Cour d'appel a souscrit à la conclusion du juge en chambre selon laquelle [TRADUCTION] « le processus de consultation et l'accommodement offert satisfont à la norme du caractère raisonnable » (par. 93). D'après la Cour d'appel, le juge en chambre n'a pas commis d'erreur de droit en estimant raisonnable le fait que le Ministre a décrit l'éventuel droit ancestral comme un droit « d'empêcher tout aménagement permanent » plutôt qu'un droit de « se livrer à des pratiques spirituelles qui reposent sur un lieu sacré dont la protection est requise » (par. 81). Le juge en chambre n'a pas non plus minimisé l'étendue du préjudice dont seraient victimes les Ktunaxa ni appliqué une norme de consultation trop basse; il y a eu en effet des consultations approfondies en accord avec l'étendue du préjudice. Enfin, le juge en chambre n'a pas commis d'erreur en concluant que les Ktunaxa avaient fait valoir la première fois en 2009 que la nature permanente du projet porterait atteinte à leurs droits ancestraux reconnus à l'art. 35. En fait, il a conclu que ce qui a été exprimé la première fois en 2009, c'est la position qu'« aucun accommodement » n'était possible — conclusion étayée par le dossier.

2017 SCC 54 (CanLII)

IV. Issues

[57] A. Did the Minister's decision violate the Ktunaxa's freedom of conscience and religion?

B. Was the Minister's decision that the Crown had met its duty to consult and accommodate under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* reasonable?

V. Analysis

A. *Did the Minister's Decision Violate the Ktunaxa's Freedom of Conscience and Religion?*

(1) The Claim

[58] The Ktunaxa contend that the Minister's decision to allow the Glacier Resorts project to proceed violates their right to freedom of conscience and religion protected by s. 2(*a*) of the *Charter*. This claim is asserted independently from the Ktunaxa's s. 35 claim. Even if the Minister undertook adequate consultation under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, his decision could be impeached on the ground that it violated the Ktunaxa's *Charter* guarantee of freedom of religion. We note that with respect to the s. 2(*a*) claim, the Ktunaxa stand in the same position as non-Aboriginal litigants.

[59] The Ktunaxa assert that the project, and in particular permanent overnight accommodation, will drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk. As Grizzly Bear Spirit is central to Ktunaxa religious beliefs and practices, its departure, they say, would remove the basis of their beliefs and render their practices futile. The Ktunaxa argue that the vitality of their religious community depends on maintaining the presence of Grizzly Bear Spirit in Qat'muk.

[60] The Ktunaxa fault the Minister for not having considered their right to freedom of religion in

IV. Questions en litige

[57] A. La décision du Ministre a-t-elle violé la liberté de conscience et de religion des Ktunaxa?

B. Était-il raisonnable de la part du Ministre de décider que la Couronne s'était acquittée de l'obligation de consultation et d'accommodement que lui impose l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

V. Analyse

A. *La décision du Ministre a-t-elle violé la liberté de conscience et de religion des Ktunaxa?*

(1) La prétention

[58] Les Ktunaxa soutiennent que la décision du Ministre d'autoriser la poursuite du projet de Glacier Resorts viole leur droit à la liberté de conscience et de religion protégé par l'al. 2*a*) de la *Charte*. Cette prétention est présentée indépendamment de la revendication des Ktunaxa fondée sur l'art. 35. Même si le Ministre a procédé à une consultation adéquate au titre de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, sa décision pourrait être attaquée au motif qu'elle a porté atteinte à la liberté de religion des Ktunaxa garantie par la *Charte*. Nous tenons à souligner qu'en ce qui concerne la revendication fondée sur l'al. 2*a*), la situation des Ktunaxa est la même que celle des plaideurs non autochtones.

[59] Les Ktunaxa affirment que le projet, et en particulier les installations permanentes d'hébergement pour la nuit, chassera l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk. Comme cet esprit est au cœur de leurs croyances et pratiques religieuses, ils disent que son départ aurait pour effet d'éliminer le fondement de leurs croyances et de rendre inutiles leurs pratiques. Les Ktunaxa plaident que la vitalité de leur communauté religieuse dépend du maintien de la présence de l'Esprit de l'Ours Grizzly dans le Qat'muk.

[60] Les Ktunaxa reprochent au Ministre de ne pas avoir tenu compte dans sa décision de leur droit

2017 SCC 54 (CanLII)

the course of his decision. The Ktunaxa raised the potential breach of s. 2(*a*) before the Minister. Nevertheless, the Minister's Rationale for approving the Jumbo Glacier Resort did not analyze the s. 2(*a*) claim. The Minister should have discussed the s. 2(*a*) claim. However, his failure to conduct an analysis of the Ktunaxa's right to freedom of religion is immaterial because the claim falls outside the scope of s. 2(*a*). This was the finding of both the chambers judge and the Court of Appeal and we agree, though for somewhat different reasons.

(2) The Scope of Freedom of Religion

[61] The first step where a claim is made that a law or governmental act violates freedom of religion is to determine whether the claim falls within the scope of s. 2(*a*). If not, there is no need to consider whether the decision represents a proportionate balance between freedom of religion and other considerations: *Amselem*, at para. 181.

[62] The seminal case on the scope of the *Charter* guarantee of freedom of religion is this Court's decision in *Big M Drug Mart*. The majority of the Court, per Justice Dickson (as he then was), defined s. 2(*a*) as protecting "the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination" (p. 336).

[63] So defined, s. 2(*a*) has two aspects — the freedom to hold religious beliefs and the freedom to manifest those beliefs. This definition has been adopted in subsequent cases: *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613, at para. 58; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 68; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at para. 159; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at para. 32; *Amselem*, at para. 40.

à la liberté de religion. Ils ont soutenu devant lui qu'il pourrait y avoir contravention à l'al. 2*a*). Malgré cela, les motifs pour lesquels le Ministre a approuvé le projet Jumbo Glacier ne contenaient pas d'analyse de la revendication fondée sur l'al. 2*a*). Le Ministre aurait dû analyser cette revendication. L'omission du Ministre d'examiner le droit à la liberté de religion des Ktunaxa est toutefois sans importance parce que la revendication ne relève pas de l'al. 2*a*). C'est la conclusion à laquelle sont arrivés le juge en chambre et la Cour d'appel et nous partageons leur avis, quoique pour des raisons quelque peu différentes.

(2) La portée de la liberté de religion

[61] Lorsqu'un intéressé fait valoir qu'une mesure législative ou une action de l'État viole sa liberté de religion, la première étape consiste à juger si l'allégation relève de l'al. 2*a*). Dans la négative, il n'est pas nécessaire de chercher à savoir si la décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée de la liberté de religion et d'autres facteurs : *Amselem*, par. 181.

[62] L'arrêt de principe sur l'étendue de la liberté de religion garantie par la *Charte* est *Big M Drug Mart*. Au nom des juges majoritaires de la Cour, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a décrit l'al. 2*a*) comme protégeant « le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles, et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation » (p. 336).

[63] Ainsi défini, l'al. 2*a*) comporte deux volets : la liberté d'avoir des croyances religieuses et celle de manifester ces croyances. Cette définition a été reprise dans des arrêts ultérieurs : *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613, par. 58; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 68; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 159; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 32; *Amselem*, par. 40.

2017 SCC 54 (CanLII)

[64] These two aspects of the right to freedom of religion — the freedom to hold a religious belief and the freedom to manifest it — are reflected in international human rights law. Article 18 of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948) ("UDHR"), first defined the right in international law in these terms: "Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance."

[65] Similarly, art. 18(1) of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47 ("ICCPR"), defined the right to freedom of religion as consisting of "freedom to have or to adopt a religion or belief of [one's] choice" and "freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching". The relevance of art. 18(1) of the ICCPR to s. 2(*a*) of the *Charter* was considered by a noted human rights jurist, Tarnopolsky J.A., in *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395 (C.A.). He observed that art. 18(1) defined freedom of religion "as including not only the right to have or adopt a religion or belief of one's choice, but also to be able to 'manifest' the religion or belief" (p. 421 (emphasis deleted)), and added that s. 2(*a*) of the *Charter* — then a new and judicially unconsidered feature of Canada's Constitution — should be "interpreted in conformity with our international obligations" (p. 420). On further appeal to this Court, Dickson C.J. approved Tarnopolsky J.A.'s approach to s. 2(*a*), noting that his definition of freedom of religion "to include the freedom to manifest and practice one's religious beliefs . . . anticipated conclusions which were reached by this Court in the *Big M Drug Mart Ltd.* case": *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 735. Later, in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 349, Dickson C.J. proposed, as Tarnopolsky J.A. had done, that the *Charter* be presumed to provide at least as great a level of protection as is found in Canada's international human rights obligations. The Court has since

[64] Ces deux volets du droit à la liberté de religion — la liberté d'avoir une croyance religieuse et la liberté de la manifester — trouvent leur expression dans le droit international en matière de droits de la personne. L'article 18 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948) (« DUDH »), a défini ainsi pour la première fois ce droit en droit international : « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites. »

[65] De même, le par. 18(1) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 nº 47 (« PIDCP »), a défini le droit à la liberté de religion comme « la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix » et « la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement ». La pertinence du par. 18(1) du PIDCP pour l'al. 2*a*) de la *Charte* a été examinée par un éminent juriste des droits de la personne, le juge Tarnopolsky, dans *R. c. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395 (C.A.). Il a fait observer que, selon le par. 18(1), la liberté de religion [TRADUCTION] « comprend non seulement le droit d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, mais aussi la faculté de "manifester" la religion ou conviction » (p. 421 (soulignement omis)), et ajouté que l'al. 2*a*) de la *Charte* — alors un nouvel aspect de la Constitution canadienne sur lequel les tribunaux ne s'étaient pas encore penchés — doit être « interprété conformément à nos obligations internationales » (p. 420). À la suite du pourvoi formé devant notre Cour, le juge en chef Dickson a souscrit à la manière dont le juge Tarnopolsky a abordé l'al. 2*a*) et signalé qu'en définissant la liberté de religion « comme incluant la liberté de manifester et de mettre en pratique ses croyances religieuses [. . .] le juge Tarnopolsky a devancé les conclusions tirées par notre Cour dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.* » : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 735. Puis, dans le *Renvoi relatif à la Public Service*

2017 SCC 54 (CanLII)

adopted this interpretive presumption: *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 70; *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157, at paras. 22-23 and 25; *India v. Badesha*, 2017 SCC 44, [2017] 2 S.C.R. 127, at para. 38.

[66] The two aspects of freedom of religion enunciated in the UDHR and ICCPR are also found in international human rights instruments to which Canada is not a party. Article 9(1) of the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221, recognizes everyone's right to "freedom of thought, conscience and religion" including "freedom . . . to manifest [one's] religion or belief, in worship, teaching, practice and observance". The *American Convention on Human Rights*, 1144 U.N.T.S. 123, provides, at art. 12(1), that "[e]veryone has the right to freedom of conscience and of religion" including "freedom to profess or disseminate one's religion or beliefs", while art. 12(3) indicates that the "[f]reedom to manifest one's religion and beliefs" may be subject only to lawful limitations. While these instruments are not binding on Canada and therefore do not attract the presumption of conformity, they are nevertheless important illustrations of how freedom of religion is conceived around the world.

[67] The scope of freedom of religion in these instruments is expressed in terms of the right's two aspects: the freedom to believe and the freedom to manifest belief. This Court's definition from *Big M Drug Mart*, consistently applied in later cases, is in keeping with this conception of the right's scope. The question, then, is whether the Ktunaxa's claim falls within that scope.

Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313, p. 349, le juge en chef Dickson a proposé, à l'instar du juge Tarnopolsky, de présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les obligations internationales du Canada relatives aux droits de la personne. La Cour a depuis fait sienne cette présomption d'interprétation : *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 70; *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157, par. 22-23 et 25; *Inde c. Badesha*, 2017 CSC 44, [2017] 2 R.C.S. 127, par. 38.

[66] Les deux volets de la liberté de religion énoncés dans la DUDH et le PIDCP figurent aussi dans les instruments internationaux sur les droits de l'homme auxquels le Canada n'est pas partie. Le paragraphe 9(1) de la *Convention européenne des droits de l'homme*, 213 R.T.N.U. 221, reconnaît à toute personne le droit à « la liberté de pensée, de conscience et de religion », notamment « la liberté [. . .] de manifester sa religion ou sa conviction [. . .] par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites ». La *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 1144 R.T.N.U. 123, dispose, en son par. 12(1), que « [t]oute personne a droit à la liberté de conscience et de religion », y compris « la liberté de professer et de répandre sa foi ou ses croyances », tandis que le par. 12(3) indique que « [l]a liberté de manifester sa religion ou ses croyances » ne peut être assortie que de restrictions prévues par la loi. Bien que ces instruments ne lient pas le Canada et ne font donc pas intervenir la présomption de conformité, ils constituent des illustrations importantes de la manière dont on conçoit la liberté de religion partout dans le monde.

[67] La portée de la liberté de religion est exprimée dans ces instruments sous l'angle des deux volets du droit : la liberté de croire et la liberté de manifester une croyance. La définition donnée par notre Cour dans *Big M Drug Mart* et systématiquement appliquée par la suite concorde avec cette conception de la portée du droit. Il s'agit alors de savoir si la revendication des Ktunaxa s'inscrit dans cette portée.

2017 SCC 54 (CanLII)

(3) Application to This Case

[68] To establish an infringement of the right to freedom of religion, the claimant must demonstrate (1) that he or she sincerely believes in a practice or belief that has a nexus with religion, and (2) that the impugned state conduct interferes, in a manner that is non-trivial or not insubstantial, with his or her ability to act in accordance with that practice or belief: see *Multani*, at para. 34.

[69] In this case, it is undisputed that the Ktunaxa sincerely believe in the existence and importance of Grizzly Bear Spirit. They also believe that permanent development in Qat'muk will drive this spirit from that place. The chambers judge indicated that Mr. Luke came to this belief in 2004 but whether this belief is ancient or recent plays no part in our s. 2(*a*) analysis. The *Charter* protects all sincere religious beliefs and practices, old or new.

[70] The second part of the test, however, is not met in this case. This stage of the analysis requires an objective analysis of the interference caused by the impugned state action: *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235, at para. 24. The Ktunaxa must show that the Minister's decision to approve the development interferes either with their freedom to believe in Grizzly Bear Spirit or their freedom to manifest that belief. But the Minister's decision does neither of those things. This case is not concerned with either the freedom to hold a religious belief or to manifest that belief. The claim is rather that s. 2(*a*) of the *Charter* protects the presence of Grizzly Bear Spirit in Qat'muk. This is a novel claim and invites this Court to extend s. 2(*a*) beyond the scope recognized in our law.

[71] We would decline this invitation. The state's duty under s. 2(*a*) is not to protect the object of beliefs, such as Grizzly Bear Spirit. Rather, the state's duty is to protect everyone's freedom to hold such beliefs and to manifest them in worship and practice or by teaching and dissemination. In short, the *Charter* protects the freedom to worship, but does

(3) Application en l'espèce

[68] Pour démontrer qu'il y a atteinte au droit à la liberté de religion, le demandeur doit établir (1) qu'il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec la religion, et (2) que la conduite qu'il reproche à l'État nuit d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à sa capacité de se conformer à cette pratique ou croyance : voir *Multani*, par. 34.

[69] Dans la présente affaire, nul ne conteste que les Ktunaxa croient sincèrement en l'existence et l'importance de l'Esprit de l'Ours Grizzly. Ils croient aussi qu'un aménagement permanent à l'intérieur du Qat'muk en chassera cet esprit. Selon le juge en chambre, M. Luke est parvenu à cette croyance en 2004, mais le caractère ancien ou récent de cette croyance ne joue aucun rôle dans notre analyse fondée sur l'al. 2*a*). La *Charte* protège toutes les croyances et pratiques religieuses sincères, qu'elles soient anciennes ou récentes.

[70] Il n'est toutefois pas satisfait au second volet du critère en l'espèce. À ce stade de l'analyse, il faut examiner objectivement l'atteinte causée par l'acte reproché à l'État : *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235, par. 24. Les Ktunaxa doivent démontrer que la décision du Ministre d'approuver l'aménagement porte atteinte soit à leur liberté de croire en l'Esprit de l'Ours Grizzly, soit à leur liberté de manifester cette croyance. Or, la décision ne porte atteinte à aucune de ces libertés. La présente affaire ne porte ni sur la liberté d'avoir une croyance religieuse ni sur celle de manifester cette croyance, mais plutôt sur l'allégation que l'al. 2*a*) de la *Charte* assure la présence de l'Esprit de l'Ours Grizzly dans le Qat'muk. Par cette allégation inédite, on invite la Cour à étendre l'al. 2*a*) au-delà de ce que reconnaît le droit canadien.

[71] Nous sommes d'avis de décliner cette invitation. L'obligation imposée à l'État par l'al. 2*a*) ne consiste pas à protéger l'objet des croyances, comme l'Esprit de l'Ours Grizzly. Il incombe plutôt à l'État de protéger la liberté de toute personne d'avoir pareilles croyances et de les manifester par le culte et la pratique ou par l'enseignement et la propagation.

2017 SCC 54 (CanLII)

not protect the spiritual focal point of worship. We have been directed to no authority that supports the proposition that s. 2(*a*) protects the latter, rather than individuals' liberty to hold a belief and to manifest that belief. Section 2(*a*) protects the freedom to pursue practices, like the wearing of a kirpan in *Multani* or refusing to be photographed in *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567. And s. 2(*a*) protects the right to freely hold the religious beliefs that motivate such practices. In this case, however, the appellants are not seeking protection for the freedom to believe in Grizzly Bear Spirit or to pursue practices related to it. Rather, they seek to protect Grizzly Bear Spirit itself and the subjective spiritual meaning they derive from it. That claim is beyond the scope of s. 2(*a*).

Bref, la *Charte* protège la liberté de culte, mais non le point de mire spirituel du culte. On ne nous a présenté aucune source qui étaye la proposition selon laquelle l'al. 2*a*) protège cette composante plutôt que la liberté des individus d'avoir une croyance et de la manifester. L'alinéa 2*a*) protège la liberté de se livrer à des pratiques, comme le port d'un kirpan (dans *Multani*) ou le refus d'être photographié (dans *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567). L'alinéa 2*a*) protège en outre le droit à la liberté d'avoir des croyances religieuses qui motivent de telles pratiques. Or, en l'espèce, les appelants ne réclament pas la protection de la liberté de croire en l'Esprit de l'Ours Grizzly ou de s'adonner à des pratiques connexes. Ils sollicitent plutôt la protection de l'Esprit de l'Ours Grizzly lui-même et du sens spirituel subjectif qu'ils en dégagent. Cette revendication déborde le cadre de l'al. 2*a*).

[72] The extension of s. 2(*a*) proposed by the Ktunaxa would put deeply held personal beliefs under judicial scrutiny. Adjudicating how exactly a spirit is to be protected would require the state and its courts to assess the content and merits of religious beliefs. In *Amselem*, this Court chose to protect *any* sincerely held belief rather than examining the specific merits of religious beliefs:

> In my view, the State is in no position to be, nor should it become, the arbiter of religious dogma. Accordingly, courts should avoid judicially interpreting and thus determining, either explicitly or implicitly, the content of a subjective understanding of religious requirement, "obligation", precept, "commandment", custom or ritual. Secular judicial determinations of theological or religious disputes, or of contentious matters of religious doctrine, unjustifiably entangle the court in the affairs of religion.

(para. 50, per Iacobucci J.)

[72] L'élargissement de l'al. 2*a*) proposé par les Ktunaxa exposerait les croyances intimes profondes au contrôle des tribunaux. Statuer sur la protection exacte dont doit bénéficier un esprit reviendrait à obliger l'État et ses tribunaux à juger de la teneur et du bien-fondé de croyances religieuses. Dans *Amselem*, notre Cour a choisi de protéger *toute* croyance sincère au lieu d'examiner le bien-fondé précis de croyances religieuses :

> À mon avis, l'État n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des dogmes religieux, et il ne devrait pas le devenir. Les tribunaux devraient donc éviter d'interpréter — et ce faisant de déterminer —, explicitement ou implicitement, le contenu d'une conception subjective de quelque exigence, « obligation », précepte, « commandement », coutume ou rituel d'ordre religieux. Statuer sur des différends théologiques ou religieux ou sur des questions litigieuses touchant la doctrine religieuse amènerait les tribunaux à s'empêtrer sans justification dans le domaine de la religion.

(par. 50, le juge Iacobucci)

The Court in *Amselem* concluded that such an inquiry into profoundly personal beliefs would be inconsistent with the principles underlying freedom of religion (para. 49).

Dans *Amselem*, la Cour a conclu que pareil examen des croyances intimes profondes est incompatible avec les principes de base de la liberté de religion (par. 49).

2017 SCC 54 (CanLII)

[73] The Ktunaxa argue that the *Big M Drug Mart* definition of the s. 2(*a*) guarantee has been subsequently enriched by an understanding that freedom of religion has a communal aspect, and that the state cannot act in a way that constrains or destroys the communal dimension of a religion. Grizzly Bear Spirit's continued occupation of Qat'muk is essential to the communal aspect of Ktunaxa religious beliefs and practices, they assert. State action that drives Grizzly Bear Spirit from Qat'muk will, the Ktunaxa say, "constrain" or "interfere" with — indeed destroy — the communal aspect of s. 2(*a*) protection.

[74] The difficulty with this argument is that the communal aspect of the claim is also confined to the scope of freedom of religion under s. 2(*a*). It is true that freedom of religion under s. 2(*a*) has a communal aspect: *Loyola*; *Hutterian Brethren*, at para. 89; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650. But the communal aspects of freedom of religion do not, and should not, extend s. 2(*a*)'s protection beyond the freedom to have beliefs and the freedom to manifest them.

[75] We conclude that s. 2(*a*) protects the freedom to have and manifest religious beliefs, and that the Ktunaxa's claim does not fall within these parameters. It is therefore unnecessary to consider whether the Minister's decision represents a reasonable balance between freedom of religion and other considerations.

B. *Was the Minister's Decision That the Crown Had Met Its Duty to Consult and Accommodate Under Section 35 of the Constitution Act, 1982 Reasonable?*

[76] The Ktunaxa say that the Minister's decision that consultation and accommodation had been sufficient to satisfy s. 35 was unreasonable, which in turn rendered his decision to approve the resort unreasonable and invalid.

[73] Les Ktunaxa soutiennent que la définition de la garantie de l'al. 2*a*) formulée dans *Big M Drug Mart* a été ultérieurement enrichie par la compréhension du fait que la liberté de religion comporte un volet collectif et que l'État ne peut agir d'une façon qui restreint ou détruit la dimension collective d'une religion. Selon eux, le maintien de la présence de l'Esprit de l'Ours Grizzly au Qat'muk est essentiel au volet collectif des croyances et pratiques religieuses des Ktunaxa. Aux dires des Ktunaxa, l'action de l'État qui a pour effet de chasser l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk [TRADUCTION] « restreindrait » ou « entraverait » — voire détruirait — le volet collectif de la protection offerte par l'al. 2*a*).

[74] Le problème que pose cet argument est que le volet collectif de la revendication doit lui aussi s'inscrire dans les limites de la liberté de religion reconnue à l'al. 2*a*). Il est vrai que cette liberté de religion comporte un volet collectif : *Loyola*; *Hutterian Brethren*, par. 89; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650. Toutefois, la dimension collective de la liberté de religion n'étend pas, et ne doit pas étendre, la protection accordée par l'al. 2*a*) au-delà de la liberté d'avoir des croyances et de la liberté de les manifester.

[75] Nous concluons que l'al. 2*a*) protège la liberté d'avoir des croyances religieuses et de les manifester et que la revendication des Ktunaxa ne relève pas de ces paramètres. Il n'est donc pas nécessaire de se demander si la décision du Ministre représente une mise en balance raisonnable de la liberté de religion et d'autres facteurs.

B. *Était-il raisonnable pour le Ministre de décider que la Couronne s'était acquittée de l'obligation de consultation et d'accommodement que lui impose l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982?*

[76] Les Ktunaxa affirment qu'il était déraisonnable de la part du Ministre de décider que les consultations menées et les mesures d'accommodement prises étaient suffisantes pour respecter l'art. 35, et que cela rendait par ricochet déraisonnable et invalide sa décision d'approuver la station de ski.

2017 SCC 54 (CanLII)

[77] The Minister's decision that an adequate consultation and accommodation process occurred is entitled to deference: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 62. The chambers judge was required to determine whether the Minister reasonably concluded that the Crown's obligation to consult and accommodate had been met. A reviewing judge does not decide the constitutional issues raised in isolation on a standard of correctness, but asks rather whether the decision of the Minister, on the whole, was reasonable.

(1) The Legal Requirements of the Section 35 Consultation and Accommodation Process

[78] The constitutional guarantee of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* is not confined to treaty rights or to proven or settled Aboriginal rights and title claims. Section 35 also protects the potential rights embedded in as-yet unproven Aboriginal claims and, pending the determination of such claims through negotiation or otherwise, may require the Crown to consult and accommodate Aboriginal interests: *Haida Nation*, at paras. 25 and 27. Where, as here, a permit is sought to use or develop lands subject to an unproven Aboriginal claim, the government is required to consult with the affected Aboriginal group and, where appropriate, accommodate the group's claim pending its final resolution. This obligation flows from the honour of the Crown and is constitutionalized by s. 35.

[79] The extent of the Crown's duty to consult and accommodate in the case of an unproven Aboriginal claim varies with the *prima facie* strength of the claim and the effect the proposed development or use will have on the claimed Aboriginal right: *Haida Nation*, at paras. 43-44. A strong *prima facie* claim and significant impact may require deep consultation. A weak claim or transient impact may

[77] Il convient de faire preuve de déférence à l'égard de la décision du Ministre selon laquelle les consultations menées et les mesures d'accommodement prises étaient adéquates : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 62. Le juge en chambre devait décider s'il était raisonnable de la part du Ministre de conclure que la Couronne s'était acquittée de son obligation de consulter et d'accommoder. Un juge qui siège en révision ne tranche pas les questions constitutionnelles soulevées de façon isolée selon la norme de la décision correcte, mais se demande plutôt si la décision du Ministre, prise dans son ensemble, était raisonnable.

(1) Les exigences juridiques du processus de consultation et d'accommodement établi à l'art. 35

[78] La garantie constitutionnelle de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne vise pas uniquement les droits issus de traités ou les revendications prouvées ou réglées de droits ancestraux et de titre ancestral. L'article 35 protège aussi les droits éventuels inhérents aux revendications autochtones qui n'ont pas encore été formellement établies et il peut obliger la Couronne à consulter les Autochtones et à prendre en compte leurs intérêts en attendant qu'il soit statué sur ces revendications par la négociation ou une autre procédure : *Nation haïda*, par. 25 et 27. Lorsque, comme en l'espèce, on demande un permis pour utiliser ou aménager des terres qui font l'objet d'une revendication autochtone dont le bien-fondé n'a pas été démontré, le gouvernement est tenu de consulter le groupe autochtone touché et, s'il y a lieu, de tenir compte de la revendication du groupe en attendant son règlement définitif. Cette obligation découle de l'honneur de la Couronne et est constitutionnalisée à l'art. 35.

[79] L'étendue de l'obligation de la Couronne de consulter les Autochtones et de tenir compte d'une revendication autochtone non encore établie varie selon la solidité de la revendication à première vue et l'effet du projet d'aménagement ou d'utilisation des terres sur le droit ancestral revendiqué : *Nation haïda*, par. 43-44. Une revendication solide à première vue et des conséquences importantes peuvent

2017 SCC 54 (CanLII)

attract a lighter duty of consultation. The duty is to consult and, where warranted, accommodate. Section 35 guarantees a process, not a particular result. The Aboriginal group is called on to facilitate the process of consultation and accommodation by setting out its claims clearly (*Haida Nation*, at para. 36) and as early as possible. There is no guarantee that, in the end, the specific accommodation sought will be warranted or possible. The ultimate obligation is that the Crown act honourably.

[80] The holdings of *Haida Nation*, as they pertain to this case, may be summarized as follows:

- The duty to consult and, if appropriate, accommodate pending the resolution of claims is grounded in the honour of the Crown, and must be understood generously to achieve reconciliation (paras. 16-17).

- The Crown, acting honourably, cannot "cavalierly run roughshod over Aboriginal interests where claims affecting these interests are being seriously pursued in the process of treaty negotiation"; it must consult and, if appropriate, accommodate the Aboriginal interest (para. 27).

- The duty to consult is triggered by the Crown having "[k]nowledge of a credible but unproven claim" (para. 37).

- The content of the duty to consult and accommodate varies with the strength of the claim and the significance of the potential adverse effect on the Aboriginal interest (para. 39). Cases with a weak claim, a limited Aboriginal right, or a minor intrusion may require only notice, information, and response to queries. At the other end of the spectrum, a strong *prima facie* case with significant intrusion on an important right may require the Crown to engage in "deep consultation" and to accommodate the interest

nécessiter une consultation approfondie. Une revendication faible ou des conséquences temporaires peuvent commander une consultation moins vaste. L'obligation en est une de consultation et, s'il y a lieu, d'accommodement. L'article 35 garantit un processus, et non un résultat précis. Le groupe autochtone est appelé à faciliter le processus de consultation et d'accommodement en énonçant ses revendications clairement (*Nation haïda*, par. 36) et le plus tôt possible. Rien ne garantit qu'en fin de compte il sera justifié ou possible d'obtenir l'accommodement précis demandé. L'obligation incontournable est que la Couronne agisse honorablement.

[80] Les conclusions de *Nation haïda* applicables en l'espèce peuvent être résumées comme suit :

- L'obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder en attendant le règlement des revendications découle du principe de l'honneur de la Couronne et doit recevoir une interprétation généreuse pour que l'on parvienne à une réconciliation (par. 16-17).

- La Couronne, qui agit honorablement, ne peut « traiter cavalièrement les intérêts autochtones qui font l'objet de revendications sérieuses dans le cadre du processus de négociation et d'établissement d'un traité »; elle doit consulter et, s'il y a lieu, prendre en compte l'intérêt des Autochtones (par. 27).

- L'obligation de consulter découle de la « connaissance [par la Couronne] d'une revendication crédible mais non encore établie » (par. 37).

- Le contenu de l'obligation de consulter et d'accommoder varie selon la solidité de la revendication et l'importance de l'effet préjudiciable potentiel sur l'intérêt autochtone (par. 39). Les cas où la revendication est peu solide, le droit ancestral, limité ou le risque d'atteinte, faible peuvent nécessiter uniquement un avis, une communication de renseignements et de réponses aux questions. À l'autre extrémité du continuum, les cas où la revendication repose sur une preuve solide à première vue et où le

2017 SCC 54 (CanLII)

by altering its plans. Between these extremes lie other cases (paras. 43-45).

- When the consultation process suggests amendment of Crown policy, a duty to reasonably accommodate the Aboriginal interest may arise (para. 47).

- The duty to consult and, if appropriate, accommodate the Aboriginal interest is a two-way street. The obligations on the Crown are to provide notice and information on the project, and to consult with the Aboriginal group about its concerns. The obligations on the Aboriginal group include: defining the elements of the claim with clarity (para. 36); not frustrating the Crown's reasonable good faith attempts; and not taking unreasonable positions to thwart the Crown from making decisions or acting where, despite meaningful consultation, agreement is not reached (para. 42).

- The duty to consult and, if appropriate, accommodate Aboriginal interests may require the alteration of a proposed development. However, it does not give Aboriginal groups a veto over developments pending proof of their claims. Consent is required only for *proven* claims, and even then only in certain cases. What is required is a balancing of interests, a process of give and take (paras. 45 and 48-50).

[81] The steps in a consultation process may be summarized as follows:

1. Initiation of the consultation process, triggered when the Crown has knowledge, whether real

droit et l'atteinte potentielle sont d'une haute importance peuvent obliger la Couronne à tenir une « consultation approfondie » et à prendre en compte les intérêts en modifiant ses projets. D'autres situations se situent entre ces deux extrémités (par. 43-45).

- S'il ressort des consultations que des modifications à la politique de la Couronne s'imposent, une obligation de tenir raisonnablement compte de l'intérêt autochtone peut prendre naissance (par. 47).

- L'obligation de consulter et, le cas échéant, de tenir compte de l'intérêt ancestral implique une réciprocité. Les obligations de la Couronne consistent à donner un avis et des renseignements sur le projet et à consulter le groupe autochtone au sujet de ses préoccupations. Quant au groupe autochtone, il doit notamment définir clairement les éléments de ses revendications (par. 36), ne pas contrecarrer les efforts déployés de bonne foi par la Couronne et ne pas défendre des positions déraisonnables pour empêcher la Couronne de prendre des décisions ou d'agir dans les cas où, malgré une véritable consultation, on ne parvient pas à s'entendre (par. 42).

- L'obligation de consulter et, le cas échéant, de tenir compte des intérêts autochtones peut nécessiter la modification d'un projet. Elle ne confère toutefois pas aux groupes autochtones un droit de veto à l'égard des projets en attendant que leurs revendications soient établies. Le consentement n'est requis que dans les cas des revendications *établies* et, même en pareille éventualité, seules certaines de ces revendications requièrent un consentement. Ce qu'il faut faire, c'est de mettre en balance les intérêts, un processus de concessions mutuelles (par. 45 et 48-50).

[81] Les étapes du processus de consultation peuvent être résumées ainsi :

1. Initiation du processus de consultation dès que la Couronne a connaissance, réellement ou par

2017 SCC 54 (CanLII)

or constructive, of the potential existence of an Aboriginal right or treaty right and contemplates conduct that might adversely affect it;

2. Determination of the level of consultation required, by reference to the strength of the *prima facie* claim and the significance of the potential adverse impact on the Aboriginal interest;

3. Consultation at the appropriate level; and

4. If the consultation shows it is appropriate, accommodation of the Aboriginal interest, pending final resolution of the underlying claim.

This summary of the steps in a consultation process is offered as guidance to assist parties in ensuring that adequate consultation takes place, not as a rigid test or a perfunctory formula. In the end there is only one question — whether in fact the consultation that took place was adequate.

(2) Was the Minister's Conclusion That the Consultation Process Satisfied Section 35 Reasonable?

[82] After an extensive regulatory process and negotiations with the Ktunaxa spanning two decades, the Minister concluded that the s. 35 duty of consultation and accommodation had been satisfied, and authorized the Glacier Resorts ski project. As noted, a court reviewing an administrative decision under s. 35 does not decide the constitutional issue *de novo* for itself. Rather, it must ask whether the administrative decision maker's finding on the issue was reasonable. The question before us is whether the Minister's conclusion, that consultation and accommodation sufficient to satisfy s. 35 had occurred, was reasonable.

[83] The s. 35 obligation to consult and accommodate regarding unproven claims is a right to a process, not to a particular outcome. The question is

interprétation, de l'existence possible d'un droit ancestral ou issu d'un traité et envisage d'accomplir un acte susceptible de lui porter préjudice;

2. Détermination du niveau de consultation requis en fonction de la solidité à première vue de la revendication et de l'importance de l'effet préjudiciable potentiel sur l'intérêt autochtone;

3. Consultation au degré approprié;

4. S'il ressort de la consultation que cela est indiqué, prise en compte de l'intérêt autochtone jusqu'au règlement définitif de la revendication sous-jacente.

Le résumé ci-dessus des étapes du processus de consultation sert de guide pour aider les parties à garantir une consultation adéquate; il ne se veut pas un critère rigoureux ou une formule superficielle. Au bout du compte, il n'y a qu'une seule question à se poser : la consultation qui a eu lieu était-elle réellement adéquate?

(2) La conclusion du Ministre selon laquelle le processus de consultation respecte l'art. 35 était-elle raisonnable?

[82] Au terme d'un long processus réglementaire et de négociations avec les Ktunaxa qui se sont échelonnés sur deux décennies, le Ministre a conclu qu'il avait été satisfait à l'obligation de consultation et d'accommodement visée à l'art. 35 et il a autorisé le projet de station de ski de Glacier Resorts. Comme nous l'avons signalé, la cour qui contrôle une décision administrative au titre de l'art. 35 ne tranche pas la question constitutionnelle *de novo*, de façon indépendante. Elle doit plutôt se demander si la conclusion du décideur administratif sur cette question était raisonnable. La question dont nous sommes saisis consiste à savoir s'il était raisonnable de la part du Ministre de conclure que la consultation et les mesures d'accommodement étaient suffisantes pour respecter l'art. 35.

[83] L'obligation de consultation et d'accommodement visée à l'art. 35 pour ce qui est des revendications non établies est un droit à un processus,

2017 SCC 54 (CanLII)

not whether the Ktunaxa obtained the outcome they sought, but whether the process is consistent with the honour of the Crown. While the hope is always that s. 35 consultation will lead to agreement and reconciliation of Aboriginal and non-Aboriginal interests, *Haida Nation* makes clear that in some situations this may not occur, and that s. 35 does not give unsatisfied claimants a veto over development. Where adequate consultation has occurred, a development may proceed without the consent of an Indigenous group.

et non à un résultat en particulier. Il ne s'agit pas de savoir si les Ktunaxa ont obtenu le résultat qu'ils recherchaient, mais si le processus était conforme au principe de l'honneur de la Couronne. S'il est vrai qu'on espère toujours que les consultations menées au titre de l'art. 35 déboucheront sur une entente et une conciliation des intérêts des Autochtones et de ceux des non-Autochtones, *Nation haïda* indique clairement que, dans les situations où cela ne se produit pas, l'art. 35 ne confère pas aux demandeurs insatisfaits un droit de veto sur les projets. S'il y a eu consultation adéquate, le projet peut aller de l'avant sans le consentement du groupe autochtone concerné.

[84] The Ktunaxa's petition asked the chambers judge to issue a declaration that Qat'muk is sacred to the Ktunaxa and that permanent construction is banned from that site. In effect, they ask the courts, in the guise of judicial review of an administrative decision, to pronounce on the validity of their claim to a sacred site and associated spiritual practices. This declaration cannot be made by a court sitting in judicial review of an administrative decision to approve a development. In judicial proceedings, such a declaration can only be made after a trial of the issue and with the benefit of pleadings, discovery, evidence and submissions. Aboriginal rights must be proven by tested evidence; they cannot be established as an incident of administrative law proceedings that centre on the adequacy of consultation and accommodation. To permit this would invite uncertainty and discourage final settlement of alleged rights through the proper processes. Aboriginal rights claims require that proper evidence be marshalled to meet specific legal tests in the context of a trial: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at paras. 109 and 143; *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911, at para. 26; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at para. 26.

[84] Dans leur requête, les Ktunaxa demandent au juge en chambre de rendre un jugement déclaratoire portant que le Qat'muk est sacré pour eux et qu'il est interdit d'ériger des installations permanentes en ce lieu. En fait, ils demandent aux tribunaux, sous le couvert d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision administrative, de se prononcer sur la validité de leur revendication à l'égard d'un lieu sacré et des pratiques spirituelles connexes. Ce jugement déclaratoire ne peut être rendu par une cour siégeant en contrôle d'une décision administrative d'approuver un aménagement. Dans une instance judiciaire, pareil jugement déclaratoire ne peut être rendu qu'après l'instruction de la question quand le tribunal bénéficie des actes de procédure, des interrogatoires préalables, des éléments de preuve et des arguments. Les droits ancestraux doivent être prouvés au moyen d'éléments mis à l'épreuve; ils ne peuvent être établis accessoirement dans le cadre d'une procédure administrative dont le point de mire est le caractère adéquat des consultations et des mesures d'accommodement. Permettre une telle chose causerait de l'incertitude et décourage gerait le règlement définitif des droits allégués par la procédure appropriée. Les revendications de droits ancestraux nécessitent que l'on rassemble des preuves adéquates pour répondre à des critères juridiques précis dans le cadre d'un procès : *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 109 et 143; *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 26; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 26.

2017 SCC 54 (CanLII)

[85] Without specifically delegated authority, administrative decision makers cannot themselves pronounce upon the existence or scope of Aboriginal rights, although they may be called upon to assess the *prima facie* strength of unproven Aboriginal claims and the adverse impact of proposed government actions on those claims in order to determine the depth of consultation required. Indeed, in this case, the duty to consult arises regarding rights that remain unproven: *Haida Nation*, at para. 37.

[86] The Ktunaxa reply that they must have relief now, for if development proceeds Grizzly Bear Spirit will flee Qat'muk long before they are able to prove their claim or establish it under the B.C. treaty process. We are not insensible to this point. But the solution is not for courts to make far-reaching constitutional declarations in the course of judicial review proceedings incidental to, and ill-equipped to determine, Aboriginal rights and title claims. Injunctive relief to delay the project may be available. Otherwise, the best that can be achieved in the uncertain interim while claims are resolved is to follow a fair and respectful process and work in good faith toward reconciliation. Claims should be identified early in the process and defined as clearly as possible. In most cases, this will lead to agreement and reconciliation. Where it does not, mitigating potential adverse impacts on the asserted right ultimately requires resolving questions about the existence and scope of unsettled claims as expeditiously as possible. For the Ktunaxa, this may seem unsatisfactory, indeed tragic. But in the difficult period between claim assertion and claim resolution, consultation and accommodation, imperfect as they may be, are the best available legal tools in the reconciliation basket.

[85] Sans un pouvoir expressément délégué, les décideurs administratifs ne peuvent pas se prononcer eux-mêmes sur l'existence ou la portée de droits ancestraux, mais ils peuvent être appelés à évaluer la solidité à première vue de revendications autochtones non établies et l'effet préjudiciable de mesures gouvernementales proposées sur ces revendications afin de déterminer l'ampleur des consultations nécessaires. En effet, dans la présente affaire, l'obligation de consulter prend naissance à l'égard de droits qui ne sont toujours pas établis : *Nation haïda*, par. 37.

[86] Les Ktunaxa répliquent qu'ils doivent obtenir réparation maintenant parce que, si le projet va de l'avant, l'Esprit de l'Ours Grizzly fuira le Qat'muk bien avant qu'ils parviennent à établir le bien-fondé de leur revendication ou à le faire dans le cadre du processus des traités de la Colombie-Britannique. Nous ne sommes pas insensibles à ce point. Toutefois, la solution ne consiste pas pour les tribunaux à faire des déclarations constitutionnelles d'une portée considérable lors d'une procédure de contrôle judiciaire accessoire à des droits ancestraux et à des revendications de titre et mal conçue pour les trancher. Il est possible d'obtenir une injonction pour retarder l'exécution du projet. Sinon, le mieux que l'on puisse faire pendant la période d'incertitude temporaire où les revendications sont en voie de règlement, c'est de suivre un processus équitable et respectueux et de s'employer de bonne foi à parvenir à une réconciliation. Les revendications devraient être mentionnées tôt dans le processus et définies aussi clairement que possible. Dans la plupart des cas, une telle démarche mènera à un accord et à une conciliation. Dans les autres cas, pour atténuer les éventuels effets préjudiciables sur le droit revendiqué, il faudra, en dernière analyse, régler le plus rapidement possible les questions de l'existence et de la portée des revendications non encore établies. Pour les Ktunaxa, cette solution peut sembler insatisfaisante, voire tragique. Toutefois, lors de la difficile période allant de la présentation de la revendication à son règlement, la consultation et l'accommodement, aussi imparfaits soient-ils, demeurent les meilleurs outils juridiques dont ils disposent pour parvenir à une réconciliation.

2017 SCC 54 (CanLII)

[87] On the face of the matter, the Minister's decision that consultation sufficient to satisfy s. 35 had taken place does not appear to be unreasonable. The Ktunaxa spiritual claims to Qat'muk had been acknowledged from the outset. Negotiations spanning two decades and deep consultation had taken place. Many changes had been made to the project to accommodate the Ktunaxa's spiritual claims. At a point when it appeared all major issues had been resolved, the Ktunaxa, in the form of the Late-2009 Claim, adopted a new, absolute position that no accommodation was possible because permanent structures would drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk. The Minister sought to consult with the Ktunaxa on the newly formulated claim, but was told that there was no point in further consultation given the new Ktunaxa position that no accommodation was possible and that only total rejection of the project would satisfy them. The process protected by s. 35 was at an end.

[87] Au vu du dossier, la conclusion du Ministre qu'il y avait eu consultation suffisante pour respecter l'art. 35 ne semble pas déraisonnable. Les revendications de nature spirituelle des Ktunaxa à l'égard du Qat'muk ont été reconnues dès le départ. Des négociations se sont échelonnées sur deux décennies et il y a eu des consultations approfondies. De nombreux changements ont été apportés au projet pour tenir compte des revendications de nature spirituelle des Ktunaxa. Alors que tous les différends importants semblaient réglés, les Ktunaxa, dans leur revendication de la fin de 2009, ont adopté une nouvelle position absolue selon laquelle aucun accommodement n'était possible parce que des installations permanentes chasseraient l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk. Le Ministre a cherché à consulter les Ktunaxa pour discuter de la revendication nouvellement formulée, mais on lui a répondu qu'il était inutile de le faire vu la nouvelle position des Ktunaxa : aucun accommodement n'était possible et seul le rejet du projet dans son intégralité leur donnerait satisfaction. Le processus protégé par l'art. 35 a alors pris fin.

[88] We conclude that on its face, the record supports the reasonableness of the Minister's conclusion that the s. 35 obligation of consultation and accommodation had been met. However, it is necessary to consider the arguments advanced by the Ktunaxa in support of their position that this conclusion was unreasonable.

[88] Nous concluons que, de prime abord, le dossier étaye le caractère raisonnable de la conclusion du Ministre selon laquelle l'obligation de consultation et d'accommodement visée à l'art. 35 a été respectée. Il est toutefois nécessaire d'examiner les arguments présentés par les Ktunaxa au soutien de leur thèse selon laquelle cette conclusion était déraisonnable.

[89] The Ktunaxa in their factum say that the consultation process was inadequate to satisfy s. 35 because: (1) the government failed to properly characterize the right; (2) the government failed to comprehend the role of knowledge keepers, which contributed to the late disclosure of the true nature of the claim; (3) the government erroneously treated the spiritual right as weak; (4) the government failed to properly address the adverse impact of the project on the Ktunaxa's rights; (5) consultation was inadequate; and (6) no accommodation was made with respect to the spiritual right. The Ktunaxa point to errors and omissions in the Minister's Rationale, which they say show the unreasonableness of his conclusion that adequate s. 35 consultation occurred.

[89] Dans leur mémoire, les Ktunaxa affirment que le processus de consultation était insuffisant pour respecter l'art. 35 car : (1) le gouvernement n'a pas décrit correctement le droit; (2) le gouvernement n'a pas compris le rôle des gardiens du savoir, qui a contribué à la divulgation tardive de la véritable nature de la revendication; (3) le gouvernement a qualifié à tort le droit spirituel de faible; (4) le gouvernement a mal évalué l'effet préjudiciable du projet sur les droits des Ktunaxa; (5) la consultation était inadéquate; (6) le gouvernement ne s'est pas adapté au droit spirituel. Les Ktunaxa relèvent des erreurs et omissions dans les Motifs de la décision du Ministre qui, selon eux, témoignent du caractère déraisonnable de sa conclusion selon laquelle il y avait eu

2017 SCC 54 (CanLII)

Overall, the Ktunaxa say the process of consultation was flawed and did not fulfill the honour of the Crown or meet the goal of reconciliation. We will consider each of these submissions in turn. In this analysis we employ the term "spiritual" rather than "religious" only because this term was used by the parties in their submissions. As the chambers judge rightly noted (at para. 275), there is no issue here that the Ktunaxa's system of spiritual beliefs constitutes a religion.

(a) *Failure to Properly Characterize the Right*

[90] The Ktunaxa say that while the right claimed was the right "to exercise spiritual practices which rely on a sacred site and require its protection" (A.F., at para. 112), the Minister erroneously characterized it as a right "to preclude permanent development" (*ibid.*, at para. 116). This mischaracterization, the Ktunaxa say, precluded proper consultation and accommodation. In short, the Ktunaxa say, the Minister viewed the Ktunaxa as making a claim to preclude development, instead of a making a claim to a spiritual right.

[91] The record does not support the contention that the Minister mischaracterized the right in this way. Spiritual practices and interests were raised at the beginning of the regulatory process and continued to be discussed throughout, leading to a number of accommodations. The Minister's Rationale states:

> With respect to the Ktunaxa Nation's asserted spiritual interests in the area . . . the Consultation/Accommodation Summary notes how the Crown has endeavored to honourably give consideration to those interests, while at the same time applying the tests for determination of aboriginal rights as set out in relevant case law. [p. 122]

[92] The Consultation/Accommodation Summary states:

consultation adéquate au titre de l'art. 35. Somme toute, les Ktunaxa soutiennent que le processus de consultation était déficient, qu'il ne respectait pas le principe de l'honneur de la Couronne et qu'il ne permettait pas de réaliser l'objectif de réconciliation. Nous examinerons chacune de ces prétentions à tour de rôle. Dans cette analyse, nous employons l'adjectif « spirituel » au lieu de « religieux » uniquement parce qu'il s'agit du mot utilisé par les parties dans leur argumentation. Comme l'a signalé à juste titre le juge en chambre (au par. 275), il est acquis aux débats en l'espèce que le système de croyances spirituelles des Ktunaxa constitue une religion.

a) *Description erronée du droit*

[90] Les Ktunaxa disent que le droit revendiqué était celui [TRADUCTION] « de se livrer à des pratiques spirituelles qui reposent sur un lieu sacré dont la protection est requise » (m.a., par. 112), mais que le Ministre a erronément décrit ce droit comme « un droit d'empêcher tout aménagement permanent » (*ibid.*, par. 116). Selon les Ktunaxa, cette description erronée faisait obstacle à une consultation et à des mesures d'accommodement appropriées. En résumé, ils soutiennent que le Ministre a considéré qu'ils formulaient une revendication pour empêcher tout aménagement plutôt que la revendication d'un droit spirituel.

[91] Le dossier n'étaye pas la prétention selon laquelle le Ministre a mal décrit ainsi le droit revendiqué. Les Ktunaxa ont évoqué des pratiques et intérêts spirituels au début du processus réglementaire et les parties ont continué de discuter de ces questions tout au long du processus, ce qui a mené à un certain nombre de mesures d'accommodement. Dans ses Motifs, le Ministre écrit :

> [TRADUCTION] En ce qui concerne les intérêts spirituels revendiqués par la Ktunaxa Nation à l'égard de la région [. . .] le Résumé des consultations et des mesures d'accommodement précise que la Couronne s'est efforcée de tenir compte honorablement de ces intérêts, tout en appliquant les critères énoncés dans la jurisprudence pertinente pour déterminer les droits ancestraux. [p. 122]

[92] Le Résumé des consultations et des mesures d'accommodement indique :

2017 SCC 54 (CanLII)

2017 SCC 54 (CanLII)

With respect to an aboriginal rights claim, the Ministry has had to take the grizzly and spiritual values information presented and characterize it in terms of an aboriginal tradition, practice or activity that is integral to the culture of the Ktunaxa. In addition to the hunting, gathering and fishing rights claims discussed above, the Ministry has assessed the spiritual and cultural related information not as a rights claim to carry out a specific activity but more as a non-exclusive aboriginal right to ensure protection of Jumbo valley from permanent forms of development for the purposes of preserving a place for the spirit of the Grizzly bear which embodies a core spirit of the Ktunaxa people. The claim seems to amount to a right to preclude certain kinds of permanent development (excluding logging and other resource extraction which is more ephemeral) so that the grizzly and its spirit, together with the spirit of the Ktunaxa, can be maintained. [Emphasis added.]

(R.R. (Minister), at p. 115)

[93] It is clear from this and from many other statements throughout the process that the Minister understood that the Ktunaxa were claiming a broad spiritual right, not just a right to block development. It is also clear that the Minister understood that this right entailed practices which depended on the continued presence of Grizzly Bear Spirit in the valley, which the Ktunaxa believed would be driven out by the development.

[94] Moreover, the Late-2009 Claim did not change the nature of the spiritual interests in play. Rather, it attempted to include a specific *accommodation* — no permanent construction — as part of the asserted right. The characterization of an asserted right should not include any specific qualification of that right: *Mitchell*, at para. 23. These potential limitations are better examined in the consideration of adverse effects and the reasonableness of the accommodation, and are addressed below.

(b) *Failure to Understand the Role of Knowledge Keepers*

[95] The Ktunaxa say the Minister erred by failing to comprehend the role of the knowledge keepers.

[TRADUCTION] Pour ce qui est de la revendication de droits ancestraux, le Ministère a dû examiner les renseignements sur les grizzlys et les valeurs spirituelles présentés et les décrire au regard d'une tradition, pratique ou activité ancestrale qui fait partie intégrante de la culture des Ktunaxa. En plus des droits revendiqués de chasse, de cueillette et de pêche déjà examinés, le Ministère a considéré les renseignements liés à la spiritualité et à la culture non pas comme une revendication de droits d'exercer une activité particulière, mais plutôt comme une revendication de droits ancestraux non exclusifs pour protéger la vallée Jumbo contre toute forme d'aménagement permanent en vue de préserver un lieu pour l'Esprit de l'Ours Grizzly, qui incarne un esprit fondamental du peuple des Ktunaxa. La revendication semble équivaloir à un droit d'empêcher certains types d'aménagement permanent (mais exclut des activités plus éphémères comme l'exploitation forestière et l'extraction de ressources) pour permettre de préserver le grizzly et son esprit ainsi que l'esprit des Ktunaxa. [Nous soulignons.]

(d.i. (Ministre), p. 115)

[93] Il ressort de ces documents et de beaucoup d'autres déclarations faites tout au long du processus que le Ministre comprenait que les Ktunaxa revendiquaient un large droit spirituel, et pas uniquement un droit d'empêcher tout aménagement. De même, le Ministre comprenait que ce droit supposait des pratiques qui dépendaient de la présence continue de l'Esprit de l'Ours Grizzly dans la vallée, alors que l'aménagement proposé chasserait cet esprit selon les croyances des Ktunaxa.

[94] Qui plus est, la revendication de la fin de 2009 n'a pas modifié la nature des intérêts spirituels en jeu. Elle visait plutôt à intégrer au droit revendiqué un *accommodement* précis, l'absence d'installation permanente. La définition d'un droit revendiqué ne devrait pas assortir celui-ci de restrictions précises : *Mitchell*, par. 23. Il vaut mieux examiner ces limites potentielles dans l'analyse des effets préjudiciables et du caractère raisonnable de l'accommodement et elles sont abordées ci-après.

b) *Incompréhension du rôle des gardiens du savoir*

[95] Les Ktunaxa soutiennent que le Ministre a commis une erreur en ne saisissant pas le rôle des

This criticism is based on a statement in the Rationale that "details of the spiritual interest in the valley have not been shared with or known by the general Ktunaxa population" (p. 122). This led the Minister to question "whether any of these values can take the shape of a constitutionally protected aboriginal right", they contend (*ibid.*).

[96] The Minister's query does not establish that the Minister misunderstood the secrecy imperative. The Rationale makes it clear that the Minister understood the special role of knowledge keepers, and accepted that spiritual beliefs did not permit details of beliefs to be shared with the population or outsiders. The Minister refers to "spiritual information" which has been imparted to him "in a trusting way": Rationale, at p. 122. The need for knowledge keepers to keep details of spiritual beliefs secret was made plain to the Minister during the regulatory process, and in particular at his meeting in Cranbrook with knowledge keeper Mr. Luke and other Ktunaxa members in September 2009. The record is clear that the Ktunaxa at this meeting advised the Minister that only certain members of the community, knowledge keepers, possessed information about spiritual values, and that only Mr. Luke could speak to these matters. Nothing in the Rationale suggests that the Minister had forgotten this fundamental point when he made his decision that adequate consultation had occurred.

(c) *Treating the Constitutional Right as Weak*

[97] The Ktunaxa argue that the Minister treated their claimed spiritual interest in Qat'muk as weak. If the Crown significantly undervalues the Aboriginal right at stake, this may render a decision adverse to that interest reviewable: *Haida Nation*, at para. 63.

[98] The Minister took account of numerous asserted Aboriginal rights including the right to gather, the right to hunt and fish, and the right to Aboriginal title: Rationale, at p. 122. The Minister's assessment

gardiens du savoir. Cette critique repose sur une affirmation faite dans les Motifs : [TRADUCTION] « . . . des détails de l'intérêt spirituel de la vallée n'ont pas été communiqués à la population générale des Ktunaxa ou n'étaient pas connus d'elle » (p. 122), ce qui avait amené, aux dires des Ktunaxa, le Ministre à se demander « si l'une ou l'autre de ces valeurs peut prendre la forme d'un droit ancestral garanti par la Constitution » (*ibid.*).

[96] L'interrogation du Ministre ne prouve pas qu'il a mal compris l'impératif du secret. Les Motifs indiquent clairement que le Ministre a compris le rôle particulier des gardiens du savoir et a accepté que les croyances spirituelles ne permettaient pas que certains détails des croyances soient communiqués à la population ou aux gens de l'extérieur. Le Ministre renvoie aux [TRADUCTION] « renseignements spirituels » qui lui ont été fournis « sous le sceau de la confiance » : Motifs, p. 122. On a clairement expliqué au Ministre que les gardiens du savoir devaient garder secrets certains détails des croyances spirituelles lors du processus réglementaire, et notamment lors de sa réunion à Cranbrook avec le gardien du savoir M. Luke et d'autres membres des Ktunaxa en septembre 2009. Le dossier indique clairement qu'à cette réunion, les Ktunaxa ont informé le Ministre que seuls certains membres de la communauté, les gardiens du savoir, possédaient des renseignements sur les valeurs spirituelles, et que seul M. Luke pouvait en parler. Rien dans les Motifs ne porte à croire que le Ministre a oublié cet élément fondamental quand il a décidé qu'il y avait eu une consultation adéquate.

c) *Qualifier le droit constitutionnel de faible*

[97] Les Ktunaxa soutiennent que le Ministre a qualifié de faible l'intérêt spirituel qu'ils revendiquent à l'égard du Qat'muk. Si la Couronne sous-estime grandement le droit ancestral en jeu, cela peut rendre susceptible de contrôle une décision défavorable à ce droit : *Nation haïda*, par. 63.

[98] Le Ministre a tenu compte de nombreux droits ancestraux revendiqués, y compris ceux de cueillette, de chasse et de pêche ainsi que le droit au titre ancestral : Motifs, p. 122. L'appréciation par le Ministre

2017 SCC 54 (CanLII)

of the strength of these asserted rights and the consultation and accommodation flowing from them are not in dispute in this case. The main issue of contention is, rather, the Minister's appreciation and weighing of the spiritual significance of Qat'muk, particularly following the Ktunaxa's advancement of the Late-2009 Claim.

[99] The Minister at one point in his Rationale did indeed refer to the spiritual claim as "weak", stating that it had not been shown to be part of a pre-contact practice integral to the Ktunaxa culture, and that it had not been shared with and was not known to the general Ktunaxa population (p. 122). This comment may seem at odds with the Minister's statement later in the Rationale that "[o]verall, the consultation applied in this case is at the deep end of the consultation spectrum" (p. 123). The explanation for this apparent tension lies in the fact that when the Minister described the claim as "weak" early in the Rationale he had in mind the Late-2009 Claim that the resort development could not proceed because this would drive out Grizzly Bear Spirit and irrevocably impair the foundation of the Ktunaxa spiritual practices. The Minister was not here referring to the broader claim to spiritual values in Qat'muk. This is apparent from the Minister's statement that the claim he characterized as "weak" had not been shared with and was not known to the Ktunaxa population generally. It is also supported by the Minister's reference to deep consultation being adequate "in respect of those rights for which the strength of the claim is strong" (p. 123). We view the Rationale as indicating that the Minister considered the overall spiritual claim to be strong, but had doubts about the strength of the Late-2009 Claim.

[100] Even if the Minister had accepted the Ktunaxa's characterization of the Late-2009 Claim as a right to "exercise spiritual practices which rely on a sacred site and require its protection", it still

de la solidité de ces droits revendiqués ainsi que de la consultation et des accommodements qui en découlent ne sont pas en litige dans la présente affaire. Le nœud principal du débat est plutôt l'évaluation et la pondération qu'a faites le Ministre de l'importance spirituelle du Qat'muk, surtout après que les Ktunaxa eurent fait valoir la revendication de la fin de 2009.

[99] Dans ses Motifs, le Ministre a bel et bien qualifié de [TRADUCTION] « faible » la revendication de nature spirituelle, expliquant qu'on n'avait pas démontré que la pratique faisait partie intégrante de la culture des Ktunaxa avant leur contact avec les Européens et que la population générale des Ktunaxa n'avait pas été informée de son existence et ne la connaissait pas (p. 122). Cette remarque paraît peut-être contraire à la déclaration ultérieure du Ministre selon laquelle « [d]ans l'ensemble, la consultation effectuée en l'espèce se situe à l'extrémité supérieure du continuum de consultation » (p. 123). Cette contradiction apparente peut s'expliquer par le fait que, lorsque le Ministre a qualifié la revendication de « faible » au début de ses Motifs, il avait à l'esprit la revendication de la fin de 2009 selon laquelle l'aménagement de la station de ski ne pouvait aller de l'avant parce qu'il chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly et porterait atteinte irrémédiablement au fondement des pratiques spirituelles des Ktunaxa. Le Ministre ne parlait pas ici de la revendication générale visant les valeurs spirituelles associées au Qat'muk. C'est ce qui ressort de la déclaration du Ministre selon laquelle la revendication qu'il a qualifiée de « faible » n'avait pas été communiquée à la population générale des Ktunaxa et celle-ci n'était pas au courant de son existence. Le point de vue du Ministre est aussi étayé par sa remarque selon laquelle des consultations approfondies étaient adéquates « à l'égard de ces droits qui reposent sur une preuve solide » (p. 123). D'après nous, les Motifs indiquent que le Ministre a jugé solide la revendication générale de nature spirituelle, mais qu'il avait des doutes quant à la solidité de la revendication de la fin de 2009.

[100] Même si le Ministre avait partagé l'avis des Ktunaxa selon lequel la revendication de la fin de 2009 visait le droit d'[TRADUCTION] « exercer des pratiques spirituelles qui reposent sur un lieu sacré

2017 SCC 54 (CanLII)

would have been reasonable to find this aspect of the Ktunaxa's overall claim weak: C.A. reasons, at para. 81. As the Minister noted, in the negotiations the Ktunaxa did not advise the Crown of "specific spiritual practices": R.R. (Minister), at p. 113; see also chambers judge's reasons, at para. 212. As such, the Minister did not have evidence that the Ktunaxa were asserting a particular practice that took place in Qat'muk prior to contact. The Late-2009 Claim seemed designed to require a particular accommodation rather than to assert and support a particular pre-contact practice, custom, or tradition that took place on the territory in question.

dont la protection est requise », il aurait néanmoins été raisonnable de juger faible cet aspect de la revendication générale des Ktunaxa : motifs de la C.A., par. 81. Comme l'a fait remarquer le Ministre, les Ktunaxa n'ont pas informé la Couronne de l'existence de [TRADUCTION] « pratiques spirituelles en particulier » lors des négociations : d.i. (Ministre), p. 113; voir aussi les motifs du juge en chambre, par. 212. En conséquence, le Ministre ne disposait pas de preuve que les Ktunaxa faisaient valoir une pratique exercée dans le Qat'muk avant le contact avec les Européens. La revendication de la fin de 2009 semblait avoir pour objet d'exiger un accommodement donné plutôt que de faire valoir et d'appuyer une pratique, coutume ou tradition précontact sur le territoire en question.

(d) *Failure to Properly Assess the Adverse Impact of the Development on the Spiritual Right*

[101] The Ktunaxa assert that because the Minister mischaracterized the asserted right, he "could not have properly assessed the ski resort's adverse impact on the right": A.F., at para. 123. The Ktunaxa do not point to anything said by the Minister, but reference para. 83 of the Court of Appeal reasons.

[102] The record supports the view that, after June 2009, the Minister understood the Ktunaxa position that any construction of permanent accommodation on the resort site would drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk and undermine the basis of their spiritual beliefs and practices. The Court of Appeal in the criticized passage summarized the adverse impact issue as follows, using the description provided by the Ktunaxa themselves in the Qat'muk Declaration, and concluded that the Minister understood the adverse impact from the Ktunaxa perspective:

> In this case, the "adverse impacts flowing from the specific Crown proposal at issue" concerns the spiritual consequences that follow from permitting development of the Proposed Resort in the Qat'muk area. In the Qat'muk declaration, this is the adverse impact that the Ktunaxa describe:

d) *Mauvaise évaluation de l'effet préjudiciable du projet sur le droit spirituel*

[101] Les Ktunaxa affirment que le Ministre [TRADUCTION] « ne pouvait pas avoir correctement évalué l'effet préjudiciable de la station de ski sur le droit revendiqué » (m.a., par. 123) puisqu'il a mal décrit ce droit. Ils ne renvoient à aucune observation du Ministre, mais plutôt au par. 83 des motifs de la Cour d'appel.

[102] Le dossier permet de dire qu'après juin 2009, le Ministre a compris la position des Ktunaxa selon laquelle toute installation d'hébergement permanente construite sur le site de la station de ski chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk et minerait le fondement de leurs croyances et pratiques spirituelles. La Cour d'appel a résumé ainsi la question de l'effet préjudiciable, en renvoyant à la description fournie par les Ktunaxa eux-mêmes dans la déclaration sur le Qat'muk, et a conclu que le Ministre a saisi l'effet préjudiciable du point de vue des Ktunaxa :

> [TRADUCTION] Dans la présente affaire, les « effets préjudiciables découlant de la proposition précise de la Couronne » concernent les conséquences spirituelles qui découlent de l'autorisation de l'aménagement de la station de ski proposée dans la région du Qat'muk. Dans la déclaration sur le Qat'muk, voici l'effet préjudiciable que décrivent les Ktunaxa :

2017 SCC 54 (CanLII)

> The refuge and buffer areas will not be shared with those who engage in activities that harm or appropriate the spiritual nature of the area. These activities include, but are not limited to:
>
> - The construction of buildings or structures with permanent foundations;
>
> - Permanent occupation of residences.
>
> To further safeguard spiritual values, no disturbances or alteration of the ground will be permitted within the refuge area.

In my view, the Minister reasonably characterized the above adverse impact on the s. 35 right as concerning the impact of development of the Proposed Resort on the Ktunaxa and, in particular, as a claim that development in the Qat'muk area was fundamentally inimical to their belief. [paras. 83-84]

[103] We agree with the Court of Appeal on this point. The record does not support the view that the Minister failed to properly assess the adverse impact of the development on the spiritual claim.

(e) *Inadequate Consultation on the Asserted Right*

[104] The overall contention of the Ktunaxa is that the Crown did not offer sufficient consultation on their asserted right. It is possible for a decision maker to mischaracterize a right and still fulfill the duty to consult: *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, at paras. 38-39. Thus, even in the face of any alleged mischaracterization or undervaluing, the key question is the level of consultation regarding the asserted right.

[105] We are satisfied that the Minister engaged in deep consultation on the spiritual claim. This level of consultation was confirmed by both the chambers judge (at para. 233) and the Court of Appeal (at para. 86) and we would not disturb that finding.

> Les aires de refuge et les zones tampons ne seront pas partagées avec ceux qui se livrent à des activités nuisant à la nature spirituelle du secteur ou la faisant disparaître. Ces activités comprennent :
>
> - la construction d'immeubles ou d'installations comportant des fondations permanentes;
>
> - l'occupation permanente de résidences.
>
> Pour mieux sauvegarder les valeurs spirituelles, aucune perturbation ou modification du sol ne sera permise dans l'aire de refuge.

À mon avis, le Ministre a raisonnablement décrit l'effet préjudiciable susmentionné sur le droit reconnu à l'art. 35 comme concernant les répercussions de l'aménagement de la station de ski proposée sur les Ktunaxa et, en particulier, comme visant l'aménagement dans la région du Qat'muk, lequel allait fondamentalement à l'encontre de leur croyance. [par. 83-84]

[103] Nous partageons l'avis de la Cour d'appel sur ce point. Le dossier n'étaye pas l'opinion selon laquelle le Ministre a mal évalué l'effet préjudiciable du projet sur la revendication de nature spirituelle.

e) *Consultation inadéquate à propos du droit revendiqué*

[104] De façon générale, les Ktunaxa font valoir que les consultations offertes par la Couronne au sujet du droit qu'ils revendiquent n'étaient pas suffisantes. Il se peut qu'un décideur décrive mal un droit et s'acquitte néanmoins de l'obligation de consulter : *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 38-39. Donc, même en présence d'une prétendue mauvaise description ou sous-évaluation, la question clé est l'ampleur de la consultation au sujet du droit revendiqué.

[105] Nous sommes convaincus que le Ministre s'est livré à des consultations approfondies sur la revendication de nature spirituelle. L'ampleur de ces consultations a été confirmée à la fois par le juge en chambre (par. 233) et par la Cour d'appel (par. 86) et nous ne sommes pas d'avis de modifier cette conclusion.

2017 SCC 54 (CanLII)

[106] Regarding the Late-2009 Claim that no permanent construction be built, the Ktunaxa argue that the Minister wrongly ended the consultation on June 3, 2009. There is a contradiction, it is argued, between the Minister's June 3, 2009 letter expressing the view that the s. 35 consultation process had been completed, and the chambers judge's conclusion that when post-2009 consultations were considered in the context of the extensive prior consultation, "the Minister's consultation in respect of the Ktunaxa's asserted spiritual claims was reasonable and appropriate": A.F., at para. 128, citing chambers judge's reasons, at para. 232; see also A.F., at para. 129.

[106] En ce qui concerne la revendication de la fin de 2009 qu'aucune installation permanente ne soit érigée, les Ktunaxa soutiennent que le Ministre a mis fin à tort aux consultations le 3 juin 2009. D'après eux, il existe une contradiction entre la lettre du Ministre datée du 3 juin 2009 dans laquelle il se dit d'avis que le processus de consultation au titre de l'art. 35 était terminé, et la conclusion du juge en chambre selon laquelle, si l'on examinait les consultations postérieures à 2009 eu égard à la poursuite de la consultation antérieure approfondie, [TRADUCTION] « les consultations du Ministre au sujet des revendications de nature spirituelle des Ktunaxa étaient raisonnables et appropriées » : m.a., par. 128, citant les motifs du juge en chambre, par. 232; voir aussi le m.a., par. 129.

[107] This argument takes the Minister's letter stating that he considered sufficient consultation had taken place by June 3, 2009 out of context and fails to take account of what the Minister actually said. The letter was written at a time when the sacred value of Jumbo Valley was no longer listed as an outstanding issue for the Ktunaxa's agreement, and before the Late-2009 Claim. Negotiations with the Ktunaxa had been going well, and the Minister reasonably believed that the only outstanding matters were unrelated to the Ktunaxa rights claims. The Minister's letter therefore advised the Ktunaxa that, in his opinion, a reasonable consultation process had occurred and that most of the outstanding issues were interest-based.

[107] Cet argument sort de son contexte la lettre dans laquelle le Ministre a jugé suffisantes les consultations menées jusqu'au 3 juin 2009 et ne tient pas compte de ce qu'il a réellement dit. La lettre avait été écrite à l'époque où la valeur sacrée de la vallée Jumbo ne figurait plus parmi les questions non réglées en vue de l'assentiment des Ktunaxa et avant la revendication de la fin de 2009. Les négociations avec les Ktunaxa allaient bon train, et le Ministre croyait raisonnablement que les seules questions non réglées étaient étrangères aux revendications de droits des Ktunaxa. Le Ministre a par conséquent informé dans sa lettre les Ktunaxa qu'à son avis il y avait eu un processus de consultation raisonnable et que la plupart des questions non réglées portaient principalement sur des intérêts.

[108] Five days later, on June 8, 2009, the Ktunaxa responded to this letter with a list of concerns, not including the sacred nature of the area. At meetings the next day, however, the Ktunaxa refocused on the sacred nature of the site and asked for more consultation on this issue. The Minister agreed to this, and lengthy in-depth consultations on this new spiritual claim took place, including the meeting between the Minister himself and knowledge keeper Mr. Luke, in Cranbrook in September. The Minister sent the Ktunaxa a "Consultation/Accommodation Summary" that included a description of the consultation and accommodation efforts specifically

[108] Cinq jours plus tard, le 8 juin 2009, les Ktunaxa ont répondu à cette lettre en énumérant des sujets de préoccupation, mais non la nature sacrée de la région. Aux réunions tenues le lendemain, les Ktunaxa ont toutefois mis à nouveau l'accent sur la nature sacrée du lieu et demandé des consultations supplémentaires à ce sujet, ce que le Ministre a accepté de faire. De longues consultations approfondies sur cette nouvelle revendication d'ordre spirituel ont eu lieu, y compris une réunion en septembre, à Cranbrook, entre le Ministre lui-même et M. Luke, le gardien du savoir. Le Ministre a envoyé aux Ktunaxa un « Résumé des consultations et des

2017 SCC 54 (CanLII)

related to the Late-2009 Claim and invited them to comment on it. He then met with them and revisions were made to the document. Consultation continued until the Ktunaxa issued the Qat'muk Declaration in November 2010 declaring that no accommodation was possible and that the only point of further discussions was to make decision makers understand why the proposed resort could not proceed. Even after this, the Minister sought further consultation, without success.

mesures d'accommodement » qui comportait une description des consultations et des mesures d'accommodement se rapportant expressément à la revendication de la fin de 2009 et les invitait à commenter le résumé. Il les a ensuite rencontrés et des modifications ont été apportées au document. Les consultations se sont poursuivies jusqu'à la déclaration sur le Qat'muk des Ktunaxa en novembre 2010 portant qu'aucun accommodement n'était possible et que la seule raison pour laquelle il serait justifié de poursuivre les discussions serait de faire comprendre aux décideurs pourquoi le projet de station de ski ne pouvait pas aller de l'avant. Même après ce revirement, le Ministre a cherché à poursuivre les consultations, mais en vain.

[109] There is no contradiction between the Minister's letter on June 3, 2009 and the chambers judge's conclusion that negotiations from 2009 onwards indicated deep consultation on the Late-2009 Claim. On June 3, that claim was not in play. Six days later, with the Ktunaxa change of position, it assumed central importance, and renewed consultation focused on this issue ensued.

[109] Il n'y a aucune contradiction entre la lettre écrite le 3 juin 2009 par le Ministre et la conclusion du juge en chambre selon laquelle les négociations menées à partir de 2009 avaient comporté des consultations approfondies sur la revendication de la fin de 2009. Le 3 juin, cette revendication n'était pas en jeu. Six jours plus tard, étant donné le changement de position des Ktunaxa, elle revêtait une importance capitale, et de nouvelles consultations axées sur cet enjeu ont suivi.

[110] The Ktunaxa also contend that the courts below relied too much on the length of the consultation process. We agree that adequacy of consultation is not determined by the length of the process, although this may be a factor to be considered. While the Minister's Rationale mentions two decades of consulting, there is no evidence that he made his decision simply because he felt the process had gone on too long. Rather, it was clear to all by the spring of 2012 that given the position of the Ktunaxa, more consultation would be fruitless.

[110] Les Ktunaxa soutiennent également que les cours d'instance inférieure se sont appuyées trop fortement sur la longueur du processus de consultation. Nous convenons que ce n'est pas la longueur du processus qui détermine le caractère adéquat de la consultation, même s'il peut s'agir d'un facteur à prendre en considération. Bien que le Ministre mentionne dans ses Motifs les deux décennies de consultations, rien ne prouve qu'il a rendu sa décision simplement parce qu'il estimait que le processus avait trop duré. Au contraire, il était clair pour tous au printemps 2012 que la poursuite des consultations serait vaine étant donné la position des Ktunaxa.

[111] Finally, the Ktunaxa assert that although the Minister may have undertaken deep consultation on other issues, he did not engage in deep consultation with respect to the Late-2009 Claim. We cannot agree. Even after the Ktunaxa said further

[111] Enfin, les Ktunaxa affirment que, bien que le Ministre se soit peut-être livré à des consultations approfondies sur d'autres enjeux, il ne l'a pas fait à l'égard de la revendication de la fin de 2009. Nous ne pouvons souscrire à cette affirmation. En

2017 SCC 54 (CanLII)

consultation was pointless, the Minister persisted in attempts to consult.

(f) *Failure to Accommodate the Asserted Right*

[112] As a consequence of the lengthy regulatory process, many accommodations were made with respect to Ktunaxa spiritual concerns. These included specific changes to protect the grizzly population in Qat'muk — the west chair lift was removed because of the grizzly bear population in that area and the resort was confined to the upper half of the valley — as well as extensive environmental reserves and monitoring. The findings of the chambers judge on this point (at para. 236) have not been impugned.

[113] The Ktunaxa say these changes were inadequate: "Changes to the ski resort were measures required by economic, environmental and wildlife protection concerns and, while they do set out some limited protection for grizzly bears, there was no accommodation to address the ability of the Ktunaxa to carry on their spiritual practices dependent upon Grizzly Bear Spirit": A.F., at para. 133; see generally paras. 133-38.

[114] In point of fact, there was no evidence before the Minister of "specific spiritual practices". It is true, of course, that the Minister did not offer the ultimate accommodation demanded by the Ktunaxa — complete rejection of the ski resort project. It does not follow, however, that the Crown failed to meet its obligation to consult and accommodate. The s. 35 right to consultation and accommodation is a right to a process, not a right to a particular outcome: *Haida Nation*. While the goal of the process is reconciliation of the Aboriginal and state interest, in some cases this may not be possible. The process is one of "give and take", and outcomes are not guaranteed.

effet, même après que les Ktunaxa eurent dit qu'il ne servait à rien de poursuivre les consultations, le Ministre a continué de tenter de les consulter.

f) *Omission de s'adapter au droit revendiqué*

[112] Le long processus réglementaire s'est soldé par la prise de nombreuses mesures d'accommodement à l'égard des préoccupations de nature spirituelle des Ktunaxa. Entre autres, on a apporté des changements précis pour protéger la population de grizzlys dans le Qat'muk, le remonte-pente ouest a été retiré en raison de la présence de grizzlys dans le secteur et la station de ski a été confinée à la moitié supérieure de la vallée, sans compter la création et la surveillance de réserves environnementales d'envergure. Les conclusions du juge en chambre sur ce point (par. 236) n'ont pas été contestées.

[113] Selon les Ktunaxa, ces modifications étaient inadéquates : [TRADUCTION] « Les modifications apportées à la station de ski étaient des mesures nécessaires en raison de préoccupations économiques, environnementales et de protection de la faune et, s'il est vrai qu'elles prévoient effectivement une protection limitée des grizzlys, elles ne proposent rien au sujet de la capacité des Ktunaxa à poursuivre leurs pratiques spirituelles tributaires de la présence de l'Esprit de l'Ours Grizzly » : m.a., par. 133; voir de façon générale les par. 133-138.

[114] Dans les faits, le Ministre n'avait aucune preuve de l'existence de [TRADUCTION] « pratiques spirituelles en particulier ». Il est vrai, bien sûr, que le Ministre n'a pas offert la mesure d'accommodement ultime exigée par les Ktunaxa, soit le rejet complet du projet de station de ski. Il ne s'ensuit toutefois pas que la Couronne a failli à son obligation de consulter et d'accommoder. Le droit de consultation et d'accommodement reconnu à l'art. 35 est un droit à un processus, et non un droit à un résultat précis : *Nation haïda*. Bien que l'objectif du processus soit la conciliation des intérêts des Autochtones et de ceux de l'État, il n'est pas toujours possible d'y parvenir. Le processus en est un de « concessions mutuelles », et les résultats ne sont pas garantis.

2017 SCC 54 (CanLII)

VI. Conclusion

[115] The Minister's decision did not violate the Ktunaxa's freedom of religion as their claim does not fall within the scope of s. 2(*a*) of the *Charter*. The Minister's conclusion that consultation sufficient to satisfy s. 35 of the *Constitution Act, 1982* had occurred has not been shown to be unreasonable. For these reasons, we would dismiss the appeal.

The reasons of Moldaver and Côté JJ. were delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[116] The Ktunaxa are an Aboriginal people who inhabit parts of southeastern British Columbia. They claim that the decision by the provincial Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations ("Minister") to approve a ski resort development infringes their right to religious freedom under s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and constitutes a breach of the Crown's duty to consult pursuant to s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[117] I agree with the Chief Justice and Rowe J. that the Minister reasonably concluded that the duty to consult and accommodate the Ktunaxa under s. 35 was met. Respectfully, however, I disagree with my colleagues' s. 2(*a*) analysis. In my view, the Ktunaxa's right to religious freedom was infringed by the Minister's decision to approve the development of the ski resort proposed by the respondent Glacier Resorts Ltd. The Ktunaxa hold as sacred several sites within their traditional lands, and they revere multiple spirits in their religion. The Ktunaxa believe that a very important spirit in their religious tradition, Grizzly Bear Spirit, inhabits Qat'muk, a body of sacred land that lies at the heart of the proposed ski resort. The development of the ski resort would desecrate Qat'muk and cause Grizzly Bear Spirit to leave, thus severing the Ktunaxa's connection to the

VI. Conclusion

[115] La décision du Ministre n'a pas violé la liberté de religion des Ktunaxa car leur revendication ne relève pas de l'al. 2*a*) de la *Charte*. On n'a pas démontré le caractère déraisonnable de la conclusion du Ministre qu'il y avait eu une consultation suffisante pour respecter l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Moldaver et Côté rendus par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Vue d'ensemble

[116] Les Ktunaxa forment un peuple autochtone qui habite certains secteurs du sud-est de la Colombie-Britannique. Selon eux, la décision de l'intimé, Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations de la Colombie-Britannique (« Ministre »), d'approuver l'aménagement d'une station de ski porte atteinte au droit à la liberté de religion que leur garantit l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et constitue un manquement à l'obligation de consultation imposée à la Couronne par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[117] Je conviens avec la Juge en chef et le juge Rowe que le Ministre a raisonnablement conclu à l'acquittement de l'obligation de consulter et d'accommoder les Ktunaxa prévue à l'art. 35. En revanche, je ne peux malheureusement faire mienne leur analyse fondée sur l'al. 2*a*). À mon avis, la décision du Ministre d'approuver l'aménagement de la station de ski proposée par l'intimée Glacier Resorts Ltd. a porté atteinte au droit des Ktunaxa à la liberté de religion. Les Ktunaxa tiennent pour sacrés plusieurs secteurs de leur territoire traditionnel et la vénération de nombreux esprits fait partie de leur religion. Ils croient qu'un esprit fort important dans leur tradition religieuse, l'Esprit de l'Ours Grizzly, habite le Qat'muk, un lieu sacré qui se situe au cœur de la station de ski proposée. L'aménagement de la station de ski profanerait le Qat'muk et ferait fuir

2017 SCC 54 (CanLII)

land. As a result, the Ktunaxa would no longer receive spiritual guidance and assistance from Grizzly Bear Spirit. All songs, rituals and ceremonies associated with Grizzly Bear Spirit would become meaningless.

[118] In my respectful view, where state conduct renders a person's sincerely held religious beliefs devoid of all religious significance, this infringes a person's right to religious freedom. Religious beliefs have spiritual significance for the believer. When this significance is taken away by state action, the person can no longer act in accordance with his or her *religious* beliefs, constituting an infringement of s. 2(*a*). That is exactly what happened in this case. The Minister's decision to approve the ski resort will render all of the Ktunaxa's religious beliefs related to Grizzly Bear Spirit devoid of any spiritual significance. Accordingly, the Ktunaxa will be unable to perform songs, rituals or ceremonies in recognition of Grizzly Bear Spirit in a manner that has any religious significance for them. In my view, this amounts to a s. 2(*a*) breach.

[119] That being said, I am of the view that the Minister proportionately balanced the Ktunaxa's s. 2(*a*) right with the relevant statutory objectives: to administer Crown land and dispose of it in the public interest. The Minister was faced with two options: approve the development of the ski resort or grant the Ktunaxa a right to exclude others from constructing permanent structures on over 50 square kilometres of Crown land. This placed the Minister in a difficult, if not impossible, position. If he granted this right of exclusion to the Ktunaxa, this would significantly hamper, if not prevent, him from fulfilling his statutory objectives. In the end, it is apparent that he determined that the fulfillment of his statutory mandate prevented him from giving the Ktunaxa the veto right that they were seeking.

[120] In view of the options open to the Minister, I am satisfied that his decision was reasonable.

l'Esprit de l'Ours Grizzly, rompant par le fait même le lien entre les Ktunaxa et la terre. Ces derniers seraient ainsi privés de ses conseils et de son assistance spirituels. L'ensemble des chansons, rites et cérémonies associés à l'Esprit de l'Ours Grizzly perdraient tout leur sens.

[118] À mon humble avis, la conduite de l'État qui prive de toute signification religieuse les croyances religieuses sincères d'une personne porte atteinte à son droit à la liberté de religion. Les croyances religieuses revêtent une signification spirituelle pour le croyant. Lorsque cette signification est supprimée par l'État, la personne ne peut plus se conformer à ses croyances *religieuses*, ce qui constitue une contravention à l'al. 2*a*). C'est exactement ce qui s'est produit en l'espèce. La décision du Ministre d'approuver la station de ski privera de toute signification spirituelle l'ensemble des croyances religieuses des Ktunaxa touchant l'Esprit de l'Ours Grizzly. Par conséquent, les Ktunaxa ne pourront pas interpréter des chansons, se livrer à des rituels ou tenir des cérémonies en l'honneur de l'Esprit de l'Ours Grizzly d'une manière qui a une signification religieuse à leurs yeux. À mon avis, il s'agit là d'une violation de l'al. 2*a*).

[119] Cela dit, j'estime que le Ministre a mis en balance de façon proportionnée le droit reconnu aux Ktunaxa par l'al. 2*a*) et les objectifs pertinents de la loi : administrer les terres de la Couronne et les aliéner dans l'intérêt public. Deux choix se présentaient au Ministre : approuver l'aménagement de la station de ski ou conférer aux Ktunaxa le droit d'interdire à autrui de construire des installations permanentes sur plus de 50 kilomètres carrés de terres de la Couronne. Le Ministre se retrouvait donc dans une situation difficile, voire impossible. S'il conférait ce droit d'interdiction aux Ktunaxa, cela le gênerait considérablement dans l'atteinte des objectifs que lui confie la loi, voire l'empêcherait d'atteindre ces objectifs. Au bout du compte, il a manifestement décidé que la réalisation de son mandat législatif l'empêchait d'accorder aux Ktunaxa le droit de veto qu'ils réclamaient.

[120] Vu les choix qui s'offraient au Ministre, je suis convaincu que sa décision était raisonnable. Elle

2017 SCC 54 (CanLII)

It limited the Ktunaxa's right "as little as reasonably possible" given these statutory objectives (*Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613, at para. 40), and amounted to a proportionate balancing. I would therefore dismiss the appeal.

II. Analysis

A. *Section 2(a) of the Charter*

(1) The Scope of Section 2(*a*)

[121] All *Charter* rights — including freedom of religion under s. 2(*a*) — must be interpreted in a broad and purposive manner (*Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912, at para. 20; *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158, at p. 179, per McLachlin J. (as she then was)). As this Court stated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, the interpretation of freedom of religion must be a "generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection" (emphasis added). The interpretation of s. 2(*a*) must therefore be guided by its purpose, which is to "ensure that society does not interfere with profoundly personal beliefs that govern one's perception of oneself, humankind, nature, and, in some cases, a higher or different order of being" (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 759).

[122] In light of this purpose, this Court has articulated a two-part test for determining whether s. 2(*a*) has been infringed. The claimant must show: (1) that he or she sincerely believes in a belief or practice that has a nexus with religion; and (2) that the impugned conduct interferes with the claimant's ability to act in accordance with that belief or practice "in a manner that is more than trivial or insubstantial" (*Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, at para. 59 (emphasis deleted); *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at para. 34; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 32).

a restreint le droit des Ktunaxa « aussi peu que cela [était] raisonnablement possible » compte tenu de ces objectifs visés par la loi (*École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613, par. 40), et était le fruit d'une mise en balance proportionnée. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Analyse

A. *Alinéa 2a) de la Charte*

(1) La portée de l'al. 2*a*)

[121] Tous les droits garantis par la *Charte* — notamment la liberté de religion reconnue à l'al. 2*a*) — doivent recevoir une interprétation libérale et téléologique (*Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912, par. 20; *Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, p. 179, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef)). Comme l'a dit la Cour dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344, l'interprétation de la liberté de religion doit être « libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* » (je souligne). L'interprétation de l'al. 2*a*) doit donc tenir compte de son objet, qui est d'« assurer que la société ne s'ingérera pas dans les croyances intimes profondes qui régissent la perception qu'on a de soi, de l'humanité, de la nature et, dans certains cas, d'un être supérieur ou différent » (*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 759).

[122] À la lumière de cet objet, la Cour a formulé un critère à deux volets permettant de décider s'il y a eu contravention à l'al. 2*a*). Le demandeur doit démontrer : (1) qu'il croit sincèrement à une croyance ou à une pratique ayant un lien avec la religion et (2) que la conduite reprochée nuit « d'une manière plus que négligeable ou insignifiante » à sa capacité de se conformer à cette croyance ou pratique (*Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 59 (soulignement omis); *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 34; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 32).

2017 SCC 54 (CanLII)

[123] The first part of the test is not at issue in this case. None of the parties dispute that the Ktunaxa sincerely believe that Grizzly Bear Spirit lives in Qat'muk, and that any permanent development would drive Grizzly Bear Spirit out, desecrate the land and sever the Ktunaxa's spiritual connection to it. The central issue raised by this appeal concerns the second part of the test. The Chief Justice and Rowe J. maintain that the Minister's decision does not interfere with the Ktunaxa's ability to act in accordance with their religious beliefs or practices. With respect, I disagree. As I will explain, in my view, the Minister's decision interferes with the Ktunaxa's ability to act in accordance with their religious beliefs and practices in a manner that is more than trivial or insubstantial, and the Ktunaxa's claim therefore falls within the scope of s. 2(*a*).

(2) The Ability to Act in Accordance With a Religious Belief or Practice

[124] As indicated, the s. 2(*a*) inquiry focuses on whether state action has interfered with the ability of a person to act in accordance with his or her religious beliefs or practices. This Court has recognized that religious beliefs are "deeply held personal convictions . . . integrally linked to one's self-definition and spiritual fulfilment", while religious practices are those that "allow individuals to foster a connection with the divine" (*Amselem*, at para. 39). In my view, where a person's religious belief no longer provides spiritual fulfillment, or where the person's religious practice no longer allows him or her to foster a connection with the divine, that person cannot act in accordance with his or her *religious* beliefs or practices, as they have lost all religious significance. Though an individual could still publicly profess a specific belief, or act out a given ritual, it would hold no religious significance for him or her.

[125] The same holds true of a person's ability to pass on beliefs and practices to future generations. This Court has recognized that the ability of a religious community's members to pass on their beliefs to their children is an essential aspect of religious

[123] Le premier volet du critère n'est pas en litige dans la présente affaire. Aucune des parties ne conteste le fait que les Ktunaxa croient sincèrement que l'Esprit de l'Ours Grizzly vit dans le Qat'muk et que tout aménagement permanent en chasserait cet esprit, profanerait le terrain et romprait le lien spirituel qui l'unit aux Ktunaxa. La question principale soulevée par le présent pourvoi touche le second volet du critère. La Juge en chef et le juge Rowe affirment que la décision du Ministre ne nuit pas à la capacité des Ktunaxa de se conformer à leurs croyances ou pratiques religieuses. Soit dit en tout respect, je ne partage pas leur avis. Comme je l'expliquerai, la décision du Ministre me semble nuire d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à la capacité des Ktunaxa de se conformer à leurs croyances et pratiques religieuses, et la revendication des Ktunaxa relève donc de l'al. 2*a*).

(2) La capacité de se conformer à une croyance ou pratique religieuse

[124] Rappelons que l'analyse fondée sur l'al. 2*a*) s'attache au point de savoir si une mesure étatique a nui à la capacité d'une personne de se conformer à ses croyances ou pratiques religieuses. La Cour a reconnu que les croyances religieuses sont « de profondes [. . .] convictions volontaires, [. . .] qui sont intégralement liées à la façon dont [l'individu] se définit et s'épanouit spirituellement », tandis que les pratiques religieuses « permettent à l'individu de communiquer avec l'être divin » (*Amselem*, par. 39). À mon avis, si la croyance religieuse d'une personne ne lui offre plus d'épanouissement spirituel, ou si sa pratique religieuse ne lui permet plus de communiquer avec l'être divin, cette personne ne peut se conformer à ses croyances ou pratiques *religieuses*, car elles ont perdu toute signification religieuse. Bien qu'une personne puisse toujours professer une croyance en particulier ou s'adonner à un rite donné, cette croyance ou ce rite n'aurait aucune signification religieuse pour elle.

[125] Il en va de même de la capacité d'une personne de transmettre des croyances et des pratiques aux générations futures. La Cour a reconnu que la capacité des membres d'une communauté religieuse de transmettre leurs croyances à leurs enfants est un

2017 SCC 54 (CanLII)

freedom protected under s. 2(*a*) (*Loyola*, at paras. 64 and 67). Where state action has rendered a certain belief or practice devoid of spiritual significance, this interferes with one's ability to pass on that tradition to future generations, as there would be no reason to continue a tradition that lacks spiritual significance.

[126] Therefore, where the spiritual significance of beliefs or practices has been taken away by state action, this interferes with an individual's ability to act in accordance with his or her religious beliefs or practices — whether by professing a belief, engaging in a ritual, or passing traditions on to future generations.

[127] This kind of state interference is a reality where individuals find spiritual fulfillment through their connection to the physical world. The connection to the physical world, specifically to land, is a central feature of Indigenous religions. Indeed, as M. L. Ross explains, "First Nations spirituality and religion are rooted in the land" (*First Nations Sacred Sites in Canada's Courts* (2005), at p. 3 (emphasis added)). In many Indigenous religions, land is not only the site of spiritual practices in the sense that a church, mosque or holy site might be; land may *itself* be sacred, in the sense that it is where the divine manifests itself. Unlike in Judeo-Christian faiths, for example, where the divine is considered to be supernatural, the spiritual realm in the Indigenous context is inextricably linked to the physical world. For Indigenous religions, state action that impacts land can therefore sever the connection to the divine, rendering beliefs and practices devoid of their spiritual significance. Where state action has this effect on an Indigenous religion, it interferes with a believer's ability to act in accordance with his or her religious beliefs and practices.

[128] Taking this feature of Indigenous religions into account is therefore critical in assessing whether there has been a s. 2(*a*) infringement. The principle of state neutrality requires that the state not favour or

aspect essentiel de la liberté de religion protégé par l'al. 2*a*) (*Loyola*, par. 64 et 67). Lorsqu'une mesure étatique prive de toute signification spirituelle une certaine croyance ou pratique, cela nuit à la capacité d'une personne de transmettre cette tradition aux générations futures, car il ne servirait à rien de poursuivre une tradition dénuée de signification spirituelle.

[126] Ainsi, lorsqu'une mesure étatique enlève à des croyances ou pratiques leur signification spirituelle, cela nuit à la capacité d'une personne de se conformer à ses croyances ou pratiques religieuses, que ce soit en professant une croyance, en se livrant à un rite ou en transmettant des traditions aux générations futures.

[127] Ce type d'ingérence de l'État est une réalité lorsque les citoyens s'épanouissent spirituellement par le lien qui les unit au monde concret. Le lien au monde concret, particulièrement à la terre, est un élément primordial des religions autochtones. En effet, comme l'explique M. L. Ross, [TRADUCTION] « la spiritualité et la religion des Premières Nations sont ancrées dans la terre » (*First Nations Sacred Sites in Canada's Courts* (2005), p. 3 (je souligne)). Dans de nombreuses religions autochtones, la terre est non seulement le lieu où s'exercent des pratiques spirituelles au même titre que peut l'être une église, une mosquée ou un lieu saint; la terre peut *elle-même* être sacrée, en ce sens que c'est là que l'être divin se manifeste. Contrairement aux fois judéo-chrétiennes, par exemple, où l'être divin est perçu comme étant surnaturel, dans les fois autochtones, le domaine spirituel est inextricablement lié au monde concret. Du point de vue des religions autochtones, une mesure étatique qui touche la terre peut donc rompre le lien avec l'être divin, ce qui priverait les croyances et pratiques de leur signification spirituelle. La mesure étatique qui a cet effet sur une religion autochtone nuit à la capacité d'un croyant de se conformer à ses croyances et pratiques religieuses.

[128] Il est crucial de prendre en compte cet élément des religions autochtones pour juger s'il y a eu contravention à l'al. 2*a*). Le principe de la neutralité de l'État exige que l'État ne favorise ni ne

2017 SCC 54 (CanLII)

hinder one religion over the other (see *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235, at para. 32; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 72). To ensure that all religions are afforded the same level of protection under s. 2(*a*), courts must be alive to the unique characteristics of each religion, and the distinct ways in which state action may interfere with that religion's beliefs or practices.

(3) The Chief Justice and Rowe J.'s Position on the Scope of Section 2(*a*)

[129] The Chief Justice and Rowe J. take a different approach. They maintain that the *Charter* protects the "freedom to worship", but not what they call the "spiritual focal point of worship" (para. 71). If I understand my colleagues' approach correctly, s. 2(*a*) of the *Charter* protects *only* the freedom to hold beliefs and manifest them through worship and practice (para. 71). In their view, even where the effect of state action is to render beliefs and practices devoid of all spiritual significance, claimants still have the freedom to hold beliefs and manifest those beliefs through practices, and there is therefore no interference with their ability to act in accordance with their beliefs. Thus, under my colleagues' approach, as long as a Sikh student can carry a kirpan into a school (*Multani*), Orthodox Jews can erect a personal succah (*Amselem*), or the Ktunaxa have the ability to conduct ceremonies and rituals, there is no infringement of s. 2(*a*), even where the effect of state action is to reduce these acts to empty gestures.

[130] I cannot accept such a restrictive reading of s. 2(*a*). As I have indicated, where a belief or practice is rendered devoid of spiritual significance, there is obviously an interference with the ability to act in accordance with that *religious* belief or practice. The scope of s. 2(*a*) is therefore not limited to the freedom to hold a belief and manifest that belief through religious practices. Rather, as this Court noted in *Amselem*, "[i]t is the religious or spiritual essence of an action" that attracts protection under s. 2(*a*) (para. 47). In my view, the

défavorise une religion aux dépens de l'autre (voir *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235, par. 32; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 72). Pour veiller à ce que l'al. 2*a*) accorde la même protection à toutes les religions, les tribunaux doivent être conscients des caractéristiques propres à chacune d'elles et des différentes manières dont l'État peut nuire aux croyances ou pratiques de chaque religion.

(3) La position de la Juge en chef et du juge Rowe sur la portée de l'al. 2*a*)

[129] La Juge en chef et le juge Rowe voient les choses autrement. Selon eux, la *Charte* protège la « liberté de culte », mais non ce qu'ils appellent le « point de mire spirituel du culte » (par. 71). Si je comprends bien la thèse de mes collègues, l'al. 2*a*) de la *Charte* protège *uniquement* la liberté d'avoir des croyances et de les manifester par le culte et la pratique (par. 71). À leur avis, même si une mesure étatique a pour effet de priver des croyances et des pratiques de toute signification spirituelle, les demandeurs conservent néanmoins la liberté d'avoir des croyances et de les manifester en se livrant à des pratiques, et il n'y a donc pas atteinte à leur capacité de se conformer à leurs croyances. Par conséquent, selon la thèse de mes collègues, tant qu'un élève de religion sikhe peut porter un kirpan à l'école (*Multani*), que des Juifs orthodoxes peuvent ériger une souccah individuelle (*Amselem*), ou que les Ktunaxa peuvent tenir des cérémonies et des rituels, il n'y a pas contravention à l'al. 2*a*) même si la mesure étatique a pour effet de vider ces gestes de tout sens.

[130] Je ne peux souscrire à une interprétation aussi restrictive de l'al. 2*a*). Comme je l'ai mentionné, lorsqu'une croyance ou pratique est dénuée de signification spirituelle, il y a manifestement atteinte à la capacité de se conformer à cette croyance ou pratique *religieuse*. L'alinéa 2*a*) ne protège donc pas seulement la liberté d'avoir une croyance et de la manifester en se livrant à des pratiques religieuses. D'ailleurs, comme l'a souligné la Cour dans *Amselem*, « [c]'est le caractère religieux ou spirituel d'un acte » qui entraîne la protection de l'al. 2*a*)

2017 SCC 54 (CanLII)

approach adopted by my colleagues does not engage with this crucial point. It does not take into account that if a belief or practice becomes devoid of spiritual significance, it is highly unlikely that a person would continue to hold those beliefs or engage in those practices. Indeed, that person would have no reason to do so. With respect, my colleagues' approach amounts to protecting empty gestures and hollow rituals, rather than guarding against state conduct that interferes with "profoundly personal beliefs", the true purpose of s. 2(*a*)'s protection (*Edwards Books*, at p. 759).

[131] This approach also risks excluding Indigenous religious freedom claims involving land from the scope of s. 2(*a*)'s protection. As indicated, there is an inextricable link between spirituality and land in Indigenous religious traditions. In this context, state action that impacts land can sever the spiritual connection to the divine, rendering Indigenous beliefs and practices devoid of their spiritual significance. My colleagues have not taken this unique and central feature of Indigenous religion into account. Their approach therefore risks foreclosing the protections of s. 2(*a*) of the *Charter* to substantial elements of Indigenous religious traditions.

(4) The Minister's Decision Infringes the Ktunaxa's Freedom of Religion Under Section 2(*a*) of the *Charter*

[132] I turn now to the facts of this case. The Ktunaxa's religion encompasses multiple spirits and several places of spiritual significance (see, e.g., A.R., vol. II, at pp. 119 and 197). The Ktunaxa sincerely believe that Qat'muk is a highly sacred site, home to a very important spirit — Grizzly Bear Spirit. The Ktunaxa assert that Grizzly Bear Spirit provides them with spiritual guidance and assistance. They claim that the proposed development would drive Grizzly Bear Spirit out, sever their spiritual connection with Qat'muk, and render their beliefs in Grizzly Bear Spirit devoid of spiritual significance.

(par. 47). J'estime que l'approche adoptée par mes collègues fait abstraction de ce point capital. Elle ne tient pas compte du fait que, si une croyance ou pratique perd sa signification spirituelle, il est fort peu probable qu'une personne conserve cette croyance ou se livre toujours à cette pratique. En effet, cette personne n'aurait aucune raison de le faire. Soit dit en tout respect, l'approche de mes collègues revient à protéger des gestes vains et des rites vides de sens plutôt qu'à se prémunir contre la conduite de l'État qui nuit à des « croyances intimes profondes », le véritable objet de la protection accordée par l'al. 2*a*) (*Edwards Books*, p. 759).

[131] Cette approche risque aussi d'exclure des revendications territoriales autochtones fondées sur la liberté de religion de la protection accordée par l'al. 2*a*). Comme je l'ai mentionné, un lien inextricable unit la spiritualité et la terre dans les traditions religieuses autochtones. Dans ces conditions, une mesure étatique qui touche la terre peut rompre le lien spirituel avec l'être divin et priver ainsi les croyances et pratiques autochtones de leur signification spirituelle. Mes collègues n'ont pas tenu compte de cette caractéristique unique et centrale de la religion autochtone. Leur approche risque donc d'exclure des éléments importants de traditions religieuses autochtones de la protection accordée par l'al. 2*a*) de la *Charte*.

(4) La décision du Ministre porte atteinte à la liberté de religion garantie aux Ktunaxa par l'al. 2*a*) de la *Charte*

[132] Je passe maintenant aux faits de l'espèce. La religion des Ktunaxa englobe de multiples esprits et plusieurs lieux d'importance spirituelle (voir, p. ex., d.a., vol. II, p. 119 et 197). Les Ktunaxa croient sincèrement que le Qat'muk est un lieu très sacré, le foyer d'un esprit fort important, celui de l'Ours Grizzly. Selon eux, cet esprit leur donne des conseils et de l'assistance spirituels. Ils prétendent que l'aménagement proposé chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly, romprait leur lien spirituel avec le Qat'muk et priverait leurs croyances en cet esprit de toute signification spirituelle.

2017 SCC 54 (CanLII)

[133] The Chief Justice and Rowe J. frame the Ktunaxa's religious freedom claim as one that seeks to protect the "spiritual focal point of worship" — that is, Grizzly Bear Spirit (para. 71). I disagree. The Ktunaxa are seeking protection of their ability to act in accordance with their religious beliefs and practices, which falls squarely within the scope of s. 2(*a*). If the Ktunaxa's religious beliefs in Grizzly Bear Spirit become entirely devoid of religious significance, their prayers, ceremonies and rituals in recognition of Grizzly Bear Spirit would become nothing more than empty words and hollow gestures. There would be no reason for them to continue engaging in these acts, as they would be devoid of any spiritual significance. Members of the Ktunaxa assert that without their spiritual connection to Qat'muk and to Grizzly Bear Spirit, they would be unable to pass on their beliefs and practices to future generations in any meaningful way, as illustrated in the following excerpt from an affidavit quoted in the appellants' factum:

> If the proposed resort were to go ahead in the heart of Qat'muk, I do not see how I can meaningfully speak to my grandchildren about Grizzly Bear Spirit. How can I teach them his songs, what to ask from him, if he no longer has a place recognizable to us and respected as his within our world? [para. 28]

[134] Viewed this way, I am satisfied that the Minister's decision approving the proposed development interferes with the Ktunaxa's ability to act in accordance with their religious beliefs or practices in a manner that is more than trivial or insubstantial. The decision therefore amounts to an infringement of the Ktunaxa's freedom of religion under s. 2(*a*).

B. *The Minister's Decision Was Reasonable*

(1) The *Doré* Framework

[135] Having resolved the preliminary issue that the Minister's decision to approve the development infringes the Ktunaxa's s. 2(*a*) right, I turn now to

[133] La Juge en chef et le juge Rowe disent que la revendication des Ktunaxa fondée sur la liberté de religion vise à protéger le « point de mire spirituel du culte », en l'occurrence l'Esprit de l'Ours Grizzly (par. 71). Je ne suis pas de cet avis. Les Ktunaxa réclament la protection de leur capacité de se conformer à leurs croyances et pratiques religieuses, qui relèvent nettement de l'al. 2*a*). Si les croyances religieuses des Ktunaxa en l'Esprit de l'Ours Grizzly perdent toute signification religieuse, leurs prières, cérémonies et rites en l'honneur de cet esprit ne seraient plus que de vaines paroles et des gestes vides de sens. Les Ktunaxa n'auraient aucune raison de continuer de se livrer à ces actes, car ceux-ci seraient dépourvus de toute signification spirituelle. Des membres des Ktunaxa mentionnent que, sans leur lien spirituel avec le Qat'muk et l'Esprit de l'Ours Grizzly, ils ne seraient pas en mesure de transmettre de façon significative leurs croyances et pratiques aux générations futures, comme le montre l'extrait suivant d'un affidavit cité dans le mémoire des appelants :

> [TRADUCTION] Si la construction de la station de ski proposée devait aller de l'avant dans le cœur du Qat'muk, je ne vois pas comment je pourrais parler de façon significative de l'Esprit de l'Ours Grizzly à mes petits-enfants. Comment pourrais-je leur enseigner ses chansons, ce que nous pouvons lui demander, s'il n'occupe plus une place que nous reconnaissons et qui est tenue pour la sienne dans notre monde? [par. 28]

[134] Dans cette optique, je suis convaincu que la décision du Ministre d'approuver l'aménagement proposé nuit d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à la capacité des Ktunaxa de se conformer à leurs croyances ou pratiques religieuses. La décision porte donc atteinte à la liberté de religion garantie aux Ktunaxa par l'al. 2*a*).

B. *La décision du Ministre était raisonnable*

(1) Le cadre d'analyse établi dans *Doré*

[135] Ayant réglé la question préliminaire en statuant que la décision du Ministre d'approuver l'aménagement porte atteinte au droit garanti aux Ktunaxa

2017 SCC 54 (CanLII)

the question of whether the Minister's decision was reasonable.

[136] This Court's decision in *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, sets out the applicable framework for assessing whether the Minister reasonably exercised his statutory discretion in accordance with the Ktunaxa's *Charter* protections (*Loyola*, at para. 3). On judicial review, the task of the reviewing court applying the *Doré* framework "is to assess whether the decision is reasonable because it reflects a proportionate balance" between the *Charter* protections — both rights and values — at stake and the relevant statutory objectives (*Loyola*, at para. 37, citing *Doré*, at para. 57). As this Court explained in *Loyola*, a proportionate balancing is one "that gives effect, as fully as possible to the *Charter* protections at stake given the particular statutory mandate" (para. 39). That is, when the Minister balances the *Charter* protections with the relevant statutory objectives, he or she must ensure that the *Charter* protections are "affected as little as reasonably possible" in light of the state's particular objectives (*Loyola*, at para. 40). This approach respects the expertise that decision makers like the Minister bring to balancing *Charter* protections and statutory objectives in the context of the particular facts before them (*Loyola*, at para. 42, citing *Doré*, at para. 47).

(2) A Reviewing Court May Consider an Administrative Decision Maker's Implicit Reasons

[137] The Ktunaxa submit that the Minister did not consider their s. 2(*a*) claim at all when he made his decision and that his decision was therefore unreasonable. Although the Ktunaxa advised the Minister that their s. 2(*a*) right was implicated by his decision regarding the development (A.F., at para. 17), the Minister did not refer to s. 2(*a*) explicitly in his reasons for his decision.

par l'al. 2*a*), j'aborde maintenant le point de savoir si cette décision était raisonnable.

[136] Dans l'arrêt *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, la Cour établit le cadre d'analyse applicable pour décider si le Ministre a raisonnablement exercé le pouvoir discrétionnaire que lui accorde la loi en conformité avec les protections conférées par la *Charte* aux Ktunaxa (*Loyola*, par. 3). Lors d'un contrôle judiciaire, le rôle de la cour appelée à appliquer le cadre d'analyse établi dans *Doré* « consiste à se demander si la décision en cause est raisonnable parce qu'elle est le fruit d'une mise en balance proportionnée » des protections de la *Charte* — tant les droits que les valeurs — en jeu et des objectifs pertinents visés par la loi (*Loyola*, par. 37, citant *Doré*, par. 57). Comme l'a expliqué la Cour dans *Loyola*, une mise en balance proportionnée en est une « qui donne effet autant que possible aux protections en cause conférées par la *Charte* compte tenu du mandat législatif particulier en cause » (par. 39). Autrement dit, quand le Ministre met en balance les protections conférées par la *Charte* et les objectifs pertinents de la loi, il doit s'assurer que ces protections sont « restrei[ntes] [. . .] aussi peu que cela est raisonnablement possible » eu égard aux objectifs particuliers de l'État (*Loyola*, par. 40). Cette approche respecte l'expertise que les décideurs comme le Ministre apportent à la mise en balance des protections conférées par la *Charte* et des objectifs de la loi dans le contexte des faits particuliers dont ils sont saisis (*Loyola*, par. 42, citant *Doré*, par. 47).

(2) Une cour de révision peut examiner les motifs implicites d'un décideur administratif

[137] Les Ktunaxa soutiennent que le Ministre n'a pas du tout pris en compte leur revendication fondée sur l'al. 2*a*) au moment de prendre sa décision et que celle-ci était donc déraisonnable. Bien que les Ktunaxa aient informé le Ministre que sa décision concernant l'aménagement mettait en jeu le droit que leur reconnaissait l'al. 2*a*) (m.a., par. 17), il n'a pas mentionné explicitement cet alinéa dans ses motifs de décision.

2017 SCC 54 (CanLII)

[138] The chambers judge, Savage J., held that the Minister did not need to specifically refer to the s. 2(*a*) claim made by the Ktunaxa, because the Minister addressed the "substance" of the asserted *Charter* right in his reasons: the Ktunaxa's spiritual connection to Qat'muk, and the impact the development would have on this connection (2014 BCSC 568, 306 C.R.R. (2d) 211, at paras. 270 and 273). Although Savage J. found that the Minister's decision did not infringe the Ktunaxa's s. 2(*a*) right, he stated that if he was wrong in this regard, the Minister's decision amounted to a proportionate balancing of the *Charter* protections with the statutory objectives (para. 301).

[139] As I will explain, I agree with Savage J. in two respects: (1) that the Minister addressed the "substance" of the Ktunaxa's s. 2(*a*) right; and (2) that it is implicit from the Minister's reasons that he proportionately balanced the *Charter* protections at stake for the Ktunaxa with the relevant statutory objectives. In this case, it is important to recall that reviewing courts may consider an administrative decision maker's implicit reasoning for reaching a decision. As Abella J. held in *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, the reasons given by an administrative decision maker are not required to explicitly address every argument raised by the claimant:

> Reasons may not include all the arguments, statutory provisions, jurisprudence or other details the reviewing judge would have preferred, but that does not impugn the validity of either the reasons or the result under a reasonableness analysis. A decision-maker is not required to make an explicit finding on each constituent element, however subordinate, leading to its final conclusion . . . . [para. 16]

[140] Rather, the ultimate question for the reviewing court is whether "the reasons allow the reviewing court to understand why the [administrative decision maker] made its decision and permit it to determine whether the conclusion is within the range of acceptable outcomes" (*ibid.*). Even if the reasons

[138] Le juge en chambre, le juge Savage, a conclu que le Ministre n'avait pas à mentionner expressément la revendication faite par les Ktunaxa sur la base de l'al. 2*a*) parce qu'il a traité de la « substance » du droit invoqué au titre de la *Charte* dans ses motifs : le lien spirituel des Ktunaxa avec le Qat'muk et l'impact qu'aurait l'aménagement sur ce lien (2014 BCSC 568, 306 C.R.R. (2d) 211, par. 270 et 273). Bien que le juge Savage ait estimé que la décision du Ministre ne portait pas atteinte au droit reconnu aux Ktunaxa par l'al. 2*a*), il a dit que, même s'il se trompait sur ce point, la décision du Ministre était le fruit d'une mise en balance proportionnée des protections conférées par la *Charte* et des objectifs de la loi (par. 301).

[139] Comme je l'expliquerai, je partage l'avis du juge Savage à deux égards : (1) le Ministre a traité de la « substance » du droit garanti aux Ktunaxa par l'al. 2*a*) et (2) il ressort implicitement des motifs du Ministre qu'il a mis en balance de façon proportionnée les protections de la *Charte* en jeu pour les Ktunaxa et les objectifs pertinents de la loi. En l'espèce, il importe de rappeler que la cour de révision peut tenir compte du raisonnement adopté implicitement par le décideur administratif pour parvenir à une décision. Comme l'a déclaré la juge Abella dans *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, il n'est pas nécessaire que les motifs du décideur administratif abordent explicitement chaque argument soulevé par le demandeur :

> Il se peut que les motifs ne fassent pas référence à tous les arguments, dispositions législatives, précédents ou autres détails que le juge siégeant en révision aurait voulu y lire, mais cela ne met pas en doute leur validité ni celle du résultat au terme de l'analyse du caractère raisonnable de la décision. Le décideur n'est pas tenu de tirer une conclusion explicite sur chaque élément constitutif du raisonnement, si subordonné soit-il, qui a mené à sa conclusion finale . . . [par. 16]

[140] La question que la cour de révision doit trancher au bout du compte est plutôt de savoir si « [les motifs] permettent à la cour de révision de comprendre le fondement de la décision du [décideur administratif] et de déterminer si la conclusion fait partie des issues possibles acceptables » (*ibid.*).

2017 SCC 54 (CanLII)

do not seem wholly adequate to justify the outcome, a reviewing court should seek to first supplement the reasons of the decision maker before substituting its own decision (*ibid*., at para. 12). Reasonableness review thus entails "a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision" (*ibid.*, at para. 12, citing D. Dyzenhaus, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286; see also *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at para. 58). For example, in *Newfoundland Nurses*, although the chambers judge and a dissenting judge at the Court of Appeal found that the administrative decision maker's reasons disclosed no line of reasoning which could lead to his conclusion, this Court held that the decision maker was "alive to the question at issue and came to a result well within the range of reasonable outcomes" (para. 26). His decision was therefore reasonable.

(3) The Minister Was Alive to the Substance of the Ktunaxa's Section 2(*a*) Right

[141] In my view, it is clear from the Minister's reasons that he was alive to the "substance" of the Ktunaxa's asserted *Charter* right: the Ktunaxa's spiritual connection to Qat'muk, and the fact that any permanent development in Qat'muk would sever their spiritual connection to the land. The Minister did note that the Ktunaxa's *prima facie* claim to an Aboriginal right under s. 35 based on their spiritual connection to the land was "weak" (see Minister's Rationale, at Schedule "F" of 2014 BCSC 568, pp. 117-24 ("Rationale"), at p. 122 (CanLII)). However, as I will explain, this assessment of the s. 35 claim was based on factors which are irrelevant to the s. 2(*a*) inquiry and thus had no bearing on the Minister's consideration of the Ktunaxa's s. 2(*a*) right.

[142] In assessing the *prima facie* claim to an Aboriginal right as "weak", the Minister specifically referred to elements of the test under s. 35 for evaluating an Aboriginal right (see *R. v. Van der Peet*,

Même si les motifs ne semblent pas tout à fait convenables pour justifier l'issue, la cour de révision doit d'abord chercher à les compléter avant de leur substituer sa propre décision (*ibid*., par. 12). Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable commande donc [TRADUCTION] « une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision » (*ibid.*, par. 12, citant D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286; voir aussi *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, par. 58). Par exemple, dans *Newfoundland Nurses*, bien que le juge siégeant en cabinet et une juge dissidente de la Cour d'appel aient conclu que les motifs du décideur administratif ne faisaient ressortir aucun raisonnement susceptible de mener à la conclusion à laquelle il était parvenu, notre Cour a jugé que le décideur avait « bien saisi la question en litige et qu'il [était] parvenu à un résultat faisant sans aucun doute partie des issues possibles raisonnables » (par. 26). Sa décision était donc raisonnable.

(3) Le Ministre a bien saisi la substance du droit garanti aux Ktunaxa par l'al. 2*a*)

[141] À mon avis, il ressort des motifs du Ministre qu'il a bien saisi la « substance » du droit revendiqué par les Ktunaxa en vertu de la *Charte* : leur lien spirituel avec le Qat'muk et le fait que toute installation permanente dans ce secteur romprait le lien en question. Le Ministre a effectivement qualifié de [TRADUCTION] « faible » la revendication à première vue, par les Ktunaxa, d'un droit ancestral reconnu à l'art. 35 du fait de leur lien spirituel avec la terre (voir les motifs du Ministre à l'annexe « F » de la décision 2014 BCSC 568, p. 117-124 (« Motifs »), p. 122 (CanLII)). Toutefois, comme je l'expliquerai, cette évaluation de la revendication fondée sur l'art. 35 reposait sur des facteurs étrangers à l'analyse concernant l'al. 2*a*) et ne se rapportait donc pas à la décision du Ministre sur le droit garanti aux Ktunaxa par l'al. 2*a*).

[142] Pour juger « faible » la revendication à première vue d'un droit ancestral, le Ministre a explicitement mentionné des éléments du test à utiliser en application de l'art. 35 pour évaluer ce droit (voir

2017 SCC 54 (CanLII)

[1996] 2 S.C.R. 507, at paras. 46, 55 and 60). These elements include whether the tradition or practice was engaged in prior to contact with Europeans and whether it was integral to the distinctive culture of the Aboriginal group. The Minister noted that there was no indication that Jumbo Valley was under threat from "permanent forms of development at the time of contact such that the right claimed would have been one that was exercised or an aboriginal tradition, practice or activity integral to the culture of [the] Ktunaxa", and that the "details of the spiritual interest in the valley" were not shared with or known by the general Ktunaxa population (Rationale, at p. 122).

[143] These elements of the test for identifying an Aboriginal right under s. 35 are not part of the s. 2(*a*) inquiry. As indicated, in order to determine that there is an infringement of a s. 2(*a*) right, there are two requirements: (1) that the religious belief or practice is sincerely held; and (2) that state conduct has interfered with the ability to act in accordance with the belief or practice in a non-trivial way. It follows that the Minister's comment that the *prima facie* claim concerning the Ktunaxa's spiritual connection to the land was "weak" goes only to the strength of the s. 35 claim and has no bearing on the assessment of the Ktunaxa's s. 2(*a*) right.

[144] In fact, in his Rationale, the Minister explicitly recognized that the proposed development put at stake the Ktunaxa's spiritual connection to Qat'muk — the substance of their s. 2(*a*) right. Although the Minister assessed the strength of the s. 35 claim to an Aboriginal right as "weak", he stated that he "sincerely recognize[d] the genuinely sacred values at stake for Ktunaxa leadership and the Knowledge Keepers in particular" (p. 122). In his Consultation/Accommodation Summary (reproduced in R.R. (Minister), at pp. 66-154), which the Minister refers to in his Rationale, he noted that Jumbo Valley is an area of cultural significance with sacred values, and that "the Land of the Grizzly Spirit" is a highly important spiritual site in the Ktunaxa's traditional

R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 46, 55 et 60). Au nombre de ces éléments figurent les points de savoir si la tradition ou pratique précède le contact avec les Européens et si elle faisait partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone. D'après le Ministre, rien n'indique que la vallée Jumbo était menacée par des [TRADUCTION] « aménagements permanents au moment du contact qui auraient entraîné l'exercice du droit revendiqué ou fait en sorte que celui-ci constitue une tradition, pratique ou activité ancestrale au cœur de la culture des Ktunaxa », et les « détails de l'intérêt spirituel dans la vallée » n'étaient ni communiqués à la population générale des Ktunaxa ni connus de cette dernière (Motifs, p. 122).

[143] Ces éléments du test servant à identifier un droit ancestral reconnu à l'art. 35 ne font pas partie de l'analyse fondée sur l'al. 2*a*). Comme je l'ai indiqué, pour décider qu'il y a atteinte à un droit garanti à l'al. 2*a*), deux conditions doivent être réunies : (1) il s'agit d'une croyance ou pratique religieuse sincère et (2) la conduite étatique a nui à la capacité de se conformer à la croyance ou pratique de manière non négligeable. Par conséquent, la remarque du Ministre selon laquelle la revendication à première vue concernant le lien spirituel des Ktunaxa avec la terre était « faible » se rapporte uniquement à la solidité de la revendication fondée sur l'art. 35 et n'a rien à voir avec l'évaluation du droit garanti aux Ktunaxa par l'al. 2*a*).

[144] En fait, dans ses Motifs, le Ministre a expressément reconnu que l'aménagement proposé mettait en jeu le lien spirituel des Ktunaxa avec le Qat'muk, la substance du droit que leur garantit l'al. 2*a*). Bien que le Ministre ait jugé « faible » la revendication d'un droit ancestral fondée sur l'art. 35, il a dit avoir [TRADUCTION] « reconn[u] sincèrement les valeurs réellement sacrées en jeu pour les dirigeants des Ktunaxa et les gardiens du savoir en particulier » (p. 122). Dans son Résumé des consultations et des mesures d'accommodement (reproduit dans le d.i. (Ministre), p. 66-154), auquel renvoie le Ministre dans ses Motifs, il a signalé que la vallée Jumbo est un secteur d'importance culturelle auquel sont associées des valeurs sacrées et que [TRADUCTION] « la

2017 SCC 54 (CanLII)

lands (p. 111). In my view, the Minister was thus alive to the substance of the Ktunaxa's s. 2(*a*) right.

(4) The Minister Engaged in Proportionate Balancing

(a) *Statutory Objectives*

[145] Before turning to the question of whether the Minister engaged in proportionate balancing of the substance of the Ktunaxa's s. 2(*a*) right and his statutory mandate, I begin with the relevant statutory objectives in this case. The Minister referred to several of his statutory obligations under the *Land Act*, R.S.B.C. 1996, c. 245, and the *Ministry of Lands, Parks and Housing Act*, R.S.B.C. 1996, c. 307, that were relevant to his decision. At page 119 of his Rationale, the Minister noted that under those Acts, he is "responsible for the administration of Crown land" (see *Land Act*, s. 4), "responsible to dispose of Crown land where [he] considers advisable in the public interest" (see *Land Act*, s. 11(1)), and "responsible for encouraging outdoor recreation" (see *Ministry of Lands, Parks and Housing Act*, s. 5(b)). When the reasons of the Minister are read fairly as a whole, it is apparent that he took these objectives into account in arriving at his decision.

(b) *The Minister's Efforts to Accommodate the Ktunaxa's Section 2(a) Claim*

[146] As I will explain, it is apparent from the Minister's reasons that he tried to limit the impact of the proposed development on the substance of the Ktunaxa's s. 2(*a*) right as much as reasonably possible given these statutory objectives. The Minister in fact provided significant accommodation measures that specifically addressed the Ktunaxa's spiritual connection to the land. As Savage J. noted, these accommodations were "clearly intended to reduce the footprint of the Proposed Resort within Qat'muk and lessen the effect of the Proposed Resort on Grizzly bears, within which the Ktunaxa say

terre de l'Esprit de l'Ours Grizzly » est une partie fort importante sur le plan spirituel du territoire traditionnel des Ktunaxa (p. 111). J'estime donc que le Ministre a bien saisi la substance du droit garanti aux Ktunaxa par l'al. 2*a*).

(4) Le Ministre s'est livré à une mise en balance proportionnée

a) *Objectifs visés par la loi*

[145] Avant de passer à la question de savoir si le Ministre a mis en balance de façon proportionnée la substance du droit garanti aux Ktunaxa par l'al. 2*a*) et le mandat que lui confie la loi, j'aborde les objectifs législatifs pertinents en l'espèce. Le Ministre a fait état de plusieurs de ses obligations découlant de la *Land Act*, R.S.B.C. 1996, c. 245, et de la *Ministry of Lands, Parks and Housing Act*, R.S.B.C. 1996, c. 307, qui ont joué dans sa décision. À la p. 119 de ses Motifs, il fait remarquer qu'aux termes de ces lois, il est [TRADUCTION] « responsable de l'administration des terres de la Couronne » (voir la *Land Act*, art. 4), « chargé d'aliéner les terres de la Couronne lorsqu['il] l'estime indiqué dans l'intérêt public » (voir la *Land Act*, par. 11(1)) et « chargé d'encourager les activités de plein air » (voir la *Ministry of Lands, Parks and Housing Act*, al. 5(b)). Lorsqu'on interprète impartialement les motifs du Ministre dans leur ensemble, il est clair qu'il a tenu compte de ces objectifs pour parvenir à sa décision.

b) *Les efforts déployés par le Ministre pour satisfaire à la revendication des Ktunaxa fondée sur l'al. 2a)*

[146] Comme je l'expliquerai, il ressort des motifs du Ministre qu'il a essayé de limiter autant qu'il était raisonnablement possible de le faire l'impact de l'aménagement proposé sur la substance du droit garanti aux Ktunaxa par l'al. 2*a*) compte tenu de ces objectifs visés par la loi. Le Ministre a en fait consenti des mesures d'accommodement importantes qui touchaient précisément le lien spirituel des Ktunaxa avec la terre. Comme l'a souligné le juge Savage, ces mesures d'accommodement [TRADUCTION] « visaient clairement à réduire l'empreinte de la station de ski proposée dans le Qat'muk et à

2017 SCC 54 (CanLII)

the Grizzly Bear Spirit manifests itself" (para. 313). These measures included the following (Rationale, at p. 123):

- The area of the "controlled recreation area" was reduced by 60% and reductions were also made to the "total resort development area".

- An area was removed "from the controlled recreation area of the lower Jumbo Creek area that has been perceived as having greater visitation potential from Grizzly bears".

- The "controlled recreation area" was also "amended to remove ski lifts on the West side of the valley, where impact to Grizzly bear habitat was expected to be greatest".

- The Province of B.C. would "pursue the establishment of a Wildlife Management Area (WMA)" in order "to address potential impacts in relation to Grizzly bears and aboriginal claims relating to spiritual value of the valley". The Ktunaxa were invited to engage with the Province in the development and implementation of the WMA objectives.

[147] It is true that these accommodation measures were provided in the context of the Minister's duty to consult and accommodate under s. 35. The Minister provided these measures, as well as other accommodations, as part of a consultative process that occurred "at the deep end of the consultation spectrum" (Rationale, at p. 123). But, as indicated, the Minister provided the accommodation listed above to specifically address the Ktunaxa's spiritual interest in the land, even though the Minister assessed the strength of the Ktunaxa's *prima facie* s. 35 claim based on this interest as "weak". In my opinion, it does not make sense that the Minister would provide significant accommodation for a "weak" s. 35 claim, which suggests that the Minister took into account the Ktunaxa's broader spiritual

atténuer les répercussions de cette station sur les grizzlys dans lesquels, aux dires des Ktunaxa, se manifeste l'Esprit de l'Ours Grizzly » (par. 313). Ces mesures comprenaient les suivantes (Motifs, p. 123) :

- La taille de la [TRADUCTION] « zone de loisir contrôlée » a été réduite de 60 p. 100 et on a également amputé « l'aire totale d'aménagement de la station ».

- On a retranché « de la zone de loisir contrôlée du secteur inférieur de la vallée Jumbo une région perçue comme davantage susceptible d'être fréquentée par les grizzlys ».

- La « zone de loisir contrôlée » a aussi été « modifiée par le retrait des remonte-pentes sur le côté ouest de la vallée car on pensait que l'impact sur l'habitat du grizzly y serait plus important ».

- La province de la Colombie-Britannique « irait de l'avant avec la mise sur pied d'une aire de gestion de la faune (AGF) » afin « de contrer les répercussions possibles du projet sur les grizzlys et les revendications autochtones touchant la valeur spirituelle de la vallée ». On a invité les Ktunaxa à discuter avec la province de l'élaboration et de la mise en œuvre des objectifs de l'AGF.

[147] Certes, ces mesures d'accommodement ont été consenties eu égard à l'obligation du Ministre de consulter et d'accommoder découlant de l'art. 35. Le Ministre a offert ces mesures et d'autres accommodements dans le cadre d'un processus de consultation qui s'était rendu [TRADUCTION] « à l'extrémité supérieure du continuum de consultation » (Motifs, p. 123). Mais, tel qu'il est indiqué précédemment, le Ministre a offert les accommodements énumérés ci-dessus pour répondre précisément à l'intérêt spirituel des Ktunaxa sur la terre même s'il a jugé « faible » la revendication à première vue des Ktunaxa fondée sur l'art. 35. Il me semble illogique que le Ministre consente des accommodements importants pour une « faible » revendication fondée sur l'art. 35, ce qui donne à penser que le

2017 SCC 54 (CanLII)

interest in the land, distinct from the context of their s. 35 claim.

[148] The Chief Justice and Rowe J. take a different approach. They explain this apparent tension by asserting that the Minister assessed as "weak" only the Ktunaxa's s. 35 claim that their spiritual connection to the land would be severed by any permanent development. For them, the Minister determined that the Ktunaxa's "broader claim to spiritual values in Qat'muk" under s. 35 was strong, and he accordingly engaged in deep consultation (para. 99).[1] In my view, even if my colleagues are right that the Minister engaged in deep consultation to address the Ktunaxa's "overall spiritual claim" (para. 99) under s. 35, it follows that the Minister provided the accommodation above to reduce the impact of the development on the Ktunaxa's spiritual connection to Qat'muk. These measures indicate that the Minister made efforts to mitigate the impact on the substance of their s. 2(*a*) right as much as reasonably possible given his statutory mandate.

[149] Nonetheless, I acknowledge that these accommodation measures only reduce the footprint of the development in Qat'muk, a very important spiritual site in the Ktunaxa's religion. They do not prevent the loss of the Ktunaxa's spiritual connection to the land once the development is built and Grizzly Bear Spirit leaves Qat'muk. The Ktunaxa's position is that there is no "middle ground" available regarding the development: no accommodation is possible, as no permanent structures can be built on the land or Qat'muk will lose its sacred nature. The Minister therefore had two options before him: approve the development or permit the Ktunaxa to

[1] To be clear, as I have indicated above, it is plain from the Minister's reasons that he assessed the Ktunaxa's s. 35 claim based on their spiritual connection to the land as "weak". However, I am satisfied that the duty to consult and accommodate under s. 35 with respect to this claim was met by the deep consultation engaged in by the Minister.

Ministre a tenu compte de l'intérêt spirituel général des Ktunaxa sur le terrain indépendamment de leur revendication fondée sur l'art. 35.

[148] La Juge en chef et le juge Rowe adoptent une perspective différente. Ils expliquent cette contradiction apparente en affirmant que le Ministre a qualifié de « faible » uniquement la prétention des Ktunaxa fondée sur l'art. 35 selon laquelle leur lien spirituel avec la terre serait rompu par tout aménagement permanent. D'après eux, le Ministre a décidé que leur « revendication générale visant les valeurs spirituelles associées au Qat'muk » au titre de l'art. 35 était solide et il a donc procédé à des consultations approfondies (par. 99)[1]. À mon avis, même si mes collègues ont raison de dire que le Ministre a procédé à des consultations approfondies pour répondre à la « revendication générale de nature spirituelle » (par. 99) des Ktunaxa en conformité avec l'art. 35, il s'ensuit que le Ministre a offert les accommodements susmentionnés pour réduire l'incidence de l'aménagement sur le lien spirituel des Ktunaxa avec le Qat'muk. Ces mesures indiquent que le Ministre s'est efforcé d'atténuer autant qu'il était raisonnablement possible de le faire l'impact sur la substance du droit que leur garantit l'al. 2*a*) compte tenu de son mandat législatif.

[149] Néanmoins, je reconnais que ces mesures d'accommodement ne font que réduire l'empreinte de l'aménagement sur le Qat'muk, un lieu spirituel qui revêt une grande importance dans la religion des Ktunaxa. Elles n'empêchent pas les Ktunaxa de perdre leur lien spirituel avec la terre après que la station de ski soit construite et que l'Esprit de l'Ours Grizzly quitte le Qat'muk. Les Ktunaxa estiment qu'il n'y pas de « moyen terme » à l'égard de l'aménagement : aucun accommodement n'est possible, car aucune installation permanente ne peut être érigée sur la terre, sinon le Qat'muk perdra son caractère sacré. Le Ministre avait donc deux

[1] Précisons que, comme je l'ai mentionné précédemment, il ressort des motifs du Ministre qu'il a jugé « faible » la revendication faite par les Ktunaxa au titre de l'art. 35 sur la base de leur lien spirituel avec la terre. Or, je suis convaincu que le Ministre s'est acquitté de l'obligation de consulter et d'accommoder que lui impose cet article en procédant aux consultations approfondies.

2017 SCC 54 (CanLII)

veto the development on the basis of their freedom of religion. As I will explain, it can be implied from the Minister's decision that permitting the Ktunaxa to veto the development was not consistent with his statutory mandate. Indeed, it would significantly undermine, if not completely compromise, this mandate.

(c) *The Right to Exclude*

[150] Granting the Ktunaxa a power to veto development over the land would effectively give the Ktunaxa a significant property interest in Qat'muk — namely, a power to exclude others from constructing permanent structures on over 50 square kilometres of public land. This right of exclusion is not a minimal or negligible restraint on public ownership. It gives the Ktunaxa the power to exclude others from developing land that the public in fact owns. The public in this case includes an Aboriginal group, the Shuswap Indian Band, that supports the development — a fact which the Minister explicitly took into consideration in his reasons. The Shuswap Indian Band is supportive of the development in part because of "the potential economic development opportunities it may provide" (R.R. (Minister), at p. 68).

[151] The power of exclusion is an essential right in property ownership, because it gives an owner the exclusive right to determine the use of his or her property and to ensure that others do not interfere with that use (see B. Ziff, *Principles of Property Law* (6th ed. 2014), at p. 6). Without the power of exclusion, the owner is unable to dictate how his or her property will be used. Even a person who has a limited power of exclusion — for example, the power to prevent development of the land — will be able to exercise control over the property and dictate its use to a significant extent.

[152] In granting a limited power of exclusion to the Ktunaxa, the Minister would effectively transfer the public's control of the use of over 50 square kilometres of land to the Ktunaxa. This power would permit the Ktunaxa to dictate the use of the land —

choix : approuver l'aménagement ou permettre aux Ktunaxa d'opposer leur veto à l'aménagement en raison de leur liberté de religion. Comme je l'expliquerai, on peut déduire de la décision du Ministre que le deuxième choix n'était pas compatible avec son mandat législatif. En effet, cela minerait considérablement la réalisation de ce mandat, voire lui porterait un coup fatal.

c) *Le droit d'interdiction*

[150] Conférer aux Ktunaxa le pouvoir d'opposer leur veto à l'aménagement du territoire en question leur donnerait dans les faits un intérêt propriétal d'envergure sur le Qat'muk, à savoir le pouvoir d'interdire à autrui de construire des installations permanentes sur plus de 50 kilomètres carrés de terres publiques. Ce droit d'interdiction n'est pas une restriction minimale ou négligeable de la propriété publique. Il donne aux Ktunaxa le pouvoir d'interdire à autrui d'aménager un territoire qui appartient effectivement à la population. Cette dernière comprend un groupe autochtone, la Shuswap Indian Band, qui est en faveur de l'aménagement, un fait dont a expressément tenu compte le Ministre dans ses motifs. La Shuswap Indian Band est favorable à l'aménagement notamment en raison [TRADUCTION] « des possibilités de développement économique qu'il peut offrir » (d.i. (Ministre), p. 68).

[151] Le pouvoir d'interdiction est un droit essentiel à la propriété d'un bien car il accorde au propriétaire le droit exclusif de décider de l'usage de son bien et d'éviter que d'autres personnes ne nuisent à cet usage (voir B. Ziff, *Principles of Property Law* (6e éd. 2014), p. 6). Sans le pouvoir d'interdiction, le propriétaire ne peut dicter l'usage qui sera fait de son bien. Même le titulaire d'un pouvoir limité d'interdiction — comme celui de prévenir l'aménagement du territoire — pourra exercer un contrôle sur le bien et en dicter l'usage dans une large mesure.

[152] S'il accordait aux Ktunaxa un pouvoir limité d'interdiction, le Ministre leur céderait dans les faits le contrôle que détient le public sur l'utilisation de plus de 50 kilomètres carrés de terres. Ce pouvoir permettrait aux Ktunaxa de dicter l'usage

2017 SCC 54 (CanLII)

2017 SCC 54 (CanLII)

namely, preventing any permanent structures from being constructed — so that it does not conflict with their religious belief in the sacred nature of Qat'muk. A religious group would therefore be able to regulate the use of a vast expanse of public land so that it conforms to its religious belief. It seems implicit from the Minister's reasons that permitting a religious group to dictate the use of a large tract of land according to its religious belief — and excluding the public from using the land in a way contrary to this belief — would undermine the objectives of administering Crown land and disposing of it in the public interest. It can be inferred that the Minister found that granting the Ktunaxa such a power of exclusion would not fulfill his statutory mandate. Rather, it would significantly compromise — if not negate — those objectives.

du territoire — soit empêcher la construction de toute installation permanente — pour éviter qu'elle n'entre en conflit avec leur croyance religieuse dans le caractère sacré du Qat'muk. Un groupe religieux serait donc en mesure de réglementer l'utilisation d'une vaste étendue de terre publique pour qu'elle se conforme à sa croyance religieuse. Il semble se dégager implicitement des motifs du Ministre que permettre à un groupe religieux de dicter l'utilisation d'une grande étendue de terrain selon sa croyance religieuse — et d'interdire à la population d'utiliser le terrain contrairement à cette croyance — entraverait la réalisation des objectifs d'administrer les terres de la Couronne et de les aliéner dans l'intérêt public. On peut en déduire que, selon le Ministre, conférer aux Ktunaxa pareil pouvoir d'interdiction ne lui permettrait pas de remplir son mandat législatif. L'octroi de ce pouvoir compromettrait plutôt substantiellement l'atteinte de ces objectifs, voire lui porterait un coup fatal.

[153] As indicated, the Ktunaxa's s. 2(*a*) claim left the Minister with two options: either to approve the development, or to grant the Ktunaxa a right to exclude others from constructing any permanent development on over 50 square kilometres of public land. This is distinct from a situation where some reasonable accommodation — a "middle ground" — is possible. For example, where a claimant seeks limited access to an area of land, or seeks to restrict a certain activity on an area of land during certain limited time periods, granting an accommodation may not have the effect of undermining the Minister's statutory objectives of administering Crown land and disposing of it in the public interest. As proportionate balancing under *Doré* requires limiting *Charter* protections "no more than is necessary given the applicable statutory objectives" (*Loyola*, at para. 4), in such cases, it may be unreasonable for the Minister not to provide these accommodations.

[153] Comme je l'ai indiqué, la revendication des Ktunaxa fondée sur l'al. 2*a*) laissait deux choix au Ministre : soit approuver l'aménagement, soit accorder aux Ktunaxa le droit d'interdire à autrui de construire toute installation permanente sur plus de 50 kilomètres carrés de terres publiques. Ce cas se distingue d'une situation où il est possible de parvenir à un compromis raisonnable, un « moyen terme ». Par exemple, lorsqu'un demandeur réclame l'accès limité à un secteur ou cherche à restreindre une activité donnée dans un secteur pendant certaines périodes limitées, le fait d'offrir un accommodement n'aura peut-être pas pour effet d'entraver la réalisation des objectifs confiés par la loi au Ministre d'administrer les terres de la Couronne et de les aliéner dans l'intérêt public. Puisque la mise en balance proportionnée établie dans *Doré* exige qu'on ne limite pas les protections énumérées dans la *Charte* « plus qu'il n'est nécessaire compte tenu des objectifs applicables visés par la loi » (*Loyola*, par. 4), en pareil cas, il peut être déraisonnable pour le Ministre de ne pas offrir ces accommodements.

[154] But here, an accommodation that would not compromise the Minister's statutory mandate was unavailable. As indicated, the Minister did make an

[154] Mais dans l'affaire qui nous occupe, il était impossible d'offrir un accommodement qui ne compromettrait pas la réalisation du mandat confié au

effort to provide the Ktunaxa with accommodation to limit the impact on their religious freedom, but the Ktunaxa took the position that no permanent development in the area could be allowed. This placed the Minister in a difficult, if not impossible, position. He determined that if he granted the power of exclusion to the Ktunaxa, this would significantly hamper, if not prevent, him from fulfilling his statutory objectives: to administer Crown land and to dispose of it in the public interest. In the end, he found that the fulfillment of his statutory mandate prevented him from giving the Ktunaxa a veto right over the construction of permanent structures on over 50 square kilometres of public land.

[155] In view of the options open to the Minister, I am satisfied that this decision was reasonable in the circumstances. It limited the Ktunaxa's right "as little as reasonably possible" given the statutory objectives (*Loyola*, at para. 40) and amounted to a proportionate balancing.

III. Conclusion

[156] For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Peter Grant & Associates, Vancouver; Diane Soroka Avocate Inc., Westmount, Quebec.

Solicitor for the respondent the Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the respondent Glacier Resorts Ltd.: Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.

Ministre par la loi. Je le rappelle, le Ministre s'est efforcé de fournir aux Ktunaxa un accommodement pour limiter l'impact du projet sur leur liberté de religion, mais les Ktunaxa ont soutenu qu'on ne pouvait autoriser aucun aménagement permanent dans le secteur. Cela a mis le Ministre dans une situation difficile, voire impossible. Selon lui, s'il accordait le pouvoir d'interdiction aux Ktunaxa, cela le gênerait considérablement dans la réalisation de ses objectifs légaux, voire l'empêcherait de les réaliser : administrer les terres de la Couronne et les aliéner dans l'intérêt public. En fin de compte, il a jugé que la réalisation du mandat que lui attribue la loi l'empêchait de donner aux Ktunaxa un droit de veto sur la construction d'installations permanentes sur plus de 50 kilomètres carrés de terres publiques.

[155] Vu les choix qui s'offraient au Ministre, je suis convaincu que cette décision était raisonnable dans les circonstances. Elle a restreint le droit des Ktunaxa « aussi peu que cela [était] raisonnablement possible » compte tenu des objectifs visés par la loi (*Loyola*, par. 40) et était le fruit d'une mise en balance proportionnée.

III. Conclusion

[156] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants : Peter Grant & Associates, Vancouver; Diane Soroka Avocate Inc., Westmount, Québec.

Procureur de l'intimé Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intimée Glacier Resorts Ltd. : Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.

2017 SCC 54 (CanLII)

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the interveners the Canadian Muslim Lawyers Association, the South Asian Legal Clinic of Ontario and the Kootenay Presbytery (United Church of Canada): Stockwoods, Toronto; Khalid Elgazzar, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Christian Legal Fellowship: Vincent Dagenais Gibson, Ottawa; Christian Legal Fellowship, London, Ontario.

Solicitors for the intervener the Alberta Muslim Public Affairs Council: Nanda & Company, Edmonton.

Solicitor for the intervener Amnesty International Canada: Ecojustice Canada, Toronto.

Solicitors for the intervener the Te'mexw Treaty Association: JFK Law Corporation, Victoria.

Solicitors for the intervener the Central Coast Indigenous Resource Alliance: Ng Ariss Fong, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Shibogama First Nations Council: Olthuis, Kleer, Townshend, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Chamber of Commerce: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Goldblatt Partners, Toronto.

Solicitor for the intervener the Council of the Passamaquoddy Nation at Schoodic: Paul Williams, Ohsweken, Ontario.

Solicitors for the intervener the Katzie First Nation: Donovan & Company, Vancouver.

Solicitors for the interveners the West Moberly First Nations and the Prophet River First Nation: Devlin Gailus Westaway, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs des intervenants l'Association canadienne des avocats musulmans, South Asian Legal Clinic of Ontario et Kootenay Presbytery (United Church of Canada) : Stockwoods, Toronto; Khalid Elgazzar, Ottawa.

Procureurs des intervenantes l'Alliance évangélique du Canada et l'Alliance des chrétiens en droit : Vincent Dagenais Gibson, Ottawa; Alliance des chrétiens en droit, London, Ontario.

Procureurs de l'intervenant Alberta Muslim Public Affairs Council : Nanda & Company, Edmonton.

Procureur de l'intervenante Amnistie internationale (Canada) : Ecojustice Canada, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Te'mexw Treaty Association : JFK Law Corporation, Victoria.

Procureurs de l'intervenante Central Coast Indigenous Resource Alliance : Ng Ariss Fong, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant Shibogama First Nations Council : Olthuis, Kleer, Townshend, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Chambre de commerce du Canada : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Goldblatt Partners, Toronto.

Procureur de l'intervenant Council of the Passamaquoddy Nation at Schoodic : Paul Williams, Ohsweken, Ontario.

Procureurs de l'intervenante Katzie First Nation : Donovan & Company, Vancouver.

Procureurs des intervenantes West Moberly First Nations et Prophet River First Nation : Devlin Gailus Westaway, Victoria.

2017 SCC 54 (CanLII)

6

SUPREME COURT OF PRINCE EDWARD ISLAND

Citation: Mi'kmaq of P.E.I. v. Province of P.E.I. et al. 2018 PESC 20

Date: June 25, 2018
Docket: S1-GS-27549
Registry: Charlottetown

2018 PESC 20 (CanLII)

Between:

**The MI'KMAQ OF PRINCE EDWARD ISLAND,
CHIEF MATILDA RAMJATTAN, on her own behalf and on behalf of
all of the members of the LENNOX ISLAND FIRST NATION, and
CHIEF BRIAN FRANCIS, on his own behalf and on behalf of
all of the members of the ABEGWEIT FIRST NATION**

Applicants

And:

**HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF THE PROVINCE OF
PRINCE EDWARD ISLAND, 9711864 CANADA INC.,
and DONALD J. MCDOUGALL**

Respondents

Before: The Honourable Justice Gordon L. Campbell

Appearances:

David M. Rosenberg, Q.C., John W. Hennessey, Q.C. and David W.P. Moriarty, counsel for the Applicants

M. Lynn Murray, Q.C. and Thomas Isaac, counsel for Her Majesty the Queen in Right of the Province of Prince Edward Island

David W. Hooley, Q.C., counsel for 9711864 Canada Inc. and Donald J. McDougall

Place and date of hearing	Charlottetown, Prince Edward Island January 16 to 19, 2018
Place and date of judgment	Charlottetown, Prince Edward Island June 25, 2018

2018 PESC 20 (CanLII)

2018 PESC 20 (CanLII)

Administrative law - Judicial review - Aboriginal law - Crown land - Assertion of title - Aboriginal rights - Aboriginal title - Duty to consult and accommodate - Honour of the Crown - When does duty arise - Content and extent of duty to consult - The *Haida* spectrum - Preliminary assessment of the strength of case and degree of impact of contemplated Crown action - Principles governing consultation process.

Provincial Crown lands had been leased to a private development company and used as a golf course and resort complex for approximately 34 years. The operation had been losing money for several years. The Province sought expressions of interest from the private sector for the lease, management, or purchase of the 325 acres of lands and complex. The Province gave notice of its intentions to the Mi'kmaq prior to issuing its initial request for expressions of interest. The Mi'kmaq asserted title to the lands in question, and asserted title to all of Prince Edward Island. The Province and the Mi'kmaq communicated on numerous occasions about various aspects of the proposed disposition of Crown lands. Over approximately 4 ½ years the Province dealt with various proponents, eventually reaching agreement to sell the lands and complex to a new developer. The Mi'kmaq filed a judicial review application seeking a declaration that the Province had failed to satisfy its duty to consult and accommodate Mi'kmaq interests prior to the transfer of lands. They sought a declaration that the Orders-in-Council approving the sale were invalid and that the conveyance of lands to the new developer was void.

Held: The application for judicial review was dismissed.

STATUTE CONSIDERED: ***Constitution Act, 1982***, Section 35

CASES CONSIDERED: ***Tsilhqot'in Nation v. British Columbia***, 2014 SCC 44; ***Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)***, 2004 SCC 73; ***Ahousaht Indian Band v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)***, 2008 FCA 212; ***Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council***, 2010 SCC 43; ***Canada (Public Works and Government Services) v. Musqueam First Nation,*** 2008 FCA 214; ***Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)***, 2005 SCC 69; ***Delgamuukw v. British Columbia***, [1997] 3 S.C.R. 1010, 1997 CanLII 302 (SCC); ***R. v. Van der peet***, [1996] 2 S.C.R. 507; ***Canada (Attorney General) v. Long Plain First Nation***, 2015 FCA 177; ***Cold Lake First Nations v. Alberta (Tourism, Parks and Recreation)***, 2013 ABCA 443; ***Louis v. British Columbia (Minister of Energy, Mines, and Petroleum Resources)***, 2013 BCCA 412; ***Musqueam Indian Band v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)***, 2005 BCCA 128; ***Hupacasath First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)***, 2005 BCSC 1712; ***Katlodeeche First Nation v. Canada (Attorney General)***, 2013 FC 458; ***Little***

Salmon/Carmacks First Nation v. Yukon (Director, Agricultural Branch, Department of Energy, Mines & Resources) 2010 SCC 53 (also cited as ***Beckman v. Little Salmon, et al.***); ***Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*** 2017 SCC 54

TABLE OF CONTENTS

1.	**Introduction**	para. 1	p. 4
2.	**Applicants seek judicial review**	para. 4	p. 4
3.	**Consultation Agreement**	para. 9	p. 5
4.	**Call for Expressions of Interest**	para. 12	p. 8
5.	**Communication between the parties**	para. 20	p. 10
6.	**Issues**	para. 59	p. 30
7.	**Standard of Review**	para. 60	p. 30
8.	**Issue 1 - Duty to Consult**	para. 64	p. 32
	A) Was the Province required to consult and/or accommodate the Mi'kmaq of PEI prior to the transfer of Lands to McDougall and his Company?		
	(i) When does a duty to consult arise?	para. 72	p. 34
	(ii) Is the proposed conduct sufficient to trigger a duty to consult?	para. 83	p. 40
9.	**Issue 2 - Extent of the Duty to Consult**	para. 90	p. 41
	A) What factors are considered in determining the degree or extent of consultation required in this case? What, if any, consultation did occur?		
	(i) Evidentiary burden rests on claimant	para. 95	p. 43
	(ii) Principles governing consultation process	para.106	p. 46
	B) A preliminary assessment of the strength of the case for Aboriginal title to the Land		
	(i) What information did the parties have on the strength of the asserted Aboriginal claim for title and the seriousness of any adverse impact on Aboriginal rights claimed prior to the decision being made by Government?	para.110	p. 49
	(ii) What evidence did the Mi'kmaq present to	para.115	p.

2018 PESC 20 (CanLII)

	support their assertion of title?		
	(iii) What information was known by the Province about the Mi'kmaq assertion of title prior to making its decision?	para.126	p. 53
10.	**Exchanges regarding the consultation process itself**	para.132	p. 54
11.	**Determining the degree of consultation required**	para.154	p. 58
12.	**Issue 3 - Did the Province meet its obligation to consult and, if appropriate, accommodate?**	para.163	p. 61
13.	**Whether a duty to consult was triggered is a moot point**	para.186	p. 68
14.	**Issues relating to respondents McDougall and 9711864 Canada Inc.**	para.187	p. 68
15.	**Disposition**	para.195	p. 70

Campbell J.:

Introduction

[1] The Mill River Resort (the "Resort"), located in western Prince Edward Island, includes an 18 hole championship-style golf course, a hotel, a campground, and a fun park. The Resort, which sits on four parcels of land totalling approximately 325 acres (the "Lands"), has been operating since 1983. The Mill River Golf Course is one of four golf courses owned by the Province, each of which are associated with large tourist accommodations. Rodd Hotels and Resorts ("Rodds") have operated the Resort through a lease agreement with the Province for most of the past 34 years.

[2] In recent years, the Province has been losing money on its golf course operations. For that reason, in 2012, it decided to determine if anyone in the private sector had any interest in taking over its golf courses. In its Speech from the Throne on April 4, 2012, the Government signalled its intention to reassess and re-examine the manner in which it provided support to the tourism industry "to ensure [their] limited resources support the highest value return for the Province".

2018 PESC 20 (CanLII)

The Speech declared, “As well, my Government will introduce a public and transparent Request for Proposals to determine private interest in the four Provincial Golf Courses”.

[3] After issuing a Call for Expression of Interest in 2012, and after completing various discussions and negotiations, in January, 2017, the Government of Prince Edward Island announced it had reached an agreement to sell the Mill River Resort complex to a private developer. The Government issued two Orders-in-Council which granted permission for Donald J. McDougall (Order-in-Council EC 2017-6) and his company, 9711864 Canada Inc., (Order-in-Council EC 2017-12), to acquire the Lands from the Province.

2018 PESC 20 (CanLII)

Applicants seek judicial review

[4] The applicants applied for judicial review of Orders-in-Council EC 2017-6 and EC 2017-12. They seek the following relief:

> a) that the Orders-in-Council be declared invalid and be set aside;
>
> b) that any transfer of lands purported to have taken place pursuant to those Orders-in-Council is without effect; and
>
> c) a declaration that the respondent Province of Prince Edward Island failed to adequately consult and/or accommodate the Mi’kmaq of Prince Edward Island with respect to the decision to convey the Lands to the respondents, McDougall and his company.

[5] An additional application for an interim injunction prohibiting the further transfer of the Lands has been put in abeyance pursuant to a “standstill agreement” between the applicants and McDougall and his company. The standstill agreement expires after a fixed period of time following the issuance of this decision.

[6] The applicants are identified as the Mi’kmaq of Prince Edward Island, Chief Matilda Ramjattan, on her own behalf and on behalf of all members of the Lennox Island First Nation, and Chief Brian Francis, on his own behalf and on behalf of all of the members of the Abegweit First Nation. The Mi’kmaq Confederacy of Prince Edward Island (“Mi’kmaq Confederacy” or the “Confederacy” or “MCPEI”) is a nonprofit company which represents an alliance of the Lennox Island First Nation and the Abegweit First Nation, which are the two Indian bands which comprise the Mi’kmaq of PEI. I will generally refer to the applicants as the “Mi’kmaq Confederacy” or the “Confederacy” as that is the body which represents all of the applicants and through whom most of the contact or communications with the respondent Province flowed. I will refer to communications with the individual Chiefs when necessary to do so.

[7] I will refer to the respondent Her Majesty the Queen in Right of the Province of Prince Edward Island as the “Province”, or the “Government”.

[8] I will refer to the respondents Donald J. McDougall and his company, 9711864 Canada Inc., collectively as “McDougall” or “McDougall and his company”, unless the context requires specific reference to the company.

Consultation Agreement

[9] In 2012, the Mi’kmaq of Prince Edward Island, together with the Government of Prince Edward Island and the Government of Canada, signed a “Consultation Agreement”. To allow for an understanding of the nature of the agreement, I have set out the first several paragraphs:

> The Parties agree as follows:
>
> **PURPOSE**
>
> 1. **The consultation process under this Agreement is available whenever Canada or Prince Edward Island wishes to conduct consultation on the record and with prejudice with the Lennox Island First Nation and Abegweit First Nation respecting a decision or activity that may impact any established or asserted Mi’kmaq Aboriginal or treaty rights**.
>
> **MI’KMAQ OF PRINCE EDWARD ISLAND CONSULTATION UNIT**
>
> 2. The Mi’kmaq Consultation Unit is established, appointed by and reports to the two (2) Mi’kmaq First Nations in Prince Edward Island through the Mi’kmaq Confederacy of PEI Inc. (MCPEI).
>
> 3. The Mi’kmaq Consultation Unit has been mandated by the Mi’kmaq and the Chiefs and Councils of each of the two (2) Mi’kmaq Bands that subscribe to this Agreement to act as their agent in the consultation process as described in section 5.
>
> **CANADA AND PRINCE EDWARD ISLAND PARTICIPATION**
>
> 4. Canada or Prince Edward Island shall participate in consultations through the federal departments, provincial departments or other Crown agencies responsible for the decision or activity in respect of which consultation is sought.
>
> **CONSULTATION PROCESS**
>
> 5. The consultation process shall operate in good faith on the basis of the following:

2018 PESC 20 (CanLII)

a. **Where Canada or Prince Edward Island wishes to initiate consultation under this Agreement, they shall provide notification in writing to the Mi'kmaq Consultation Unit that consultation respecting a particular decision or activity is intended**;

b. **Canada or Prince Edward Island shall make good faith efforts to provide to the Mi'kmaq Consultation Unit all relevant information with respect to the proposed decision or activity and sufficient time to assess whether or not and the extent to which the decision or activity may impact on established or asserted Mi'kmaq Aboriginal or treaty rights**;

c. **The Mi'kmaq Consultation Unit shall, within a reasonable period of time, identify and communicate to Canada or Prince Edward Island any concern they may have respecting any potential adverse impact on established or asserted Mi'kmaq Aboriginal or treaty rights**;

d. Canada or Prince Edward Island shall consider the concerns identified pursuant to 5c, identifying potential accommodations, if any;

e. The Parties concerned may seek the engagement of industry proponents as part of any consultation conducted pursuant to this Agreement;

f. **Canada or Prince Edward Island shall notify the Mi'kmaq Consultation Unit of any decision reached, including responses to the issues or concerns raised, and notification of accommodations, if any, as a result of the consultation**; and,

g. The Parties concerned may terminate by written notice of seven (7) calendar days any consultation conducted pursuant to this Agreement.

LEGAL STATUS

6. **This Agreement does not require any Party to undertake consultation or to reach agreement in respect of any particular decision or activity**.

7. Nothing in this Agreement is intended to alter any statutory or regulatory requirements to which governments are subject.

2018 PESC 20 (CanLII)

8. **The consultation process under this Agreement is optional** and does not preclude the Parties from engaging in consultation independent of this process or from concluding additional or alternative consultation agreements.

9. This Agreement is not subject to settlement privilege and may be tendered as evidence in a court of law or other legal proceeding.

10. Consultation conducted pursuant to this Agreement is not subject to settlement privilege and evidence respecting consultation activities may be tendered as evidence in a court of law or other legal proceeding if the evidence is relevant to an issue of whether a duty to consult was or was not met.

11. **Nothing in this Agreement is intended to:**

    a. alter or define the duty to consult;

    b. create, alter or define any obligation on the Mi'kmaq respecting the duty to consult;

    c. prevent the Mi'kmaq from relying on any common law or statutory right they may have respecting the duty to consult; or

    d. represent the views of, or be interpreted as admissions by, any of the Parties with respect to the nature and scope of the duty to consult.

12. **Nothing in this Agreement is intended to recognize, deny, create, extinguish, abrogate, derogate from or define any Aboriginal or treaty rights that the Mi'kmaq may have.**

...

(Emphasis added throughout)

[10] The Consultation Agreement consists of non-binding declarations by each of the parties. The Province may give written notice to the Mi'kmaq that they intend to commence consultations with respect to a matter which may affect Aboriginal or treaty rights. Notwithstanding the use of the word "shall" from time to time in the agreement, the entire consultation process described in the agreement is "optional". It provides for notification of intention to consult, the use of best efforts to provide all relevant information, and the provision of a response by the Mi'kmaq within a reasonable time to any concerns arising. Neither party is required to undertake consultation or reach agreement, and no rights are intended to be created or extinguished or otherwise affected in any way.

2018 PESC 20 (CanLII)

[11] While the Consultation Agreement provided some basic process for consultation to occur, both the Province and the Mi'kmaq Confederacy acknowledged there is a legal obligation to "consult and, if appropriate, accommodate" with respect to asserted Aboriginal title and right, in situations or circumstances described in decisions of the Supreme Court of Canada.

2018 PESC 20 (CanLII)

Call for Expressions of Interest

[12] On July 10, 2012, prior to seeking public input, Her Majesty the Queen in Right of the Province of Prince Edward Island (the "Province"or the "Government") corresponded with Chief Brian Francis of the Abegweit First Nation and Chief Darlene Bernard of the Lennox Island First Nation. The Government advised them that the Department of Tourism and Culture was proposing to publish a Call for Expression of Interest to assist them in assessing the level of interest from the private sector in either purchasing, leasing, or engaging in the management of the provincial golf courses, and asked if further consultation was required.

[13] In the correspondence, which was copied to Don MacKenzie, Randy Angus, and Tammy MacDonald of the Mi'kmaq Confederacy, Helen Kristmanson of the Aboriginal Affairs Secretariat, and to Chris Jones, Director Tourism and Culture, the Province identified the golf courses and disclosed the Provincial Identification Numbers (PID#s) of the lands in question. Further materials were included in the information package, including location and ortho maps. The draft of the Call for Expression of Interest included in the information package referred to the potential for interested parties to purchase, lease, or manage the resort(s) and related properties. The correspondence of July 10, 2012, then stated:

> ...
>
> We kindly request your review of the information provided and advise us if further consultation with our Department regarding the information is required. We would appreciate if your response could be provided to the undersigned by *August 21, 2012.* If you are unable to meet that date, we kindly request your advising us of when you feel a response could be provided.
>
> ...

[14] The Confederacy responded to the Province on July 17, 2012, through its Executive Director, Senior Legal Advisor and Director of Intergovernmental Affairs, Don MacKenzie, stating:

> ...

> The First Nations expect to be consulted with respect to each and every decision that government may make in relation to this matter. However, there is no issue with putting out the expression of interest.

[15] That correspondence was the first exchange between the parties specifically in relation to the Province's wish to divest itself of its golf courses. The parties had numerous other exchanges of correspondence or consultations, between July, 2012 and January 10, 2017, when the Government passed the now-challenged Orders-in-Council.

[16] Following receipt of the response from the Confederacy, the Government published a Call for Expression of Interest in local and national newspapers on July 21, 2012. In addition, various invitations were sent to several North American golf course management companies.

[17] According to the Province, the Mill River Resort had, for several years, provided significant economic benefits to the West Prince County area of Prince Edward Island, and was an important draw for tourists to the whole of western PEI. However, by the mid-2000's, similar to the other three provincially owned golf courses, the Mill River Golf Course and the fun park, campground, and hotel resort were all suffering ongoing financial losses. Many major capital upgrades have been deferred resulting in the need, by 2012, for significant capital investment to improve, repair or replace a large portion of the infrastructure throughout the Resort. The Province estimated the combined payroll for the Resort operations to be in the range of $1.7 million per annum. In addition, 15,000 rounds of golf were played annually at the Mill River Golf Course, with additional hotel and campground accommodation nights being in the range of 6,500 and 2,500 respectively. The Province estimated that, in addition to the annual losses being incurred, the Resort required an investment of several million dollars.

[18] In response to its Call for Expression of Interest, the Province received numerous proposals with respect to some or all of the golf courses and related properties. According to the Province, it eventually focussed on the McDougall proposal for the Mill River Resort as a potential opportunity to revitalize tourism, upgrade or replace infrastructure, increase capital investment, and secure employment and other economic benefits for Western PEI.

[19] The Province was of the view that the Resort and related activities provide significant and much needed economic and socioeconomic benefits to the residents of western PEI. The Province stated that over the period of four and one-half years from the issuance of the Call for Expression of Interest to the time of making a decision, they considered various factors including:

a) the overall benefits to the taxpayers of Prince Edward Island;

2018 PESC 20 (CanLII)

b) issues and implications from a staffing, human resources and union perspective;
c) contractual arrangements and agreements with Rodd Resorts, as operator of the hotel situated at the Mill River Resort;
d) employment and tourism issues for the overall West Prince area; and
e) the need to engage in reasonable and adequate consultation with the Mi'kmaq Confederacy pertaining to the potential disposition of the provincially owned golf courses.

Communication between the parties

[20] The Province maintains that, with respect to the Mill River Lands, significant consultation did occur between it and the Mi'kmaq in the period from July 10, 2012 and January 11, 2017. They submit their consultations are reflected in, and highlighted primarily through, approximately 25 pieces of correspondence between the parties. They also refer to the fact there were three meetings between the parties specifically dealing with the Mill River Lands. Those meetings were held on November 3, 2016, December 5, 2016, and December 22, 2016. In addition, the Chiefs met with the Premier on one or more occasions. Further, on January 10, 2017, they met with the Provincial Cabinet which was the decision-maker whose decision is the subject of the application for judicial review. Neil Stewart, the Deputy Minister of Economic Development and Tourism at the time of the issuance of the Orders-in-Council, also testified that there were additional communications and un-minuted meetings of a general nature during which the issues relating to the Mill River Resort were discussed. The Province claims its consultation was adequate to satisfy its obligations to the Mi'kmaq of Prince Edward Island.

[21] The Mi'kmaq Confederacy maintains that the required consultation and accommodation did not occur. Throughout their correspondence they expressed that the Province required the "consent" of the Mi'kmaq of PEI before any conveyance of Crown lands could be completed, and such consent was not given.

[22] The parties addressed the numerous communications between the Province and Mi'kmaq of PEI. As the issue of the degree of consultation is central to the issue in dispute in this matter, there is value in reviewing those communications in detail. The highlighting, or bold print, appearing in the communications has been added by me, unless otherwise indicated.

2012
July 10, 2012

[23] This correspondence is referred to in para. 13 above. That the Province was conscious of its obligation to consult is clear from a reading of its initial

2018 PESC 20 (CanLII)

correspondence from Leo Creamer, Manager, Provincial Lands, to the Chiefs of the Abegweit and Lennox Island First Nations on July 10, 2012, in which he included a request to be advised of the desire for "**further consultation with our department**".

2018 PESC 20 (CanLII)

July 13, 2012

[24] The obligation to consult is even more pointedly referred to in follow-up contact from Kim Horrelt, Senior Director, Capital Planning, to Don Mackenzie, Executive Director of MCPEI. She emailed him on July 13, 2012, stating:

> Hi Don,
>
> I am assuming you received the **duty to consult notification letter** with respect to the "Expression of Interest" the Department of Tourism would like to put out on the provincial golf courses.
>
> The "Expression of Interest" is simply that, a way to gauge if there is any interest **for another party to buy, lease, or manage** any one, or all of the Provincial golf courses. ... **(Emphasis added)**

July 17, 2012

[25] This correspondence has already been referred to in para. 14 above. In it, the Executive Director responded to Ms. Horrelt by email on July 17, 2012, stating:

> ...
>
> **The First Nations expect to be consulted with respect to each and every decision that government may make in relation to this matter**. However, there is no issue with putting out the expression of interest.

August 29, 2012

[26] The next correspondence of significance came from MacKenzie of MCPEI, on August 29, 2012. It was an email to Leo Creamer, Manager of Provincial Lands, which was copied to MacDonald and Angus of MCPEI. In it, Mackenzie stated:

> ...
>
> I just wanted to touch base and advise that **our preliminary research** of the lands containing the four provincial golf courses has revealed a number of traditional Mi'kmaq activities potentially impacting on Aboriginal rights. **We will have further research to undertake before any kind of official consultation response can be provided. Until such time as we can explore the issues in more detail, the PEI**

> **Mi'kmaq would object to any Crown action or decision being taken with respect to those Crown lands - further consultation will be required**. Just wanted to give you a preliminary update.
>
> ...

2013
August 20, 2013

[27] Almost a year passed before the next recorded correspondence, which was again from Mackenzie by email to Ms. Horrelt on August 20, 2013, stating:

> ... **We haven't received any further consultation** respecting this matter from the Province, which I assume means nothing more has happened. But just thought I would check to see if there has been any activity since the expression of interest was put out last year. Anything?
>
> ...

[28] Following the email to Horrelt on August 20, 2013 a telephone conversation took place between Chris Jones of the Department of Tourism and Culture, and Mackenzie, on August 21, 2013.

September 30, 2013

[29] MacKenzie expressed the views of the Mi'kmaq Confederacy in correspondence of September 30, 2013, stating:

> ...
>
> Further to my email to Kim Horrelt of August 20th and the telephone conversation between you and me on August 21st, I am writing in relation to the possible Provincial Government (Crown) activity respecting one or more of the provincially owned golf courses (Mill River, Crowbush, Brudenell, Dundarave).
>
> In my email to Kim Horrelt in July of 2012, we advised that while the Mi'kmaq took no issue with the Crown publishing an "expression of interest" in the newspaper, there was the stated expectation that there must be Crown consultation with the Mi'kmaq with respect to each and every Crown decision relating to the subject properties. As we had heard nothing, we assumed that there was no activity respecting the properties, as set out in my August 20th email. However, after our phone conversation, I understand that there is some potential Crown activity in relation to one or more of the courses. As stated during our conversation, the Mi'kmaq have received no consultation respecting the potential activity, and such consultation is required before any Crown decisions are made.

2018 PESC 20 (CanLII)

> **As this matter involves large parcels of Crown land in areas where there is an abundance of traditional Mi'kmaq activities, Mi'kmaq Aboriginal and treaty rights may be negatively impacted by any Crown decision. Therefore, Crown consultation, and potentially accommodation, is mandatory**.
>
> **Until such time as proper and meaningful consultation with the Mi'kmaq has been undertaken, as well as appropriate accommodation, we will state for the record that we formally object to any Crown activities or decisions being made in relation to these properties**.
>
> ...

2018 PESC 20 (CanLII)

November 5, 2013

[30] William Dow, Q.C., ("Dow") responded to MacKenzie's letter by correspondence of November 5, 2013, stating:

> ...
>
> This letter is further to yours of September 30, 2013 addressed to Chris Jones of the Department of Tourism and Culture. Please be advised that we are legal counsel to the Department with respect to the "potential" sale of the Government owned golf courses.
>
> **For your information, no agreement has been reached, to date, with any of the proponents pertaining to the sale of these assets. If the Government of Prince Edward Island intends to reach such an agreement, it will ensure that its legal obligations with the Mi'kmaq of Prince Edward Island are fulfilled**.
>
> Should you have any questions, please do not hesitate to contact the undersigned.
>
> ...

2014
November 26, 2014

[31] The next substantive communication occurred a year after Dow's letter. The position of the PEI Mi'kmaq was set out by MacKenzie in correspondence to the Honourable Robert Henderson, Minister of Tourism and Culture, on November 26, 2014:

> ...

> I write to you on behalf of Chief Brian Francis of the Abegweit First Nation and Chief Matilda Ramjattan of the Lennox Island First Nation in relation to the potential conveyance of the Crown owned Mill River Golf Course and complex. We have noted that an article appeared in the November 22nd 2014, edition of the Charlottetown Guardian which indicates that **you have confirmed that the government is in discussions with a "perspective** [sic] **buyer". This is very surprising in light of the fact the PEI Mi'kmaq have not yet received any consultation notification**.
>
> As you are aware, **the Mi'kmaq Governments have asserted Aboriginal title to all lands and waters of Prince Edward Island, including adjacent areas and offshore islands**, and this certainly includes the Crown owned Mill River complex. Also, **the area in question is significant to the Mi'kmaq in terms of traditional and historical uses**, and therefore this is a matter that could have an adverse impact on Mi'kmaq Aboriginal and treaty rights.
>
> As such, **the Provincial Crown has a duty to meaningfully consult with the PEI Mi'kmaq before it makes any decision or takes any action** in relation to the Mill River property. Further, **as the property is subject to an assertion of Aboriginal title, the consent of the Mi'kmaq must be obtained prior to any conveyance being made. We formally advise that we object to any action being taken in relation to this property until such time as the Mi'kmaq have granted consent**.
>
> **We look forward to receiving a thorough consultation letter from the Provincial Crown at the earliest possible time,** should your government be considering taking any action respecting the subject property. Should you or your staff have any questions, please do not hesitate to contact me at any time.
>
> **I trust the foregoing to be satisfactory and that the position of the Mi'kmaq is clear.**
>
> ...

December 3, 2014

[32] On December 3, 2014, Jones from the Department of Tourism and Culture responded, with correspondence to Chief Francis and Chief Ramjattan:

> ...
>
> Please be advised that **the Department of Tourism and Culture,** in conjunction with the Department of Transportation and Infrastructure Renewal (TIR)**, intends to divest itself of the following properties**:

2018 PESC 20 (CanLII)

1. Provincial Parcel No. 39610 which contains **the Mill River Resort, the Mill River Golf Course and the Mill River Campground**; and

2. Provincial Parcel Nos. 559534 and 47217 to serve as **an access road** for the Mill River Resort, the Mill River Golf Course and the Mill River Campground.

Please find attached maps which provide locations and further property detail.

In keeping with the Provincial Policy on Consultation with the Mi'kmaq, **please consider this a formal consultation notice in relation to this proposed divestiture**. **Please provide any comments or information on how the proposed actions set out in this letter may affect your established and asserted Aboriginal and treaty rights**.

The Atlantic Canada Opportunities Agency (ACOA) has received an application for support for this proposed project. In keeping with the spirit of the 2012 Canada, Prince Edward Island and Mi'kmaq consultation agreement, ACOA will be participating in this process with the Government of Prince Edward Island.

Should you require further information, staff from the Department of Tourism and Culture, the Department of Transportation and Infrastructure Renewal and ACOA would be pleased to meet and discuss the proposed project.

The Department of Tourism and Culture on behalf of the Department of Transportation and Infrastructure Renewal **requests a response be provided to the undersigned by December 31, 2014 in order for your comments to be considered prior to a decision being made on this proposed divestiture**.

If you have any questions regarding the activities proposed herein or this notification package, please contact the undersigned.

...

[33] Three Geomatics maps were attached showing the subject parcels of land together with the surrounding parcels. The acreage and address of each parcel was also reflected in those maps.

December 19, 2014

[34] MacKenzie replied to Jones on December 19, 2014:

...

2018 PESC 20 (CanLII)

Firstly, I note that your letter has requested a response by December 31, 2014. As you are aware, **our protocol with the Provincial Government requires a minimum of 30 days from the date of notification to the date of requested response**. As the period is less than 30 days, and in light of the fact the Christmas holiday is in the middle of this period, the requested time frame is not in keeping with the spirit of meaningful and good faith consultation.

Secondly, before adopting a final position in this matter, or determining a reasonable time frame in which we could respond, **the PEI Mi'kmaq will require further details in relation to this proposed divestiture of Crown land. Please advise as to whom the Crown land is to be conveyed, and what the intended use is to be in relation to this significant acreage of Crown land post disposal**. If the Crown has already negotiated any kind of agreement prior to having sent the consultation notification, please provide us with full disclosure in relation to what was agreed.

Thirdly, our research has uncovered archaeological sites in Mill River and Cascumpec Bay areas. Our research has also revealed extensive historical Mi'kmaq use of the area, which includes campsites; hunting; and clay gathering for pottery. Traditional Mi'kmaq use includes group campsites, access for fishing and wild fruit gathering. Therefore, any conveyance of this Crown land will adversely impact on Mi'kmaq Aboriginal and treaty rights. If any disposal/conveyance were to take place, the Provincial Crown would have to accommodate the PEI Mi'kmaq as a result of the rights based infringement stemming from the disposal.

Fourthly, as the Provincial Crown is aware, the Mi'kmaq Governments have asserted Aboriginal title to all lands and waters of Prince Edward Island, including adjacent areas and offshore islands; and the assertion of Aboriginal title certainly includes those Crown lands that are the subject of this proposed disposal. As such, **and in addition to the consultation/accommodation required in relation to the rights based infringement, the Provincial Crown must secure the consent of the PEI Mi'kmaq before any disposal can be made**. This would be the case in relation to any Crown land, and certainly with such a large piece of Crown land that is historically and traditionally significant to the Mi'kmaq. If the Provincial Crown is intent on pursuing this disposal, **the two levels of government will have to engage in a meaningful and good faith negotiation process to determine if, and under what conditions, Mi'kmaq consent might be secured**. **To be clear, if no consent is secured, the Mi'kmaq formally object to, and strictly prohibit the disposal of this important Crown land**.

We look forward to receiving the requested details before embarking on the next phase of the consultation/accommodation process. Should you have any questions, please do not hesitate to contact me.

...

2018 PESC 20 (CanLII)

2015
January 30, 2015

[35] A detailed letter setting out the Province's activities to date, its future intentions for the Lands, and level of knowledge of Aboriginal activity in the area of the Mill River Resort was sent by Jones to MacKenzie on January 30, 2015:

> ...
>
> Thank you for your letter dated December 19, 2014 regarding the Province's potential plans for the Mill River Resort property. In your letter, you requested further information about this file.
>
> To date, this process has involved the Province, a private developer, West Prince Developments Inc. (a non-profit incorporated under Part II of the Companies Act) and the Atlantic Canada Opportunities Agency. **No agreement has been negotiated at this time.**
>
> At present, the Government of Prince Edward Island operates the golf course and provincial campground as contained on PID 39610 being +/- 282 acres. River Resorts Ltd. (doing business as Rodd's Mill River Resort) operates the hotel accommodation by way of a long term lease and aquaplex by way of a management agreement on this same property. Two other properties PID 559534 containing +/- 14 acres and PID 47217 containing +/- 4 acres are also included in this divestiture process.
>
> **The Province is in discussion with a private developer who is interested in purchasing the golf course, provincial campground, hotel, and adjacent lands (as referenced above)**. The private developer's intent is to maintain the existing use of the land, i.e. a golf course, campground and hotel. Any such change of use, either through development and/or subdivision would be subject to any and all relevant Provincial and/or federal statutes or regulations. It is intended that the not for profit corporation would assume title to the aquaplex.
>
> Upon successful completion of an agreement, the developer is proposing to carry out renovations of the hotel accommodations. The intent would be to commence renovations immediately upon closing of the sale with an expected 12 month completion period.
>
> **Timing is critical as it is anticipated that certain components require completion prior to the commencement of the busy 2015 tourism season beginning July 1, 2015.**
>
> In your letter you also make reference to the presence of archaeological sites and traditional Mi'kmaq use on the properties under discussion. **Our records show that a systematic archaeological survey of the Mill River system was completed by archaeologist Anna Sawicki in**

2018 PESC 20 (CanLII)

> **1984.** This survey was conducted mainly along the north shore of the Mill River, and included Fox Island, Hills River, Meggison's Creek, Long Creek, and Ashley Creek. **No archaeological sites were located in the surveyed areas and none are known within a five kilometre radius of the resort property**. Sawicki's interviews with local residents further identified traditional Mi'kmaq use in the 1930s at Carruthers Brook and at another unspecified location in the Mill River area. **We appreciate that your research has also produced knowledge of archaeological sites and traditional use in the Mill River and Cascumpec Bay areas. In order for us to give this proper consideration, please send detailed information to Dr. Helen Kristmanson, Director of Aboriginal Affairs and Archaeology**.
>
> On a related note, **in our letter of December 3, 2014, wherein we identified our intent to divest the subject properties, we requested comments or information on how the proposed actions may affect Aboriginal and treaty rights of the PEI Mi'kmaq. In your letter of December 19, 2014 you indicated that the property in question is "historically and traditionally significant to the Mi'kmaq." As the property in question is a developed site with a golf course and other recreational facilities and will continue to be used for this purpose, please specify how the transfer of the property adversely impacts an aboriginal or treaty right**.
>
> **Consistent with the spirit of meaningful and good faith consultation, we hereby request that this information be provided to the undersigned on or before February 13, 2015 in order for this information to be considered prior to a decision being made on this proposed divestiture**.
>
> Should you require further information, staff from the Department of Tourism and Culture would be pleased to meet and discuss the proposed project.
>
> ...

February 5, 2015

[36] MacKenzie responded to the Jones' January 30, 2015 correspondence with an email dated February 5, 2015, which was copied to Kristmanson, Chief Francis, Chief Ramjattan, and others at government and with MCPEI:

> Hi Chris, I am in receipt of your letter dated Friday, January 30, 2015, which was received on February 4th. **We will endavour** [sic] **to put together the requested information, but cannot guarantee that we can accumulate and communicate it by February 13, 2015.** Your requested time line requires comment on what is entailed in meaningful consultation. As pointed out in my letter of December 19th, for the Province to send a letter on December 3rd and request a response by year's end on a conveyance of this scale and magnitude, it would not be

2018 PESC 20 (CanLII)

> acceptable in any event. When the Christmas break is factored in, it becomes even less acceptable and flies in the face of the current protocol between the Provincial Government and MCPEI. **After the Provincial Crown was in possession of our initial response for six (6) weeks, we receive** [sic] **your most recent letter indicating that "timing is critical" and a response is requested within 9 days of us receiving the letter. This is not meaningful consultation**. The approach taken by the Crown to date has actually shown a level of disrespect towards the PEI Mi'kmaq and represents an unacceptable double standard. I must also mention that, in addition to any information we gather and provide respecting Aboriginal and treaty rights, **it is imperative that the Provincial Crown understands that this is a matter of Aboriginal title for which Mi'kmaq consent is required**. This was outlined in greater detail in my letter of December 19th. We will respond to your request in a reasonable time frame. In the meantime, **please advise how the Provincial Crown would like to initiate the process of negotiation that could potentially lead to the required consent being provided**.
>
> ...

February 9, 2015

[37] On February 9, 2015, Jones wrote a letter responding to MacKenzie's email of February 5, 2015:

> ...
>
> **Thank you for your February 5, 2015 email response to my letter which was dated and hand-delivered to the MCPEI Office on Friday, January 30, 2015.**
>
> I was looking forward to seeing your information by February 13. However, in light of your comments regarding your need for more response time, and owing to a spell of bad weather that has disrupted everyone's work schedule, an extension to February 23 is acceptable.
>
> **In your email you asked "how the Provincial Crown would like to initiate the process of negotiation that could potentially lead to the required consent being provided." As my focus is strictly the property transaction (PID#s 39610, 559534, 47217), the Aboriginal Affairs Secretariat will address this broader matter separately**.
>
> ...

February 9, 2015

2018 PESC 20 (CanLII)

[38] On the same date as Jones responded to MacKenzie's email of February 5, 2015, Kristmanson of the Aboriginal Affairs Secretariat wrote to MacKenzie, stating, in part:

> ...
>
> **In your email, you made reference to "how the Provincial Crown would like to initiate the process of negotiation that could potentially lead to the required consent being provided." We are giving this matter due consideration, however, as we undergo a transitional period with the resignation of our Minister, we won't be in a position to offer a considered response until internal matters have settled. Thanks for your patience**.
>
> **In the meantime**, **I know you are working with Chris Jones to bring forward any site-specific concerns regarding the proposed Mill River Resort property transaction and look forward to receiving that information**.
>
> ...

February 23, 2015

[39] MacKenzie emailed Jones indicating further time was required to respond:

> Hi Chris. Further to your letter of February 9, 2015, wherein you stated that "an extension to February 23 is acceptable" in relation to our next response; I am writing to advise that **we will not be able to provide that response today**. As I hope you can appreciate, this is a comprehensive matter involving many issues and a very large piece of Crown land. **We will respond in a reasonable time frame, and will endeavour to do so in the next week**. Please let me know if you have any questions.
>
> ...

March 12, 2015

[40] MacKenzie responded with references to archaeological sites, inquiring about the eventual decision-maker on the project and the opportunity for submissions, and stating their position on the duty to consult and the need for Mi'kmaq consent. On March 12, 2015, he wrote:

> ...
>
> Further to your letters of January 30th and February 9th, 2015, as well as our email correspondence, I am again writing in relation to the proposed land disposal of Mill River PID 39610; 559534; and 47217, which your Department is considering.

2018 PESC 20 (CanLII)

> **Our research has uncovered Mi'kmaq archaeological sites near the proposed land disposal areas, including three pre-Contact sites. Historical Mi'kmaq use of the area includes campsites; hunting; and clay gathering for pottery. Traditional, "Living Memory," Mi'kmaq uses within the designated areas include group campsites and wild fruit gathering. It must be remembered that the MCPEI database is, to date, a partial inventory of existing knowledge. As such, it does not mean that the subject area was not used (or used for additional purposes) or that there are not additional archaeological sites/findings, rather that evidence of these, if they exist, has not yet been collected**.
>
> On another note, **please advise whether there will be a statutory decision maker making a determination with respect to the proposed sale and transfer of the subject properties**. If so, will there be an opportunity for the Mi'kmaq to appear and make submissions?
>
> We have other matters to address in relation to this matter. In your letter of February 9, you indicated that your "focus is strictly on the property transaction ... the Aboriginal Affairs Secretariat will address this broader matter separately"; that was in response to our question about how the Crown would like to initiate the process of negotiation. By Letter of the same date, Dr. Helen Kristmanson of the Aboriginal Affairs Secretariat advised that they were undergoing a transitional period with the resignation of the responsible Minister, and would not be in a position to offer a considered response until internal matters have settled. **We take this opportunity to highlight that the Crown bears the onus of engaging in meaningful consultation, and the Crown has indicated that it is unable to undertake the negotiation process at this time**. **We would also highlight that it is the "property transaction" that has triggered the consultation and which will require the consent of the Mi'kmaq. We formally advise that the property transaction must not proceed without full and meaningful consultation and accommodation; and must not proceed without the consent of the Mi'kmaq, which is only possible after the Crown has initiated and undertaken a meaningful and respectful negotiation process**.
>
> ...

March 26, 2015

[41] Jones responded to MacKenzie on March 26, 2015, asking for further information on the pre-contact sites and uses to which MacKenzie referred, identifying the Government as the final decision-maker, and speaking of the process for further submissions to be made:

> ...

2018 PESC 20 (CanLII)

> **In your letter you refer to the existence of three pre-contact Mi'kmaq archaeological sites near the Mill River Resort property**. As I detailed in my letter of January 30, 2015 provincial records show that a professional archaeologist conducted a survey of the Mill River system in 1984 mainly along the north shore of the Mill River, and included Fox Island, Hills River, Meggison's Creek, Long Creek and Ashley Creek. No archaeological sites were located in the surveyed areas and none are known within a five kilometre radius of the resort property. **As soon as possible, please provide additional information as to the location and identification of the sites you referred to and indicate whether they are registered archaeological sites with Borden system assignations**.
>
> The 1984 archaeological survey also identified traditional Mi'kmaq use in the 1930s at Carruthers Brook and at another unspecified location in the Mill River area. **Please provide further information as to the location of the traditional uses cited in your letter such as campsites, hunting, clay gathering, and wild fruit gathering, and any current uses**.
>
> The Department's work on the proposed transaction of the Mill River Resort property (PID#s 39610, 559534, 47217) is on-going. **A final decision on the matter rests with Government. Please provide any further submissions you may have through this consultative process on or before April 24, 2015.**
>
> **As referred to in my letter of February 9, 2015**, the focus of this consultation process is the proposed property transaction. Issues outside the scope of the proposed transaction and **any related consultation should be brought to the attention of the Aboriginal Affairs Secretariat, and to whom this letter is copied, for their consideration**.
>
> ...

April 24, 2015

[42] In lengthy correspondence from MacKenzie to Jones on April 24, 2015, some traditional uses are identified. The position being taken by the PEI Mi'kmaq is forcefully reiterated as it relates to their view that the onus to identify negative impacts on Aboriginal rights is solely on the Province and that the Province is solely responsible for meaningful consultation, and that Mi'kmaq consent is a prerequisite to any transfer of the Lands:

> ...
>
> **With respect to the archaeological evidence, it is important to recognize that the MCPEI database is, to date, a partial inventory and there might very well be evidence that has not yet been**

2018 PESC 20 (CanLII)

discovered. Also, the entries in the database can be based on oral evidence, which can make it difficult to determine locations with exact specificity. We intend to set up a meeting with the Provincial Archaeologist and respond in more detail after that meeting has taken place.

With respect to traditional uses, the campsites are located directly on the subject parcels. Respecting the hunting, clay gathering and wild fruit gathering; the subject parcels would have been used by the Mi'kmaq as part of the travel routes directly related to these traditional activities.

In addition to matters you have referenced, there are matters that we would request you clarify. Firstly, as referenced in my March 12 letter, will there be any statutory decision maker making a determination with respect to the proposed sale and transfer of the subject properties? If so, will there be an opportunity for the Mi'kmaq to appear and make submissions?

Also could you please advise and detail as to what stage the Provincial Crown is at respecting the proposed transaction. As the case law has clearly set out that the Crown is under an obligation to inform itself of the impact its project will have on the rights of the Mi'kmaq, please advise as to what the Crown has done in this regard, and when it will be formally communicated to the Mi'kmaq.

In addition to the archaeological evidence and traditional activities you reference, it must be remembered that the Mi'kmaq have asserted Aboriginal title to all of PEI, including the subject parcels. Therefore, **the purported transfer would have a significant impact because of the transfer and control to a third party**. We trust the Crown is fully aware of this.

It should be recognized by the Crown that the Mi'kmaq will have numerous other submissions to make respecting this matter, but until further information is provided by the Crown, we will not be in a position to do so. To date, the Crown has failed to comply with all of its obligations related to its constitutional duty to consult and accommodate.

You reference that "the focus of this consultation process is the proposed property transaction". You suggest that issues outside the scope of the proposed transaction and any related consultation should be brought to the attention of the Aboriginal Affairs Secretariat. With respect, that approach is counterproductive and flies in the face of meaningful consultation. This matter relates to a proposed Crown activity - the transfer of the subject parcels. Therefore, **the Provincial Crown has an obligation to engage in meaningful consultation, to accommodate, and to obtain the consent of the Mi'kmaq before any transfer is made. The associated issues of consultation/accommodation and consent are inextricably linked to the proposed transfer, and cannot**

2018 PESC 20 (CanLII)

> **be carved off into separate Crown activities and responsibilities. Such an approach by the Provincial Crown is absolutely unacceptable. There is no obligation on the part of the Mi'kmaq to bring matters to the attention of the Aboriginal Affairs Secretariat. The obligation is solely on the Provincial Crown to meaningfully consult and to obtain consent prior to any transfer**.
>
> By virtue of this letter, and our previous correspondence, we have clearly made it known to the Provincial Crown what the position of the Mi'kmaq is and what needs to happen before any transfer can take place. **Should the Provincial Crown want to engage it's Aboriginal Affairs Secretariat as part of its obligations and duty to consult, so be it. But to be clear, before the Provincial Crown (through Tourism and Culture) can consider moving ahead with the proposed transfer, the Provincial Crown must meaningfully consult and obtain the consent of the Mi'kmaq. Failure to do so will result in injunctive relief being sought by the Mi'kmaq as a result of the failure of the Provincial Crown to live up to its legal and constitutional obligations**.
>
> As to the last paragraph of your letter, we require significantly more information from the Provincial Crown, as clearly outlined in this letter and our previous correspondence. **Included therein is a proposed time frame and structure for the required negotiation process. We shall await all of this information from the Provincial Crown.**
>
> **I trust the position of the Mi'kmaq has been made clear**. Should you have any questions, please do not hesitate to contact me.
>
> ...

2018 PESC 20 (CanLII)

July 2, 2015

[43] Chief Brian Francis and Chief Matilda Ramjattan wrote to Prince Edward Island Premier H. Wade MacLauchlan on July 2, 2015, about the import of the Supreme Court of Canada decision in ***Tsilhqot'in Nation v. British Columbia***, 2014 SCC 44, for the Mi'kmaq of Prince Edward Island. They expressed their interpretation of that decision and that they believed the decision provided an opportunity for both parties to embark on a new path forward. The correspondence did not deal specifically with Mill River, but referred in general to Aboriginal title on PEI and their desire to move forward based on their understanding of the meaning of that case.

September 2015 to October 2016

[44] Between 2012 and 2014, Donald J. McDougall was involved in discussions and negotiations with the Province of Prince Edward Island, for the purchase of the Mill River Resort. Those discussions ended without any agreement. In September 2015, McDougall was contacted by the Province to see if he had an

interest in resuming negotiations for the possible acquisition of Mill River. That triggered a second round of negotiations which led to McDougall taking over the operation of the Mill River Resort for the 2016 season pursuant to a Management Services Agreement which was signed with the Province in April 2016. During the course of the 2016 season, and into the fall of 2016, McDougall continued negotiations with the Province.

2018 PESC 20 (CanLII)

2016
October 4, 2016

[45] Jones wrote to Chief Brian Francis and Chief Matilda Ramjattan on October 4, 2016, stating:

> ...
>
> **Please be advised that the Government of Prince Edward Island intends to convey the following properties**:
>
> 1) **PID 39610**, being 289 acres of land in Woodstock, PE in the possession of the Government of PEI and **being used as golf course, campground, roads, access and egress.**
>
> 2) **PID 559534**, being 14 acres of land in Woodstock, PE **containing access and egress to resort/golf property**
>
> 3) **PID 47217**, being 3.5 acres of land in Woodstock, PE (**corner property**)
>
> 4) **PID 605949**, being 29.06 acres of land in Woodstock, PE and **being used as a "fun park".**
>
> At this time **we would like to continue our consultations to provide further information and answer any questions you may have**. Please contact me at (902) 368-6342.
>
> ...

October 17, 2016

[46] Tammy MacDonald, Consultation/Negotiation Coordinator and Historical Researcher, for the Mi'kmaq Confederacy replied to Jones by email on October 17, 2016:

> ...

We received your consultation notification of Woodstock, PID 39610 (289 acres); 559534 (14 acres); 47217 (3.5 acres); 605949 (29.06 acres), thank you. Before we can complete our review, however, the MCPEI Consultation Unit would like some information on the properties.

What is the intended usage of the properties? As well, have the properties been appraised recently, and, if so, what is their appraised values? If not, the Consultation Unit would like to wait our response to this consultation until an appraisal has taken place, and we have been informed as to the value of the properties.

If you have any questions about this, please do not hesitate to contact me.

...

October 19, 2016

[47] Jones replied in correspondence to MacDonald, with a copy to MacKenzie, on October 19, 2016:

...

Further to your request for supplementary information dated October 17, 2016, I offer the following response.

Government intends to convey to a private sector company, properties located at Woodstock, PEI and identified as PID numbers 39610, 559534, 47217 and 605949.

The Province owns certain assets commonly referred to as Rodd Mill River Golf Course, the Mill River Fun Park and the Mill River Campground and owns and leases the Rodd Mill River Hotel and Aquaplex to Rodd Management Limited doing business as Rodd Hotels and Resorts.

The aforementioned private sector company intends to continue with the above noted uses.

The agreed upon purchase price of the provincial assets is $500,000.

The private sector company continues to negotiate with Rodd Management Limited for acquisition of the resort complex.

As for an appraised value, the property/operations have lost money on an annual basis for the last several years; therefore the assets from a business perspective have minimal value.

2018 PESC 20 (CanLII)

> Please be advised that the above noted information is confidential.
>
> ...

November 3, 2016

[48] The Government called a meeting for November 3, 2016, at the Premier's Office for the purpose of allowing McDougall to explain his proposal and future plans to MacKenzie. Those present at the meeting included Robert Vessey, Principal Secretary to the Premier, Paul Ledwell, Clerk of Executive Counsel, David Arsenault, Deputy Minister of Finance, Don MacKenzie, Executive Director and Senior Legal Counsel of the Mi'kmaq Confederacy of PEI, and Donald McDougall.

[49] The meeting lasted approximately one to one and one half hours during which McDougall briefed MacKenzie (and others present) on his intention to continue the current use of the Lands and on his future plans for refurbishment and redevelopment of the Lands. He testified that MacKenzie asked about what employment opportunities would be available for the Mi'kmaq of PEI at the Resort.

[50] MacKenzie's notes about the meeting indicate that it included a management update outlining what McDougall intended to do with the property. He also states that he advised the meeting that he was not a decision-maker and that he would have to take formal direction from First Nations leaders as to what their response would be. MacKenzie advised there were some community consultations scheduled and following that the leadership would formulate its position. MacKenzie states in his supplementary affidavit that he specifically referred to the Mi'kmaq claim to Aboriginal title, the importance of the land to the Mi'kmaq, and the ***Tsilhqot'in*** decision and stated that Mi'kmaq consent was required before any conveyance could take place. McDougall testified that he does not recall any comment from MacKenzie at the meeting regarding any intended legal intervention by the Mi'kmaq Confederacy of PEI.

November 18, 2016

[51] Following the meeting of November 3, 2016, MacKenzie wrote to Jones referencing previous correspondence on the issue:

> ..
>
> I write further to your letters of October 4 and October 19, 2016, in relation to the disposal of Woodstock, PID 39610; 559534; 47217; 605949 properties that the Government of Prince Edward Island is proposing. We would also like to thank you for providing us with the agreed purchase price of the properties.

2018 PESC 20 (CanLII)

> Consistent with our previous letters to the Provincial Crown, we are writing to formally advise that the Mi'kmaq firmly object to the disposal. In addition to the fact that the subject area is of significance to the Mi'kmaq in terms of matters related to Aboriginal and treaty rights, **the PEI Mi'kmaq have asserted Aboriginal title to all lands and waters of Prince Edward Island**, including adjacent areas and offshore islands - this obviously includes the subject parcel.
>
> **The law is clear that there can be no disposal of Crown land without the consent of the Mi'kmaq**. **We are hoping to develop a process with the Provincial Crown whereby the interests of the indigenous Mi'kmaq can be addressed and satisfied such that consent might be considered**. However, that process has not yet been successfully negotiated. As such, the PEI Mi'kmaq strenuously object to the proposed disposal.
>
> ...

December 5, 2016

[52] Another meeting was held on December 5, 2016 between Paul Ledwell, Clerk of Executive Counsel, acting on behalf of the Province, and MacKenzie. At the meeting, MacKenzie advised that the Mi'kmaq of PEI would not provide their consent to the proposed transfer. MacKenzie then put forth an alternative proposal from the Mi'kmaq that the Province convey the Lands to the Mi'kmaq of PEI who would immediately enter into a long-term lease (50-75 years) with McDougall or his company. Ledwell advised MacKenzie that would not be acceptable to McDougall and McDougall would walk away from the deal if he did not have clear title to the land. In his testimony, McDougall confirmed that in December 2016 he was asked if he would enter into a long-term lease such as was proposed by the Mi'kmaq instead of owning the property and he declined both for philosophical reasons and because he did not believe he would obtain the necessary long-term financing based on a bare leasehold interest.

December 22, 2016

[53] Ledwell and MacKenzie again met to discuss the proposed transfer. MacKenzie reiterated the Mi'kmaq proposal for it to acquire the lands and enter into a long-term lease with the private developer. Such a proposal had been approved by the Mi'kmaq Confederacy Board on December 15, 2016. Ledwell confirmed that McDougall was not interested in the project if it was based on a long-term lease.

2017
January 10, 2017

2018 PESC 20 (CanLII)

[54] The Board of the Mi'kmaq Confederacy met with the Provincial Cabinet (Executive Council) on January 10, 2017. According to MacKenzie, at the meeting the Executive Council affirmed its commitment or desire to maintain a meaningful relationship between the Government of Prince Edward Island and the Mi'kmaq of Prince Edward Island.

January 10, 2017

[55] As part of the business conducted at its meeting on January 10, 2017, Executive Counsel passed Orders-in-Council EC2017-6 and EC2017-12 granting permission for Donald McDougall, and 9711864 Canada Inc., respectively to acquire approximately 325.59 acres of land (the "Lands") from the Government of Prince Edward Island. Orders-in-Council EC2017-6 and EC2017-12 are the subject of this judicial review application.

January 11, 2017

[56] Jones wrote to Chief Francis and Chief Ramjattan advising them of the decision by the Province to dispose of the Lands:

> ...
>
> **Further to my letter of October 19, 2016, we have received and given consideration to all the information you have provided over the past four years regarding the province's proposed plan to convey to a private sector company, properties located at Woodstock**, PEI (PID 39610, 559534, 47217, and 605949).
>
> **Please be advised that we are proceeding with a decision to sell the property complex,** which houses the Rodd Mill River Golf Course, Mill River Fun Park, Mill River Campground, Rodd Mill River Hotel and Aquaplex. **Under its new ownership the property will continue to serve its existing function as a multi-purpose resort.**
>
> ...

[57] Following receipt of the correspondence of January 11, 2017, Chief Francis and Chief Ramjattan wrote to Premier MacLauchlan, on January 18, 2017, expressing their displeasure with the Province's decision and stating they intended to commence legal action against the Government.

[58] The within Notice of Application for Judicial Review was filed on February 8, 2017.

Issues

2018 PESC 20 (CanLII)

[59] The Mi'kmaq Confederacy submitted that the following issues are to be determined on this application for judicial review. The Province agreed:

1) Was the Province required to consult and/or accommodate the Mi'kmaq of PEI prior to the transfer of Lands to McDougall and his Company?

2) If so, did the Province adequately fulfil its duty with respect to that consultation and/or accommodation prior to the transfer of the Lands?

3) If not, what remedies are appropriate?

I have also addressed the issue of the extent or degree of consultation required.

Standard of Review

[60] McLachlin C.J., writing in ***Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)***, 2004 SCC 73, at paras. 60-63, addressed the issue of the applicable standard of review as follows:

> 60 Where the government's conduct is challenged on the basis of allegations that it failed to discharge its duty to consult and accommodate pending claims resolution, the matter may go to the courts for review. To date, the Province has established no process for this purpose. The question of what standard of review the court should apply in judging the adequacy of the government's efforts cannot be answered in the absence of such a process. General principles of administrative law, however, suggest the following.
>
> 61 **On questions of law, a decision-maker must generally be correct**: for example, *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55 (CanLII). **On questions of fact or mixed fact and law, on the other hand, a reviewing body may owe a degree of deference to the decision-maker. The existence or extent of the duty to consult or accommodate is a legal question in the sense that it defines a legal duty. However, it is typically premised on an assessment of the facts. It follows that a degree of deference to the findings of fact of the initial adjudicator may be appropriate. The need for deference and its degree will depend on the nature of the question the tribunal was addressing and the extent to which the facts were within the expertise of the tribunal:** *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20 (CanLII); *Paul*, *supra.* Absent error on legal issues, the tribunal may be in a better position to evaluate the issue than the reviewing court, and some degree of deference may be required. **In such a case, the standard of review is likely to be**

2018 PESC 20 (CanLII)

> **reasonableness**. **To the extent that the issue is one of pure law, and can be isolated from the issues of fact, the standard is correctness. However, where the two are inextricably entwined, the standard will likely be reasonableness**: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, 1997 CanLII 385 (SCC), [1997] 1 S.C.R. 748.
>
> 62 **The process itself would likely fall to be examined on a standard of reasonableness**. 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**.
>
> 63 Should the government misconceive the seriousness of the claim or impact of the infringement, this question of law would likely be judged by correctness. Where the government is correct on these matters and acts on the appropriate standard, the decision will be set aside only if the government's process is unreasonable. The focus, as discussed above, is not on the outcome, but on the process of consultation and accommodation.

[61] Counsel for the Province also cited ***Ahousaht Indian Band v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)***, 2008 FCA 212. That decision was a

2018 PESC 20 (CanLII)

reflection of the Federal Court of Appeal's interpretation of the Supreme Court of Canada's statements in ***Haida***. The court in ***Ahousaht*** concluded, at para. 34:

> 34 Thus, in my view, **the determination of the existence and extent of the duty to consult or accommodate is a question of law and, hence, reviewable on a standard of correctness. However, when the Crown has correctly determined that question, its decision will be set aside only if the process of consultation and accommodation is unreasonable**. In my view, the Supreme Court's recent decision in *New Brunswick (Board of Management) v. Dunsmuir*, 2008 SCC 9 (S.C.C.), does not change the standard of review applicable in this case.

[62] There are three points at which the standard of review is to be considered. They include when a tribunal is determining the existence of a duty to consult, deciding the extent of consultation required (as per the ***Haida*** spectrum), and assessing the extent of consultation that occurred. While McLachlin C.J. expressed that the existence or extent of the duty to consult or accommodate is a legal question in the sense that it defines a legal duty, she immediately went on to express, in para. 61 of ***Haida***, that a contextual assessment of the factual background may lead to deference being shown even with respect to deciding on the two questions of the existence and extent of the duty to consult. In other words, she allowed for reasonableness to be the standard of review to apply to the determination of those questions, depending upon the circumstances of each case.

[63] At the hearing of this matter, in line with the conclusion in ***Ahousaht***, all counsel submitted the applicable standard of review was correctness in respect of assessing both the existence and extent of the duty to consult and accommodate, and reasonableness with respect to assessing whether the Province met their duty to consult to the extent required. I will review the decisions upon the basis of these suggested standards of review.

Issue 1 - Duty to Consult

A) Was the Province required to consult and/or accommodate the Mi'kmaq of PEI prior to the transfer of Lands to McDougall and his Company?

[64] The Mi'kmaq Confederacy submitted that prior to making the decision to proceed with the sale of the Lands, the Province failed to fulfil its obligations to consult and accommodate the Mi'kmaq.

[65] The Province submitted that the Crown's duty to consult was not triggered by its decision to transfer the Lands. Alternatively, the Province submitted that if

2018 PESC 20 (CanLII)

there was a duty to consult and, potentially, accommodate, such duty was met and the application for judicial review should be dismissed.

[66] In the landmark decision of ***Haida Nation v. British Columbia***, the Supreme Court of Canada set out the framework of the Crown's duty to consult and, if appropriate, accommodate the interests of Aboriginal people who have asserted title to Crown lands.

[67] For more than 100 years the Haida people had claimed title to all of the lands of Haida Gwaii, formally known as the Queen Charlotte Islands, off the coast of British Columbia. The cedar forests on Haida Gwaii were central to the lives of the Haida people in that they used cedar to make their oceangoing canoes, their clothing, their utensils and the totem poles that guarded their lodges. The cedar forests played a central role in the economy and culture of the Haida people.

[68] For nearly all of the 20th century, the Province of British Columbia granted tree farming licenses to allow forestry companies to harvest trees in certain areas of Haida Gwaii. Some portions of the islands were covered with old-growth forest and others with second growth forest. In 1999, the Province approved a transfer of a license to a different forestry company. The Haida Nation objected to the transfer and objected to trees being harvested on blocks of land for which they were asserting Aboriginal title. They argued it was necessary for the government to consult with them regarding decisions affecting the forest and to accommodate their concerns, otherwise it was possible the forest could be harvested and destroyed before they had proven their title to the lands.

[69] The government argued it had the right and responsibility to manage the forest resource for the good of all British Columbians and until the Haida people formally proved their claim, they had no legal right to be consulted or have their needs and interests accommodated.

[70] The Supreme Court of Canada, on a preliminary assessment, found the Haida's claim to title to Haida Gwaii was strong, but expressed that it might take many years to prove. The Court concluded, at paras 10-11:

> 10 **I conclude that the government has a legal duty to consult with the Haida people** about the harvest of timber from Block 6, including decisions to transfer or replace Tree Farm Licences. **Good faith consultation may in turn lead to an obligation to accommodate Haida concerns in the harvesting of timber, although what accommodation if any may be required cannot at this time be ascertained. Consultation must be meaningful. There is no duty to reach agreement. The duty to consult and, if appropriate, accommodate cannot be discharged by delegation to Weyerhaeuser**. Nor does Weyerhaeuser owe any independent duty to

2018 PESC 20 (CanLII)

> consult with or accommodate the Haida people's concerns, although the possibility remains that it could become liable for assumed obligations. It follows that I would dismiss the Crown's appeal and allow the appeal of Weyerhaeuser.
>
> 11 This case is the first of its kind to reach this Court. **Our task is the modest one of establishing a general framework for the duty to consult and accommodate, where indicated, before Aboriginal title or rights claims have been decided. As this framework is applied, courts, in the age-old tradition of the common law, will be called on to fill in the details of the duty to consult and accommodate**.

[71] After expressing that the duty to consult and accommodate entailed "balancing of Aboriginal and other interests", the Court went on to identify the source of the duty to consult and accommodate, as being "grounded in the honour of the Crown". The court found as well that the Aboriginal interest in an asserted claim of title was "insufficiently specific for the honour of the Crown to mandate that the Crown act in the Aboriginal group's best interest, as a fiduciary, in exercising discretionary control over the subject of the right or title." Section 35 of the ***Constitution Act, 1982***, recognizes and affirms existing Aboriginal rights, but does not define them.

(i) When does a duty to consult arise?

[72] At para. 35 of ***Haida***, the Court stated:

> 35 But, when precisely does a duty to consult arise? The foundation of the duty in the Crown's honour and the goal of reconciliation suggest that **the duty arises when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it**: see *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, 1997 CanLII 2719 (BC SC), [1997] 4 C.N.L.R. 45 (B.C.S.C.), at p. 71, *per* Dorgan J.
>
> **36 This leaves the practical argument. It is said that before claims are resolved, the Crown cannot know that the rights exist, and hence can have no duty to consult or accommodate. This difficulty should not be denied or minimized**. As I stated (dissenting) in *Marshall, supra*, at para. 112, one cannot "meaningfully discuss accommodation or justification of a right unless one has some idea of the core of that right and its modern scope". However, it will frequently be possible to reach an idea of the asserted rights and of their strength sufficient to trigger an obligation to consult and accommodate, short of final judicial determination or settlement. **To facilitate this determination, claimants should outline their claims with clarity, focussing on the scope and nature of the Aboriginal rights they assert and on the alleged infringements.** This is what happened here, where **the chambers judge made a preliminary evidence-based**

2018 PESC 20 (CanLII)

> **assessment of the strength of the Haida claims** to the lands and resources of Haida Gwaii, particularly Block 6.
>
> 37 **There is a distinction between knowledge sufficient to trigger a duty to consult and, if appropriate, accommodate, and the content or scope of the duty in a particular case. Knowledge of a credible but unproven claim suffices to trigger a duty to consult and accommodate**. The content of the duty, however, varies with the circumstances, as discussed more fully below. **A dubious or peripheral claim may attract a mere duty of notice, while a stronger claim may attract more stringent duties**. The law is capable of differentiating between tenuous claims, claims possessing a strong *prima facie* case, and established claims. Parties can assess these matters, and if they cannot agree, tribunals and courts can assist. **Difficulties associated with the absence of proof and definition of claims are addressed by assigning appropriate content to the duty, not by denying the existence of a duty**. **(Emphasis added)**

[73] And in ***Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council***, 2010 SCC 43, at para. 31, the Court wrote:

> [31] The Court in *Haida Nation* answered this question as follows: the duty to consult arises "when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it" (para. 35). **This test can be broken down into three elements: (1) the Crown's knowledge, actual or constructive, of a potential Aboriginal claim or right; (2) contemplated Crown conduct; and (3) the potential that the contemplated conduct may adversely affect an Aboriginal claim or right**. I will discuss each of these elements in greater detail. First, some general comments on the source and nature of the duty to consult are in order. **(Emphasis added)**

[74] Regarding the first two of the three components, the Mi'kmaq of PEI submit (i) the Crown had knowledge of the asserted aboriginal right or title and (ii) there was "contemplated Crown conduct", in the potential transfer of the Lands to McDougall. The Province does not dispute either contention. What the Province does dispute is the third component, namely, that the contemplated Crown conduct had the "potential of adversely affecting the asserted Aboriginal right or title".

[75] In ***Rio Tinto***, the Court held, starting at para. 45:

> [45] The third element of a duty to consult is the possibility that the Crown conduct may affect the Aboriginal claim or right. **The claimant must show a causal relationship between the proposed government conduct or decision and a potential for adverse impacts on pending Aboriginal claims or rights. Past wrongs, including previous breaches of the duty to consult, do not suffice**.

2018 PESC 20 (CanLII)

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

[47] Adverse impacts extend to any effect that may prejudice a pending Aboriginal claim or right. Often the adverse effects are physical in nature. However, as discussed in connection with what constitutes Crown conduct, high-level management decisions or structural changes to the resource's management may also adversely affect Aboriginal claims or rights even if these decisions have no "immediate impact on lands and resources": Woodward, at p. 5-41. This is because such structural changes to the resources management may set the stage for further decisions that will have a *direct* adverse impact on land and resources. **For example, a contract that transfers power over a resource from the Crown to a private party may remove or reduce the Crown's power to ensure that the resource is developed in a way that respects Aboriginal interests in accordance with the honour of the Crown. The Aboriginal people would thus effectively lose or find diminished their constitutional right to have their interests considered in development decisions. This is an adverse impact**: see *Haida Nation*, at paras. 72-73.

[48] **An underlying or continuing breach, while remediable in other ways, is not an adverse impact for the purposes of determining whether a particular government decision gives rise to a duty to consult. The duty to consult is designed to prevent damage to Aboriginal claims and rights while claim negotiations are underway**: *Haida Nation*, at para. 33. The duty arises when the Crown has *knowledge*, real or constructive, of the potential or actual existence of the Aboriginal right or title "and contemplates conduct that might adversely affect it": *Haida Nation*, at para. 35 (emphasis added). This test was confirmed by the Court in *Mikisew Cree* in the context of treaty rights, at paras. 33-34.

[49] **The question is whether there is a claim or right that potentially may be adversely impacted by the *current* government conduct or decision in question**. **Prior and continuing breaches, including prior failures to consult, will only trigger a duty to consult if the present decision has the potential of causing a novel adverse impact on a present claim or existing right**. This is not to say that there is no remedy for past and continuing breaches, including previous failures to consult. As noted in *Haida Nation*, a breach of the duty to

2018 PESC 20 (CanLII)

> consult may be remedied in various ways, including the awarding of damages. **To trigger a fresh duty of consultation — the matter which is here at issue — a contemplated Crown action must put current claims and rights in jeopardy**.

[76] The case of ***Canada (Public Works and Government Services) v. Musqueam First Nation,*** 2008 FCA 214, ("***Downtown Offices***"), offers some similarities to the matter currently before the court. The Musqueam asserted a claim to all of the City of Vancouver and surrounding areas as its traditional territory. The Federal Government was the owner of two office buildings in the downtown area, which they were intending to sell to a third party. The nature and use of the properties was not going to change after the sale.

[77] The Musqueam sought an injunction against the sale on the basis that Canada had a legal duty to consult with them, and relying on the fact "the properties could form a part of a land claim settlement between Musqueam and the Crown, and Musqueam's need and entitlement for more land for housing". They argued the Vancouver properties were among a limited inventory of lands remaining in the hands of the Government of Canada within the Applicant's claim area.

[78] In analysing the arguments on the injunction application, the Federal Court of Appeal stated, in ***Downtown Offices*** at para. 45, and onward:

> 45 The need for an "enhanced land base" does not, in and of itself, constitute a basis for a finding of irreparable harm.
>
> 46 **Musqueam led no evidence that the Properties are of special interest or of unique character to them. Rather, they simply argued that they need more land for housing**.
>
> 47 As indicated earlier, the Properties are fully developed, urban properties primarily suited for business. Musqueam has provided no indication of their anticipated plans for this property. It could hardly be said that two acres on which large office buildings are located would satisfy Musqueam's need for more land for housing.
>
> 48 It is obvious that Musqueam could receive monetary compensation equal to the value of the Properties and buy vacant land for housing far in excess of two acres. Therefore they could adequately be compensated in damages and there is no irreparable harm.
>
> ...
>
> 52 In this case, the loss of an opportunity for Musqueam to consult and be accommodated is insufficient to constitute irreparable harm. **I agree with the appellant that if an allegation of inadequate consultation**

2018 PESC 20 (CanLII)

***always* constituted irreparable harm, that could constitute a veto over the government transferring any title to property which is located in an area claimed as a traditional territory of an Aboriginal group. That would explicitly contradict the comments of the Supreme Court of Canada in *Haida Nation* at para. 48: "This process does not give Aboriginal groups a veto over what can be done with land pending final proof of the claim." Rather, it is necessary to look deeper in each case and discern whether the failure to consult constitutes irreparable harm**.

53 **At this point it is helpful to step back and briefly review the law governing the duty to consult**. The duty to consult, based on the honour of the crown, arises "when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct *that might adversely affect it*…." (*Haida Nation* at para. 35, emphasis added; see also *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director),* 2004 SCC 74 (S.C.C.) ("*Taku River*")). That is, the duty to consult arises in the context of the concern over Crown activity infringing on aboriginal rights before the rights can be proven. **The requirement for consultation assists in the prevention of land and resources from being changed and denuded during the process of proving rights: *Haida Nation* at para. 33. However, the facts at bar suggest that no pending right would be violated by a disposition of the Properties**.

54 In *Garden City* the Motions Judge in that case concluded that the loss of Musqueam's right to be consulted could not be compensated by damages. He elaborated at paragraphs 44, 46 & 48:

> **The nature of the harm which would be suffered if the Garden City property is transferred is the loss of the right to negotiate and be accommodated in respect of that land. Once the land is transferred, that right is effectively lost**.
>
> […]
>
> This situation is analogous to those where there is requirement for an environment study be done before a permit is issued or for proper notice to be given before a decision is made. The relevant considerations are public law principles and remedies. They are jurisdictional in nature, not monetary.
>
> […]
>
> If the Band's right is to have meaning, it cannot be allowed to be lost on the assumption that "sending a government cheque" would always suffice. It would be too tempting to allow government authorities to ignore these types of conditions to the exercise of power by merely permitting payment of some form of compensation as a substitute for the proper exercise of powers.

2018 PESC 20 (CanLII)

[Emphasis added.]

> [55] **If what was meant by the Judge in *Garden City* was that the mere assertion of the duty to consult itself is always sufficient to prove irreparable harm, then I disagree**. **Rather, I think the decision can be explained by the fact that in *Garden City* the lands comprised 136 acres and the Judge in that case had found that Musqueam not only claimed an interest in the land, but that the land had unique importance to Musqueam (*Garden City*, at paragraph 16).**
>
> [56] **In the case before this Court the Properties are office buildings in downtown, Vancouver, encompassing two acres. Their use upon disposition to Larco will not change. This is distinct from the *Garden City* case, where the use and character of the properties could change as a result of the transaction, and where Musqueam had submitted evidence of the land's unique importance beyond a proprietary interest**.
> **(Emphasis added)**

[79] The Mi'kmaq state they made historical and traditional uses of the Lands in the past. They advised they needed time to research and produce the necessary evidence to support their claim. Further, they argued the transfer of title in and of itself should be considered to have an "adverse impact" on their asserted title claim in that it alienates the Lands from Government's hands. They submitted the transfer itself constitutes an adverse impact sufficient to trigger the duty to consult.

[80] The Province submitted the transfer of Lands did not impact the Mi'kmaq's asserted Aboriginal rights or title. They argue the Lands were already in use as a golf course and resort area. They have been since 1983. The Lands have been operated by a private developer during the past several decades. The Lands are going to continue to be used in the same fashion by the new private developer. The Mi'kmaq have not asserted any unique significance or special characteristics with respect to these particular Lands. The Province submits there are no known archeological sites on the Lands and the evidence of title and use of those specific Lands is limited and speculative in nature. The Mi'kmaq themselves offered to lease the Lands to the developer for a period up to 75 years. The Lands in question constitute a very minute area, being less than 0.02%, or 2 one-hundredths of one percent, of the overall lands claimed, and being less than 0.33%, or one-third of one percent of all Crown lands available on Prince Edward Island. The act of transferring the Lands does not negate the Province's obligation to the Mi'kmaq if indeed the Mi'kmaq claim of title is eventually proven.

[81] ***Downtown Offices*** and ***Rio Tinto*** offer guidance on whether the legal action of conveying the land in 2017 affects the legal determination of whether Aboriginal rights crystallized at some point many years, decades, or even

2018 PESC 20 (CanLII)

centuries earlier. Does the conveyance of land necessarily have “irreversible effects” on whatever potential Aboriginal rights or title may be found to exist?

[82] Transferring lands is a legal action. A conveyance of land does not, in and of itself, cause any physical or structural change to that land. The lands are not denuded or destroyed or altered from their current form and use by the act of such a conveyance. Some impact may arise, as in other cases, primarily as a result of the future use by the recipient of the land or the holder of a license to pursue new activities, such as harvesting old growth forest, as in ***Haida Nation***.

2018 PESC 20 (CanLII)

(ii) Is the proposed conduct sufficient to trigger a duty to consult?

[83] The Mi’kmaq have not just claimed the Lands which are the subject of this hearing; they have asserted a claim to all of Prince Edward Island. Most of Prince Edward Island is held in fee simple. The Government has certain powers at its disposal to address any future finding of right or title. Transferring Crown lands, providing monetary compensation, or even expropriating lands held by third parties are all options.

[84] There may be occasions where such options are appropriate and effective if the need arises. There may be other occasions where some options would fail to preserve the lands in a way that respects the unproven claims or provide a measure of certainty that if such a claim is proven, the declaration of title does not become hollow owing to a drastic change in the nature of the land while the claim was being proven. (See ***Tsilhqot’in Nation***, para. 91). Each case must be assessed on its own merits, based on the information or evidence provided with respect to that claim.

[85] I return now to ***Rio Tinto,*** which, like ***Haida Nation***, is a decision of the Supreme Court of Canada. That decision came six years after ***Haida Nation,*** and somewhat modifies ***Haida.*** In effect, McLachlin, C.J., writing in ***Rio Tinto*** was doing what she said at para. 11 of ***Haida*** that future courts would do: “As this framework is applied, courts, in the age-old tradition of the common law, will be called on to fill in the details of the duty to consult and accommodate.”

[86] In ***Rio Tinto***, McLachlin, C.J. stated, at para. 45:

> **... The claimant must show a causal relationship between the proposed government conduct or decision and a potential for adverse impacts on pending Aboriginal claims or rights. Past wrongs, including previous breaches of the duty to consult, do not suffice**.

And at para. 46:

> **... there must [be] an "appreciable adverse effect on the First Nations' ability to exercise their aboriginal right"**. The adverse effect must be on the future exercise of the right itself; an adverse effect on a First Nation's future negotiating position does not suffice.

[87] In other words, is there a new and present adverse impact from the contemplated Crown conduct? Does the current contemplated conduct put the exercise of the potential right/claim in jeopardy in some way? That "conduct" in this case is the transfer of Lands to McDougall. The ***Rio Tinto*** analysis differs somewhat from ***Haida***, which at para. 37 implied the duty to consult arose more readily.

[88] The Mi'kmaq submission that transferring the Lands from Government hands would necessarily have an adverse effect on their claim to title is, in effect, equivalent to saying any and all future contemplated transfers of any amount of land would trigger the duty to consult given that they have asserted a claim to all of Prince Edward Island. I am not satisfied such a result would be consistent with current law. In my view, whether the act of transferring land is to be considered an adverse impact triggering the duty to consult is a determination to be made in the context of each case as part of the preliminary assessment of the strength of the case for Aboriginal title to the specific lands in question.

[89] Whether a duty to consult arose or not may be a moot point depending upon the extent and content of any consultation which may have taken place.

Issue 2 - Extent of the Duty to Consult

A) What factors are considered in determining the degree or extent of consultation required in this case? What, if any, consultation did occur?

[90] In ***Downtown Offices***, which dealt with an injunction rather than an application for judicial review, the court cited ***Haida Nation*** and noted the required consultation lies on a "spectrum", and each case, based on its own circumstances, will lie at a particular point on that spectrum. (See para. 57). In an instructive manner, the Court went on to compare the fact situation in ***Haida Nation*** with that in ***Downtown Offices*** and highlighted factors which would assist in determining the degree of consultation required in different circumstances. (See para. 58). The Court in ***Downtown Offices*** stated, at paras. 57-58:

> 57 **The content of the duty to consult lies on a spectrum, depending on the strength of the claim to title, the extent of the Aboriginal right claimed, and the potential for infringement**. As Chief Justice McLachlin stated in *Haida Nation*, at paragraphs 43-4:

2018 PESC 20 (CanLII)

> …I turn to the kind of duties that may arise in different situations. In this respect, the concept of a spectrum may be helpful, not to suggest watertight legal compartments but rather to indicate what the honour of the Crown may require in particular circumstances. **At one end of the spectrum lie cases where the claim to title is weak, the Aboriginal right limited, or the potential for infringement minor. In such cases, the only duty on the Crown may be to give notice, disclose information, and discuss any issues raised in response to the notice. "'[C]onsultation' in its least technical definition is talking together for mutual understanding"**: T. Isaac and A. Knox, "The Crown's Duty to Consult Aboriginal People" (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49, at p. 61.
>
> **At the other end of the spectrum lie cases where a strong *prima facie* case for the claim is established, the right and potential infringement is of high significance to the Aboriginal peoples, and the risk of non-compensable damage is high. In such cases deep consultation, aimed at finding a satisfactory interim solution, may be required**. While precise requirements will vary with the circumstances, the consultation required at this stage may entail the opportunity to make submissions for consideration, formal participation in the decision making process, and provision of written reasons to show that Aboriginal concerns were considered and to reveal the impact they had on the decision. This list is neither exhaustive, nor mandatory for every case. The government may wish to adopt dispute resolution procedures like mediation or administrative regimes with impartial decision-makers in complex or difficult cases.

58 Without commenting on the content of Musqueam's right to be consulted and possibly accommodated (since the merits of that case are to be heard after the current issue concerning injunctive relief is concluded) **it is helpful, for illustrative purposes, to compare the facts in this case with the rights at stake in the leading cases on the duty to consult. In *Haida Nation* the decision to issue licences to cut trees on the Haida Gwaii could have deprived the Haida Nation of forests vital to their economy and their culture. As Chief Justice McLachlin stated at paragraph 7, "The stakes are huge. […] Forests take generations to mature… and old-growth forests can never be replaced."** In *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69 (S.C.C.), the building of a road through a reserve impacted a significant number of trappers and hunters. In *Taku River*, the building of a road through Taku River Tlingit's First Nation territory passed through an area critical to their economy and could have had an impact on its continued ability to exercise its Aboriginal hunting, fishing, gathering, and other traditional land use activity rights. **In our case, there has been no allegation of an infringement of any aboriginal right that would or even may result from the disposition of the Properties. If there is no harm alleged in terms of an absolute rights analysis, how can the loss of a right to be consulted with respect to**

2018 PESC 20 (CanLII)

> **that right constitute irreparable harm? Moreover, if loss of the Properties can be adequately compensated in damages (see "*Irreparable Harm #1: Enhanced Land Base*" above), then surely the loss of the right to consult about disposing of the Properties can equally be compensated in damages in this case**.

[91] The degree of consultation required to fulfil the Crown's duty to consult, or where the matter falls on the spectrum identified in ***Haida Nation***, is dependent upon the context of each case.

[92] In ***Haida Nation***, the Court wrote:

> 39 **The content of the duty to consult and accommodate varies with the circumstances. Precisely what duties arise in different situations will be defined as the case law in this emerging area develops**. In general terms, however, it may be asserted that **the scope of the duty is proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed.**

[93] In ***Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)***, 2005 SCC 69, Binnie J., speaking for the Court, stated:

> 63 **The determination of the content of the duty to consult will, as *Haida* suggests, be governed by the context**. ... Another contextual factor will be **the seriousness of the impact** on the aboriginal people of the Crown's proposed course of action. The more serious the impact the more important will be the role of consultation. Another factor in a non-treaty case, as *Haida* points out, will be **the strength of the aboriginal claim**. The history of dealings between the Crown and a particular First Nation may also be significant. ...

[94] That is reiterated in ***Rio Tinto*** in 2010***,*** at para. 36:

> [36] The nature of the duty varies with the situation. The richness of the required consultation increases with **the strength of the *prima facie* Aboriginal claim and the seriousness of the impact** on the underlying Aboriginal or treaty right: *Haida Nation*, at paras. 43-45, and *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, at para. 32.

(i) Evidentiary burden rests on claimant

[95] The evidentiary burden falls on the claimant, the Mi'kmaq of PEI, to prove its claim. (See ***Tsilhqot'in Nation***, para. 50). While this case is not specifically about the Mi'kmaq *proving* their claim of title, it is about the fact they have *asserted a claim* and, depending on the circumstances, that assertion can trigger a

2018 PESC 20 (CanLII)

duty on the Crown to consult and, if appropriate, accommodate Aboriginal interests. To determine the extent of any consultation required, or where the duty falls on the ***Haida*** spectrum, it is necessary to undertake a preliminary assessment of the strength of the Aboriginal case, and an assessment of the seriousness of the impact of the contemplated conduct on the Aboriginal people or their right or title.

2018 PESC 20 (CanLII)

[96] In conducting a preliminary assessment it is necessary to consider the nature and extent of what might be required to establish such a claim. Of course, every case is different and the degree or depth of evidence available or needed may vary significantly.

[97] The Supreme Court of Canada decision in ***Tsilhqot'in Nation v. British Columbia***, was a landmark decision. After decades of land claim litigation, it marks the first time a declaration of Aboriginal title was granted. The Tsilhqot'in Nation is made up of a group of six bands who share common culture and history and have, for centuries, lived in a remote valley bounded by rivers and mountains in central British Columbia. The land was sparsely populated. The Tsilhqot'in people lived in villages, managed lands for the forging of roots and herbs, and hunted and trapped. They repelled invaders and set the terms for the European traders who came on to their land. (***Tsilhqot'in Nation***, paras. 3 and 6)

[98] The area claimed was confined to approximately 5% of what the Tsilhqot'in regard as their traditional territory. The trial in the British Columbia Supreme Court started in 2002 and continued for 339 days over a span of five years. The trial judge spent time in the claim area and heard extensive evidence from elders, historians and other experts. In 2007, he found the Tsilhqot'in people were, in principle, entitled to a declaration of Aboriginal title to a portion of the claim area as well as to a small area outside the claim area. In 2012, the British Columbia Court of Appeal overturned that finding and held that the Tsilhqot'in claim to title had not been established. The Supreme Court of Canada reviewed the history of land claim cases in Canada and the evidence of use and occupation of the lands and concluded that the Tsilhqot'in Nation had proven their claim of title to that portion of the land. (***Tsilhqot'in Nation,*** paras. 6-9)

[99] In reaching that conclusion, the Supreme Court of Canada adopted and expanded upon the test for Aboriginal title set out by Lamer, C.J. in ***Delgamuukw v. British Columbia***, [1997] 3 S.C.R. 1010, 1997 CanLII 302 (SCC). At paras. 25-26 of ***Tsilhqot'in Nation***, the Court wrote:

> [25] As we have seen, the *Delgamuukw* test for Aboriginal title to land is based on "occupation" prior to assertion of European sovereignty. To ground Aboriginal title this occupation must possess three characteristics.

> It must be *sufficient*; it must be *continuous* (where present occupation is relied on); and it must be *exclusive*.
>
> [26] The test was set out in *Delgamuukw, per* Lamer C.J., at para. 143:
>
> > In order to make out a claim for [A]boriginal title, the [A]boriginal group asserting title must satisfy the following criteria: (I) the land must have been occupied prior to sovereignty, (ii) if present occupation is relied on as proof of occupation pre-sovereignty, there must be a continuity between present and pre-sovereignty occupation, and (iii) at sovereignty, that occupation must have been exclusive.

[100] McLachlin, C.J. agreed those three concepts should be considered separately, but in context, and through culturally sensitive lenses. At para. 32 of ***Tsilhqot'in Nation***, she wrote:

> [32] In my view, the concepts of sufficiency, continuity and exclusivity provide useful lenses through which to view the question of Aboriginal title. This said, the court must be careful not to lose or distort the Aboriginal perspective by forcing ancestral practices into the square boxes of common law concepts, thus frustrating the goal of faithfully translating pre-sovereignty Aboriginal interests into equivalent modern legal rights. **Sufficiency, continuity and exclusivity** are not ends in themselves, but inquiries that shed light on whether Aboriginal title is established.

[101] With respect to the type of evidence required to show "**sufficiency of occupation**", McLachlin C.J. stated, at para. 38:

> [38] To sufficiently occupy the land for purposes of title, the Aboriginal group in question must show that it has historically acted in a way that would communicate to third parties that it held the land for its own purposes. This standard does not demand notorious or visible use akin to proving a claim for adverse possession, but neither can the occupation be purely subjective or internal. **There must be evidence of a strong presence on or over the land claimed, manifesting itself in acts of occupation that could reasonably be interpreted as demonstrating that the land in question belonged to, was controlled by, or was under the exclusive stewardship of the claimant group**. As just discussed, the kinds of acts necessary to indicate a permanent presence and intention to hold and use the land for the group's purposes are dependent on the manner of life of the people and the nature of the land. Cultivated fields, constructed dwelling houses, invested labour, and a consistent presence on parts of the land may be sufficient, but are not essential to establish occupation. The notion of occupation must also reflect the way of life of the Aboriginal people, including those who were nomadic or semi-nomadic.

[102] **Continuity of occupation** "...simply means that for evidence of present occupation to establish an inference of pre-sovereignty occupation, the present

2018 PESC 20 (CanLII)

occupation must be rooted in pre-sovereignty times. This is a question for the trier of fact in each case." (***Tsilhqot'in Nation**, para.46)*

[103] Regarding **exclusivity of occupation**, the Court stated, at para. 47:

> [47] The third requirement is *exclusive* occupation of the land at the time of sovereignty. The Aboriginal group must have had "the intention and capacity to retain exclusive control" over the lands (*Delgamuukw*, at para. 156, quoting McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, at p. 204 (emphasis added)). Regular use without exclusivity may give rise to usufructory Aboriginal rights; for Aboriginal title, the use must have been exclusive.

[104] The Court also confirmed, "The claimant group bears the onus of establishing Aboriginal title. The task is to identify how pre-sovereignty rights and interests can properly find expression in modern common-law terms." (***Tsilhqot'in Nation***, para. 50; See also ***R. v. Van der peet***, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 132)

[105] The decision in ***Tsilhqot'in Nation*** is helpful in indicating the nature and extent of evidence to be presented in pursuit of a claim of Aboriginal title. I note the trial in ***Tsilhqot'in Nation*** lasted for 339 days over five years. Similarly, in ***Delgamuukw***, the trial lasted 374 days and the trial decision ran close to 400 pages with an additional 100 pages of schedules. Title was established in the ***Tsilhqot'in*** case, but that was not the result in ***Delgamuukw***. It is not a minor undertaking to establish Aboriginal title.

(ii) Principles governing consultation process

[106] The Court also reiterated its earlier statements about the degree of consultation and accommodation required, at para. 79:

> [79] The degree of consultation and accommodation required lies on a spectrum as discussed in *Haida*. In general, **the level of consultation and accommodation required is proportionate to the strength of the claim and to the seriousness of the adverse impact the contemplated governmental action would have on the claimed right**. **"A dubious or peripheral claim may attract a mere duty of notice, while a stronger claim may attract more stringent duties"** (para. 37). The required level of consultation and accommodation is greatest where title has been established. Where consultation or accommodation is found to be inadequate, the government decision can be suspended or quashed.

[107] The courts have also described the character of the consultation process and the obligations of each party:

a) In ***Haida Nation***:

2018 PESC 20 (CanLII)

42 **At all stages, good faith on both sides is required**. **The common thread on the Crown's part must be "the intention of substantially addressing [Aboriginal] concerns" as they are raised** (*Delgamuukw, supra*, at para. 168), through a meaningful process of consultation. Sharp dealing is not permitted. **However, there is no duty to agree; rather, the commitment is to a meaningful process of consultation**. **As for Aboriginal claimants, they must not frustrate the Crown's reasonable good faith attempts, nor should they take unreasonable positions to thwart government from making decisions or acting in cases where, despite meaningful consultation, agreement is not reached**: ... Mere hard bargaining, however, will not offend an Aboriginal people's right to be consulted.

45 ... Pending settlement, **the Crown is bound by its honour to balance societal and Aboriginal interests in making decisions that may affect Aboriginal claims**. The Crown may be required to make decisions in the face of disagreement as to the adequacy of its response to Aboriginal concerns.

...

48 **This process does not give Aboriginal groups a veto over what can be done with land pending final proof of the claim. The Aboriginal "consent" spoken of in *Delgamuukw* is appropriate only in cases of established rights, and then by no means in every case. Rather, what is required is a process of balancing interests, of give and take**.

49 ... A commitment to the process **does not require a duty to agree**. But it does require good faith efforts to understand each other's concerns and move to address them.

50 ... **the Crown must balance Aboriginal concerns reasonably with the potential impact of the decision on the asserted right or title and with other societal interests**.

b) In ***Mikisew***:

64 **The duty here has both informational and response components. ... This engagement ought to have included the provision of information about the project addressing what the Crown knew to be Mikisew interests and what the Crown anticipated might be the potential adverse impact on those interests**. The Crown was required to solicit and to listen carefully to the Mikisew concerns, and to attempt to minimize adverse impacts on the Mikisew hunting, fishing and trapping rights. ...

...

2018 PESC 20 (CanLII)

66 ... As emphasized in *Haida Nation*, **consultation will not always lead to accommodation, and accommodation may or may not result in an agreement**. ...

c) In ***Canada (Attorney General) v. Long Plain First Nation***, 2015 FCA 177:

133 In doing this, **we must ensure that we are not applying too exacting a standard**. Situations such as the one in this case are complicated and dynamic, involving many parties and concerning issues that are legally and factually difficult. **Even in healthy relationships where there is mutual trust and ample communication over simple issues, there can be isolated innocent omissions, misunderstandings, accidents and mistakes**. ...

...

158 **Consultation is not a one-way street. All parties must actively engage in the process**:

> **There is a reciprocal duty on aboriginal peoples to express their interests and concerns once they have had an opportunity to consider the information provided by the Crown, and to consult in good faith by whatever means are available to them. They cannot frustrate the consultation process by refusing to meet or participate, or by imposing unreasonable conditions**: see *Ryan et al v. Fort St. James Forest District (District Manager*) (25 January, 1994) Smithers No. 7855, affirmed (1994), 40 B.C.A.C. 91.

(*Halfway River*, above at paragraph 161; *Ahousaht*, above at paragraphs 50-53; see also *Brokenhead Ojibway Nation v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 484, 345 F.T.R. 119 (F.C.) at paragraph 42.)

159 **Both parties must act to advance their respective rights in a prompt and conciliatory way:**

> **It is up to the parties, when…issues arise, to act diligently to advance their respective interests**. Good government requires that decisions be taken in a timely way.

(*Beckman*, above at paragraph 12.)

d) In ***Ahousaht Indian Band v. Canada***:

54 It follows from *Haida, supra*, that in determining whether the Minister has met his duty to consult, **perfect satisfaction is not required**. To the extent that the Minister makes **reasonable efforts to inform and consult the First Nations** which might be affected by the Minister's intended course of action, this **will normally suffice to discharge the duty**. ...

2018 PESC 20 (CanLII)

[108] The courts have defined and framed the consultation process. The case law articulates the following principles:

a) the degree of consultation required lies on a spectrum set out in ***Haida Nation***;
b) the Crown is bound by its honour to balance societal and Aboriginal interests;
c) at all stages, good faith on both sides is required;
d) there must be a meaningful process of consultation;
e) there is no duty to reach agreement;
f) consultation is not a one-way street;
g) both parties must actively engage in the process;
h) both parties must act to advance their respective rights in a prompt and conciliatory way;
I) the consultation process does not have to be perfect;
j) there must be a causal relationship between the contemplated conduct and the perceived adverse impact; past wrongs do not suffice;
k) there must be an appreciable adverse effect on Aboriginal rights;
l) mere speculative impacts will not suffice;
m) Aboriginal complainants must not frustrate the Crown's reasonable good faith attempts;
n) unreasonable positions must not be taken to thwart government decisions;
o) the process does not give Aboriginal groups a veto over what can be done with the land pending final proof of claim;
p) Aboriginal consent is only required in cases of proven title.

[109] Considering these and other statements from the courts, I will now assess the consultation process in this matter.

B) A preliminary assessment of the strength of the case for Aboriginal title to the Land

(i) What information did the parties have on the strength of the asserted Aboriginal claim for title and the seriousness of any adverse impact on Aboriginal rights claimed prior to the decision being made by Government?

[110] The preliminary assessment of the claimant's case, the seriousness of any impairment or infringement upon any right, and the level of risk of non-compensable damage occurring, requires an examination of the relevant information exchanged between the parties.

2018 PESC 20 (CanLII)

[111] Firstly, the parties were aware the Lands, owned by the Crown, have been used by a private developer as a golf course and resort complex since 1983.

[112] In 1997, then-Chief Jack Sark of the Lennox Island First Nation wrote to the then Premier of Prince Edward Island, the Honourable Pat Binns:

> ... The aboriginal people of this province never ceded title to this island and the Supreme Court of Canada has now set clear parameters to aid in the determination of our rights with respect to the land. We feel that the legal foundation for the assertion of a land claim by the First Nations of P.E.I. has been completed with the Supreme Court of Canada's decision in Delgamuukw. We intend to pursue such a claim. ...

[113] In 1999, then-Chief Charlie Sark sent a similar letter to Premier Binns:

> ...
>
> The Mi'kmaq of Prince Edward Island have never ceded any of the land in present day Prince Edward Island, through sale, bargain, treaty or any other means. The Mi'kmaq people of this province have an interest in all of present day Prince Edward Island. Our interest in the land is a continuing interest based on Aboriginal title.
>
> ...
>
> We continue to assert our title to the lands of present day Prince Edward Island. It is therefore important that your provincial government consider this fact when dealing with crown lands.
>
> ...

[114] That correspondence was acknowledged by the Premier of the day and reference was made to a Provincial Cabinet meeting occurring on Lennox Island around the same time as the correspondence.

(ii) What evidence did the Mi'kmaq present to support their assertion of title?

[115] By correspondence of July 17, 2012, the Mi'kmaq indicated they expected to be consulted with respect to each and every decision that Government may make in relation to the disposition of Government owned golf courses and related lands.

[116] On August 29, 2012 the Mi'kmaq advised their "preliminary research" of the lands containing the four provincial golf courses revealed "a number of traditional Mi'kmaq activities potentially impacting on Aboriginal rights. We will have further

2018 PESC 20 (CanLII)

research to undertake before any kind of official consultation response can be provided."

[117] On September 30, 2013, the Mi'kmaq advised, "As this matter involves large parcels of Crown land in areas where there is an abundance of traditional Mi'kmaq activities, Mi'kmaq Aboriginal and treaty rights may be negatively impacted by any Crown decision."

[118] On November 26, 2014, the Mi'kmaq advised:

> ...
>
> As you are aware, the Mi'kmaq Governments have asserted Aboriginal title to all lands and waters of Prince Edward Island, including adjacent areas and offshore islands, and this certainly includes the Crown owned Mill River complex. Also, the area in question is significant to the Mi'kmaq in terms of traditional and historical uses, and therefore this is a matter that could have an adverse impact on Mi'kmaq Aboriginal and treaty rights.
>
> ...

[119] On December 19, 2014, the Mi'kmaq advised:

> ...
>
> Thirdly, our research has uncovered archaeological sites in Mill River and Cascumpec Bay areas. Our research has also revealed extensive historical Mi'kmaq use of the area, which includes campsites; hunting; and clay gathering for pottery. Traditional Mi'kmaq use includes group campsites, access for fishing and wild fruit gathering. ...

[120] On March 12, 2015, the Mi'kmaq advised:

> ...
>
> Our research has uncovered Mi'kmaq archaeological sites near the proposed land disposal areas, including three pre-Contact sites. Historical Mi'kmaq use of the area includes campsites; hunting; and clay gathering for pottery. Traditional, "Living Memory," Mi'kmaq uses within the designated areas include group campsites and wild fruit gathering. It must be remembered that the MCPEI database is, to date, a partial inventory of existing knowledge. As such, it does not mean that the subject area was not used (or used for additional purposes) or that there are not additional archaeological sites/findings, rather that evidence of these, if they exist, has not yet been collected.
>
> ...

2018 PESC 20 (CanLII)

[121] On April 24, 2015, the Mi'kmaq advised:

> ...
>
> With respect to the archaeological evidence, it is important to recognize that the MCPEI database is, to date, a partial inventory and there might very well be evidence that has not yet been discovered. Also, the entries in the database can be based on oral evidence, which can make it difficult to determine locations with exact specificity. We intend to set up a meeting with the Provincial Archaeologist and respond in more detail after that meeting has taken place.
>
> With respect to traditional uses, the campsites are located directly on the subject parcels. Respecting the hunting, clay gathering and wild fruit gathering; the subject parcels would have been used by the Mi'kmaq as part of the travel routes directly related to these traditional activities.
>
> ...

[122] On July 2, 2015, the Mi'kmaq advised:

> ...
>
> There can be no question that the Mi'kmaq were the original – and the *only* – inhabitants of Prince Edward Island, long before contact with Europeans. The presence of the Mi'kmaq on this island can be traced back at least 10,000 years. Our Peoples exclusively controlled and systematically occupied these lands and waters in accordance with our ancestral way of life.
>
> ...

[123] The total of all information provided by the Mi'kmaq between July 10, 2012, and January 10, 2017, was set forth in the Mi'kmaq of PEI's assertions that the Mi'kmaq engaged in traditional activities such as camping, hunting, clay gathering and wild fruit gathering in the areas around the Lands, with the further assertion that camping took place directly on the subject parcels. They stated that they uncovered Mi'kmaq archaeological sites near the proposed disposal land area. They also asserted the Lands would have been used as part of the travel routes related to their traditional activities and as access to fishing areas, and that disposal of the lands could potentially have adverse impacts on their Aboriginal rights.

[124] While several assertions were made and repeated, no information or evidence supporting those claims was provided other than as set out above. It is not expected or required that the asserted claim of title is to be proven during the consultation period. Nor is it expected or required that the title be proven during

2018 PESC 20 (CanLII)

this judicial review process. However, as the court is now required to conduct a preliminary assessment of the strength of the case for title, it is compelled to examine the evidence provided in support of the assertions made. As for the Mill River area in general, and the Lands in particular, very little, other than assertions, was provided by the Mi'kmaq.

2018 PESC 20 (CanLII)

[125] Similarly, the Mi'kmaq did not advise of any adverse impact on its traditional uses of the land or its Aboriginal right or title as a result of the contemplated transfer of land other than by the act of conveyance itself. They expressed that such a conveyance would have an impact on the Crown's ability to address any future declaration of Aboriginal title, but did not disclose any impact on current traditional uses.

(iii) What information was known by the Province about the Mi'kmaq assertion of title prior to making its decision?

[126] The Province knew from the correspondences in 1997 and 1999 from past Chiefs that the Mi'kmaq were asserting title to Prince Edward Island. That assertion was reiterated in further correspondence from the Mi'kmaq from 2012, through 2017. The Province also knew in 2012 that the Mi'kmaq were undertaking further research prior to providing "any kind of official consultation response". From the same correspondence they knew that until such time as the Mi'kmaq could explore the issues in more detail, the Mi'kmaq were objecting to any action or decision being taken by the Crown with respect to those lands.

[127] In correspondence to the Mi'kmaq on January 30, 2015, the Province set out its knowledge of the status and current uses of the Lands. The Province addressed the Mi'kmaq reference to the presence of archaeological sites and traditional uses on the properties under discussion. The Province was aware of an archaeological survey in the general area of Mill River, but, to their knowledge, no archaeological sites were located within a 5 km radius of the resort property. They asked the Mi'kmaq to provide them with any other detailed archaeological information they might have which could assist them in evaluating the Lands in question. They also asked the Mi'kmaq to specify how the transfer of the property would adversely impact any Aboriginal or treaty right, given that the site had been developed and used as a golf course and other recreational facilities and would continue to be used for that purpose.

[128] Greater detail can be seen from the Province's correspondence of January 30, 2015:

> ... Our records show that a systematic archaeological survey of the Mill River system was completed by archaeologist Anna Sawicki in 1984. This survey was conducted mainly along the north shore of the Mill River, and

> included Fox Island, Hills River, Meggison's Creek, Long Creek, and Ashley Creek. No archaeological sites were located in the surveyed areas and none are known within a five kilometre radius of the resort property. Sawicki's interviews with local residents further identified traditional Mi'kmaq use in the 1930s at Carruthers Brook and at another unspecified location in the Mill River area. **We appreciate that your research has also produced knowledge of archaeological sites in traditional use in the Mill River and Cascumpec Bay areas. In order for us to give this proper consideration, please send detailed information to Dr. Helen Kristmanson, Director of Aboriginal Affairs and Archaeology.**
>
> On a related note, in our letter of December 3, 2014, wherein we identified our intent to divest the subject properties, **we requested comments or information on how the proposed actions may affect Aboriginal and treaty rights of the PEI Mi'kmaq**. In your letter of December 19, 2014 you indicated that the property in question is "historically and traditionally significant to the Mi'kmaq." **As the property in question is a developed site with a golf course and other recreational facilities and will continue to be used for this purpose, please specify how the transfer of the property adversely impacts an aboriginal or treaty right**.
>
> ...

[129] On February 5, 2015 the Mi'kmaq indicated they would endeavour to put together the requested information. On March 12, 2015, the Province received a response from the Mi'kmaq which made reference to three "pre-Contact sites". Two weeks later **the Province wrote again, reiterating the only knowledge it had was of the 1984 archaeological survey. They requested "additional information as to the location and identification of the sites you referred to", and, " further information as to the location of the traditional uses cited in your letter such as campsites, hunting, clay gathering, and wild fruit gathering, and any current uses."**

[130] Other than the information referred to in the correspondence of April 24, 2015 from the Mi'kmaq, the Province did not receive any additional information which would tend to support the claim for title.

[131] In summary, the Province had been advised of some past Aboriginal traditional activities in the general area, but the only archaeological or other information it had with respect to the specific 325 acres of land in question failed to disclose any significant past presence. That does not mean one can conclude there was no past activity, but it does affect an evidence-based preliminary assessment of the strength of the claim to title. No current traditional uses were identified. The Province knew the Lands had been used for a golf course and resort complex for the past 3 ½ decades. The Province also knew such use was

2018 PESC 20 (CanLII)

not going to change after the contemplated transfer. No other adverse impacts of its contemplated transfer were identified.

Exchanges regarding the consultation process itself

[132] The Province started the process with its correspondence of July 10, 2012. They advised of their intention to seek expressions of interest, and inquired as to whether further "consultation" was required. The Province enclosed parcel identification information and maps identifying the location of the subject lands. Shortly thereafter, the Mi'kmaq were contacted again to confirm that they had received the "**duty to consult notification letter**".

[133] In emails on July 17, and August 29, 2012, the Mi'kmaq confirmed they expected to be consulted and that further consultation was required.

[134] On August 20, 2013 the Mi'kmaq noted, "We haven't received any further consultation ... which I assume means nothing more has happened..." with respect to the proposed sale of golf course lands. That email generated a phone call from the Province the next day which confirmed there were some continuing discussions with some of the proponents. The Mi'kmaq responded on September 30, 2013, expressing that proper and meaningful **"consultation, and potentially accommodation, is mandatory**".

[135] In early November, 2013, the Province advised that no agreement had been reached to date with any of the proponents and that if matters progressed, **the Province would ensure its legal obligations to the Mi'kmaq were fulfilled**.

[136] In November 2014, responding to a newspaper article referring to provincial discussions with a prospective buyer, the Mi'kmaq expressed surprise given they had not yet received any "consultation notification". They then stated, "... as the property is subject to an assertion of Aboriginal title, **the consent of the Mi'kmaq must be obtained prior to any conveyance being made**."

[137] In early December 2014, the Province sent "**a formal consultation notice**" in relation to the proposed divestiture of the Mill River Lands. Maps and other property information was again provided. A response was requested.

[138] Later in December 2014, **the Mi'kmaq responded indicating they would require further details in relation to the proposed divestiture of Crown land**, and they asked to whom the land was to be conveyed, and what the intended use was to be. They again expressed that as they had asserted title to those lands, "... in addition to the consultation/accommodation required ... **the Provincial Crown must secure the consent of the PEI Mi'kmaq before any disposal can be made**".

2018 PESC 20 (CanLII)

[139] On January 30, 2015 the Province advised that no agreement had been negotiated at that time, but that it was in discussions with a private developer who was interested in purchasing the Lands, with the intention of continuing their current use. **The Province asked for any additional archaeological information the Mi'kmaq might have and for an explanation of how the transfer of property would impact Aboriginal rights**. They asked for a response within two weeks since they were contemplating reaching an agreement to be effective in time for the summer tourist season.

[140] The Mi'kmaq responded on February 5, 2015, indicating they would endeavour to respond within that time, but that they did not consider that to be sufficient time to constitute meaningful consultation. Once again they stated, "... **it is imperative that the Provincial Crown understands that this is a matter of Aboriginal title for which Mi'kmaq consent is required"**. They then asked "... **how the Provincial Crown would like to initiate the process of negotiation that could potentially lead to the required consent being provided**."

[141] The Province suggested a ten day extension to the requested response time from the Mi'kmaq. The Province responded about the consultation process itself in two ways on February 9, 2015**. Jones stated his focus was strictly on the proposed disposition of the Lands, and that the Aboriginal Affairs Secretariat would address the broader issues, referring to the issues of negotiation and consent**. The Secretariat stated they were giving the matter due consideration but asked for patience, indicating they could not respond immediately because their Minister had resigned (for unrelated reasons).

[142] On February 23, 2015 the Mi'kmaq advised they could not respond by that day, but did provide their response on March 12, 2015. **They inquired as to whether there would be a statutory decision maker making a determination with respect to the proposed sale and transfer, and if so, would there be an opportunity for the Mi'kmaq to appear and make submissions**. The Mi'kmaq also expressed that they wished to highlight **(i) the Crown bears the onus of engaging in meaningful consultation** and **(ii) the property transaction must not proceed without the consent of the Mi'kmaq, which is only possible after the Crown has initiated and undertaken a meaningful and respectful negotiation process**.

[143] On March 26, 2015, the Province replied to the questions posed regarding a statutory decision maker and the opportunity to make submissions. Jones, for the Province advised, "**A final decision on the matter rests with Government. Please provide any further submissions you may have through this consultative process on or before April 24, 2015**." He then referred to his

2018 PESC 20 (CanLII)

February 9th correspondence **and reiterated that consultations beyond those dealing simply with the property transaction should be addressed to the Aboriginal Affairs Secretariat**.

[144] The Mi'kmaq did respond, at length, on April 24, 2015. They asked about the current status of the proposed transaction. **The Mi'kmaq stated, "...the Crown is under an obligation to inform itself of the impact its project will have on the rights of the Mi'kmaq, please advise as to what the Crown has done in this regard, and when it will be formally communicated to the Mi'kmaq"**. They also stated the Mi'kmaq would have "numerous other submissions to make" respecting the matter, but until further information was provided by the Crown they would not be in a position to do so. They reiterated their position that Crown was required to obtain the consent of the Mi'kmaq before any transfer was made. They went on to state:

> **There is no obligation on the part of the Mi'kmaq to bring matters to the attention of the Aboriginal Affairs Secretariat. The obligation is solely on the Provincial Crown to meaningfully consult and to obtain consent prior to any transfer**.

[145] The next correspondence was from Chief Francis and Chief Ramjattan focussing on their understanding of the meaning of ***Tsilhqot'in*** decision and expressing the desire to start a process of true and lasting reconciliation.

[146] Another "Duty to Consult - Notification" was sent by the Province to the Chiefs on October 4, 2016, advising of the intention to convey the Lands and inviting contact to continue consultations.

[147] Two weeks later **the Mi'kmaq asked what the intended use of the properties would be, and indicated they wished to be informed of the value of the properties before responding to the consultation request**.

[148] Two days later, on October 19, 2016, **the Province advised the current use of the land would be continued and the purchase price of the property was $500,000.** They stated the property/operations had lost money annually for several years and the assets had minimal value.

[149] As indicated earlier, the consultation process continued with a meeting on November 3, 2016. Following that, on November 18, 2016, the Mi'kmaq again reiterated:

> **The law is clear there can be no disposal of Crown land without the consent of the Mi'kmaq. We are hoping to develop a process with the Provincial Crown whereby the interests of the indigenous**

2018 PESC 20 (CanLII)

Mi’kmaq can be addressed and satisfied such that consent might be considered.

[150] As already noted, a further meeting was held on December 5, 2016, at which **the Mi’kmaq offered to lease the Lands to McDougall for a period of 50-75 years**. The Province advised McDougall would not proceed with the project based on a leasehold interest. That proposal was made again in a further meeting on December 22, 2016, and **the Province confirmed McDougall was not interested in the project based on a long-term lease**. Don McDougall, who is now 80 years of age, explained in his testimony that he was on the “back nine” of his business career, and he was “sensitive to time”, and he did not view a leasehold interest as being the best way to move the project forward.

[151] The Board of the Mi’kmaq Confederacy met with the Executive Council on January 10, 2017. On that same day, Executive Council passed the Orders approving the transaction.

[152] The Mi’kmaq allege the Crown failed to provide the Traditional Uses Data Sheet to them, and failed to provide other information relating to the transfer in a timely manner. They also advise that correspondence was sent to the Premier, but they did not receive a direct response from him. The Province expressed that the Traditional Uses Data Sheet was simply a compilation of information prepared from two other source documents, both of which were known to or provided to the Mi’kmaq during the consultation process.

[153] The Province requested and did not receive the additional archaeological information apparently uncovered by the Mi’kmaq. Nor did the Province receive any further information or explanation of any adverse impact arising from the proposed transfer. That was despite a specific request for some assistance in understanding the Mi’kmaq’s basis for objecting to the transfer. The bulk of the information contained in the affidavit of Tammy MacDonald, provided during the judicial review process, was not provided to the Crown during the consultation process.

Determining the degree of consultation required

[154] At some point in the consultation process, the decision-maker will conclude enough consultation has occurred, and that a decision can be made. The court’s assessment of the degree of consultation required is always a retrospective exercise undertaken after the decision-making body has made its decision.

[155] Breaking down the ***Haida*** spectrum, we can list certain factors that place the obligation for consultation on the **low end** of the scale, including:

2018 PESC 20 (CanLII)

a) the claim to title is weak,
b) the Aboriginal right is limited, and
c) the potential for infringement is minor,

whereas factors indicating consultation should be on the **high end** of the spectrum include:

a) cases where a strong *prima facie* case for the claim is established,
b) the right and potential infringement is of high significance to the First Nation, and
c) the risk of non-compensable damage is high.

[156] The Mi'kmaq have claimed title to all of Prince Edward Island. The decision under review is in the context of the transfer of the Mill River Lands. To establish any claim, a claimant must present evidence to show they had "sufficiency of occupation", "continuity of occupation", and "exclusivity of occupation" of the Lands in question. The onus is on the claimant to prove its title.

[157] The Province did not have, and was not presented with, evidence which would reasonably lead it to conclude the claim to these Lands was one beyond minimal strength. That is not to say the claim will always be viewed as a weak claim, but only that the evidence supporting any claim is, to this point, very limited. Such limited evidence of some use or some presence may lead to usufructuary rights, but may not be sufficient to found title. A usufructuary right is essentially the right of one individual to use and enjoy the property of another, provided its substance is neither impaired nor altered. Even for nomadic or semi-nomadic peoples, a claim of title requires supporting evidence of sufficiency of occupation, as that term would be applied to the particular circumstances of the claimants and viewed through the appropriate culturally sensitive lens. Given the nature and extent of information provided as the basis for a declaration of Aboriginal title to approximately 5% of the Tsilhqot'in people's traditional territory, the information currently available in this case is minimally past the assertion stage.

[158] The Court in ***Tsilhqot'in Nation*** repeatedly spoke of the need for "evidence" or "proof" to establish the sufficiency, continuity, and exclusivity of occupation. It requires consideration of both the common law doctrine of adverse possession and the perspective of the Aboriginal group as to how it occupies or possesses the land. However, even while balancing the two concepts and being culturally sensitive to the Aboriginal way of life, and dealing with less site-specific, more territorial-based claims, there must be "proof" of regular and exclusive use of the lands in question. Assertions, without supporting evidence are just that: assertions. In ***Tsilhqot'in Nation***, McLachlin, C.J. stated:

2018 PESC 20 (CanLII)

> [41] In summary, what is required is a culturally sensitive approach to sufficiency of occupation based on the dual perspectives of the Aboriginal group in question — its laws, practices, size, technological ability and the character of the land claimed — and the common law notion of possession as a basis for title. It is not possible to list every indicia of occupation that might apply in a particular case. The common law test for possession — which requires an intention to occupy or hold land for the purposes of the occupant — must be considered alongside the perspective of the Aboriginal group which, depending on its size and manner of living, might conceive of possession of land in a somewhat different manner than did the common law.
>
> [42] There is no suggestion in the jurisprudence or scholarship that Aboriginal title is confined to specific village sites or farms, as the Court of Appeal held. Rather, a culturally sensitive approach suggests that regular use of territories for hunting, fishing, trapping and foraging is "sufficient" use to ground Aboriginal title, provided that such use, on the facts of a particular case, evinces an intention on the part of the Aboriginal group to hold or possess the land in a manner comparable to what would be required to establish title at common law.
>
> [43] The Province argues that this Court in *R. v. Marshall; R. v. Bernard*, 2005 SCC 43 (CanLII), [2005] 2 S.C.R. 220, rejected a territorial approach to title, relying on a comment by Professor K. McNeil that the Court there "appears to have rejected the territorial approach of the Court of Appeal" (*"Aboriginal Title and the Supreme Court: What's Happening?*" (2006), 69 *Sask. L. Rev.* 281, cited in British Columbia factum, para. 100). **In fact, this Court in *Marshall; Bernard* did not reject a territorial approach, but held only (at para. 72) that there must be "proof of sufficiently regular and exclusive use" of the land in question, a requirement established in *Delgamuukw***.
>
> [44] **The Court in *Marshall; Bernard* confirmed that nomadic and semi-nomadic groups could establish title to land, provided they establish sufficient physical possession, which is a question of fact**. While "[n]ot every nomadic passage or use will ground title to land", the Court confirmed that *Delgamuukw* contemplates that "regular use of definite tracts of land for hunting, fishing or otherwise exploiting its resources" could suffice (para. 66). While the issue was framed in terms of whether the common law test for possession was met, the Court did not resile from the need to consider the perspective of the Aboriginal group in question; sufficient occupation is a "question of fact, depending on all the circumstances, in particular the nature of the land and the manner in which it is commonly used" (*ibid.*).

[159] Potential for infringement is minor. There was no information provided regarding current use of the Lands by the Mi'kmaq. The Lands have been operated by a private developer and used as a golf course and resort area for the past 35 years. No supporting information was identified or presented which might tend to show the Lands were unique and of special significance to the Mi'kmaq. The Lands will continue to be used as they have been for the past 35 years. The

2018 PESC 20 (CanLII)

Mi'kmaq themselves offered to perpetuate that use for an additional 75 years. It appears clear from a review of the circumstances there would be little to no adverse impact on the right claimed as a result of a transfer of those Lands.

[160] A similar case relating to extending or continuing current use of lands was addressed in ***Cold Lake First Nations v. Alberta (Tourism, Parks and Recreation)***, 2013 ABCA 443, where at para. 31, the court stated:

> 31 ... **In our view the impact of the campground expansion will have an adverse effect on both the right to fish and the other traditional uses. But that effect is tempered by an important consideration. The Recreational Area is not on bare unoccupied Crown land. The existing campground has been there for over 50 years. The Doyle Land was privately held since 1930, and since the transfer of those lands to the Crown in 1970 there have been several dispositions of those lands**. ...

[161] I have discussed earlier the legal nature of a conveyance and the presence of other options to address any potential future declaration of title. The transfer of Lands does not negate any obligation for which the Crown may eventually be found liable. Given the absence of information or evidence showing any new or present adverse impact on current uses of the Lands, and given the absence of evidence of any unique or special characteristics or significance of the Lands, the risk of non-compensable damage is low.

[162] Considering the foregoing, I find the degree of consultation required to be at the **low end** of the ***Haida*** spectrum.

Issue 3 - Did the Province meet its obligation to consult and, if appropriate, accommodate?

[163] In terms of the overall consultation process, the Province started by giving notice of their intended activity, which was to seek expressions of interest in purchasing any of its golf courses. Some interest was generated and they began discussions with those proponents. Nothing of significance materialized during 2012 and 2013, although they were continuing to have some discussions.

[164] By the end of 2014, they had issued a formal consultation notice regarding the proposed divestiture of the Mill River Lands. In subsequent months, they asked for additional archaeological information which the Mi'kmaq indicated their research had uncovered.

[165] The Province advised that Government was the decision-maker and submissions should be made through the consultative process which was underway. Matters once again quieted down as the Province had entered into an

2018 PESC 20 (CanLII)

operating agreement for the Mill River Resort with one of the proponents for the 2016 tourist season. A final Duty to Consult Notification sent in October 2016 again specified their intention to divest themselves of the Lands. Shortly thereafter they provided additional information regarding the purchase price of the lands and reiterated the intended future use of the property. They had not received any additional archaeological or traditional use information from the Mi'kmaq since their earlier request, and had not uncovered any additional information themselves.

[166] For their part, the Mi'kmaq confirmed they expected to be consulted on any decisions affecting Aboriginal right or title. They expressed that proper and meaningful consultation and, potentially, accommodation was mandatory. The Mi'kmaq asserted their claims to title based on traditional use and occupation of the Lands. They repeatedly insisted that consent of the Mi'kmaq was required before any conveyance could take place. They perceived that the consultation process should be in the form of a negotiation which could potentially lead to the required consent of the Mi'kmaq being provided. They stated that the Crown bore the sole onus of engaging in meaningful consultation. In response to a request for further information or evidence to support the claim of traditional use and occupation, the Mi'kmaq expressed there was no obligation on their part to bring matters to the attention of the Province or its representatives. They stated the Crown had a duty to inform itself of the impact its project would have on the rights of the Mi'kmaq, and then to advise the Mi'kmaq of their findings. Until that was done, they stated they would not be providing any further submissions through the consultative process initiated by the Crown.

[167] As indicated earlier, the Mi'kmaq Confederacy repeatedly and forcefully declared in much of their correspondence during the consultation period that their **consent** was required before any conveyance of Crown lands could take place. Such statements have their basis in a misinterpretation and overstatement of what the Supreme Court of Canada said in ***Tsilhqot'in Nation***. The obligation to have Aboriginal consent to Crown conduct in respect of subject lands only arises **after** Aboriginal title has been proven and conferred. The Court in ***Tsilhqot'in*** stated, at paras. 89-91:

> [89] **Prior to establishment of title by court declaration or agreement, the Crown is required to consult in good faith with any Aboriginal groups asserting title to the land about proposed uses of the land and, if appropriate, accommodate the interests of such claimant groups.** The level of consultation and accommodation required varies with the strength of the Aboriginal group's claim to the land and the seriousness of the potentially adverse effect upon the interest claimed. ...
>
> [90] **After Aboriginal title to land has been established by court declaration or agreement, the Crown must seek the consent of the**

2018 PESC 20 (CanLII)

> **title-holding Aboriginal group to developments on the land**. Absent consent, development of title land cannot proceed unless the Crown has discharged its duty to consult and can justify the intrusion on title under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The usual remedies that lie for breach of interests in land are available, adapted as may be necessary to reflect the special nature of Aboriginal title and the fiduciary obligation owed by the Crown to the holders of Aboriginal title.
>
> [91] **The practical result may be a spectrum of duties applicable over time in a particular case. At the claims stage, prior to establishment of Aboriginal title, the Crown owes a good faith duty to consult with the group concerned and, if appropriate, accommodate its interests**. As the claim strength increases, the required level of consultation and accommodation correspondingly increases. Where a claim is particularly strong — for example, shortly before a court declaration of title — appropriate care must be taken to preserve the Aboriginal interest pending final resolution of the claim. **Finally, once title is established, the Crown cannot proceed with development of title land not consented to by the title-holding group unless it has discharged its duty to consult and the development is justified pursuant to s. 35 of the *Constitution Act, 1982***.

[168] The evidentiary burden lies on the Mi'kmaq to demonstrate the strength of their claim. The Mi'kmaq claimed it was the Province's duty to do research to uncover past traditional uses by the Mi'kmaq. The court in ***Cold Lake***, placed the onus for such research and disclosure on the shoulders of the Aboriginal claimants. It stated, at para. 29:

> 29 The First Nations contend that the record is silent as to the location and frequency of the traditional activities and the extent to which traditional activities could potentially be adversely impacted by the proposed campground expansion. **The First Nations submit that the Crown had a duty to acquire the information about Aboriginal practices and did not. This argument was raised for the first time on appeal. In our view this did not form part of the Crown's obligation.** Both parties have reciprocal duties to facilitate an assessment of the asserted rights and to outline concerns with clarity: *Haida* at para 36. We do not view this as a gap in the record for which the Crown is responsible. The First Nations argue that the Crown had a duty to provide full information about historic Aboriginal uses of the land in question. They rely on a passage in *Xeni Gwet'in First Nations v. British Columbia*, 2007 BCSC 1700 (B.C.S.C.) at paras 1293-94, available on line, which seems to suggest such a duty. However, the facts in that case are very different and the issue was not discussed on appeal: 2012 BCCA 285, 324 BCAC 214 (B.C.C.A.).There is no suggestion here that the Crown had or withheld such information. In our opinion, **the Crown should not ordinarily be required to conduct such research in lieu of the First Nations, as the First Nations should be in a much better position to ascertain their own historical practices**.

2018 PESC 20 (CanLII)

[169] Unfortunately, the unfounded declaration by the Mi'kmaq Confederacy that they were entitled to grant or withhold their consent to the proposed transfer tainted the consultation process and lead to their participation in a less than fulsome manner. The Mi'kmaq further frustrated the process of consultation in declaring they had no obligation to assist the Province in learning of or better understanding any adverse impact of the proposed transfer. Their engagement in the consultation process was undermined by their misapprehension that, in effect, they had a veto based on the fact they had *asserted* title to the Lands. The Court's statements in ***Tsilhqot'in Nation*** are clearly to the contrary.

[170] There are similarities between what occurred in this case and what occurred in ***Louis v. British Columbia (Minister of Energy, Mines, and Petroleum Resources)***, 2013 BCCA 412 ("***Louis***").

[171] In that case, the Stellat'en First Nation was insistent that consultations include reference to the adverse impacts of an existing mining operation, rather than being restricted to the new adverse impacts which might arise as a result of the expansion of the mine or the extension of its life span. The First Nation's position on that issue coloured their involvement in the overall consultation process. Groberman, J.A., writing for the Court of Appeal, stated, starting at para. 65:

> 65 **The consultation efforts faltered at a nascent stage. The Crown was not prepared to engage in discussions concerning compensation or other accommodations for past disturbance caused by the existing mine. Consultation was, for the Stellat'en, a non-starter unless the consultation included, as a major component, the past disturbance**.
>
> ...
>
> 68 **One of the difficulties with this case is that the position of the Stellat'en in its discussions with the Ministry was, emphatically, that consultation had to be directed at past infringements as well as new ones that would result from the expansion project**. The chambers judge put it this way, at paragraph 156:
>
> > **Consultation did not readily 'get off the ground' because Stellat'en insisted on discussing alleged past infringements of their asserted Aboriginal title and rights with respect to the opening of the original mine back in 1965 and its continuing operation since then**. ...
>
> 69 By the time the matter was heard on judicial review, the Supreme Court of Canada had released its judgment in *Carrier Sekani Tribal Council v. British Columbia (Utilities Commission)*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650 (S.C.C.) rejecting the position that the Crown had a duty to

2018 PESC 20 (CanLII)

> consult over past and continuing effects on claimed Aboriginal rights whenever it made a decision connected with an existing operation. ...
>
> ...
>
> 92 **As I have already indicated, the consultation process in this case was a failure. This was not because of an absence of effort on the part of the MEMPR, [**Minister of Energy, Mines, and Petroleum Resources**] but rather a result of the parties' disparate views as to the nature of the required consultation. Because it misconstrued the nature of the consultation required, the Stellat'en refused to participate in the process. In those circumstances, it seems to me that the consultation undertaken by the MEMPR was as deep as it could be.**

2018 PESC 20 (CanLII)

Improperly insisting on certain terms of the consultation process resulted in a more limited degree of consultation than might have occurred otherwise, leaving the Court of Appeal to conclude "that the consultation undertaken was as deep as it could be".

[172] The Mi'kmaq cited ***Musqueam Indian Band v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)***, 2005 BCCA 128, as a case in which the court ordered a two-year suspension of the Order-in-Council authorizing the sale of lands so the parties would have time to consult and reach agreement with respect to its uses. The Musqueam claimed the golf course property was within their First Nation's traditional territory and represented one of the few remaining parcels of land held by the province within that territory.

[173] In that case, however, the Crown conceded that the Musqueam had shown a *prima facie* case for title. As a result of that, and as there was a shortage of reserve land, the court suspended the sale for an interim period.

[174] In ***Hupacasath First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)***, 2005 BCSC 1712 ("***Hupacasath***"), the court upheld judicial review applications. At para. 271, the court held that:

> 271 ... despite the previous history of consultation with the HFN about the management of TFL 44, **the Crown did not attempt consultation at all**. The Crown did not meet what Finch J.A. described as its "positive obligation".

[175] Similarly, in ***Long Plain***, the Federal Court of Appeal granted an application for judicial review, concluding at para. 135, that Canada completely failed in its duty to consult:

> 135 Summarizing the 2006-2007 period, the Federal Court held as follows (at paragraph 79):

> The matter is more egregious in the 2006 to 2007 period. **Canada simply ignored correspondence written by and on behalf of the [four respondents]. It ignored a request for a meeting. It did not provide any information such as the appraisal or basis of the selling arrangements negotiated with Canada Lands Company. The [four respondents] were simply ignored**. After the fact, the [four respondents] were told to take their concerns to the Canada Lands Company. **I find the treatment of the concerns raised by the [four respondents] and other [A]boriginal bands to be far short of the scope of even the minimum duty to consult.**

[176] The matter currently before the court is readily distinguishable from both ***Hupacasath*** and ***Long Plain*** in the level of consultation undertaken by the Province.

[177] The parties did not reach an agreement through the consultation process, but it is not a requirement that an agreement must be reached. The Province did not convert the consultation process into a “negotiation”, as requested by the Mi’kmaq, but they were not required to do so. As the court stated in ***Cold Lake***, at para. 39:

> 39 In our view, the duty to consult is described in very general terms and there is significant flexibility in how the duty is met. **The Crown has discretion as to how it structures the consultation process**. ...

[178] Over the course of four and one- half years, the Province engaged in the following consultation activities:

a) it provided notice of its intended action;
b) it provided specific information, including maps, parcel identification numbers, and archaeological information regarding the Lands in question;
c) it requested specific information on potential impacts on traditional uses of its contemplated action;
d) it requested the additional archaeological information the Mi’kmaq stated their research had uncovered;
e) it responded with information regarding who the final decision-maker would be;
f) it gave direction regarding to whom any further submissions from the Mi’kmaq ought to be addressed; and
g) when negotiations with the potential purchaser did progress to an intended disposition of the lands, it again advised the Mi’kmaq of the status of negotiations and responded to inquiries relating to price and value.

2018 PESC 20 (CanLII)

[179] When I examine the Province's consultation efforts as a whole, (See: ***Katlodeeche First Nation v. Canada (Attorney General)***, 2013 FC 458 at para. 183), I am satisfied that they met, and exceeded, their duty to engage in meaningful consultations and to act in good faith toward the Aboriginal people and interests which might be impacted by their contemplated land transfer. The Government made reasonable efforts to inform and consult. Given the absence of evidence of any new adverse impacts, they far exceeded the minimum degree of consultation required. Notwithstanding their duty to consult in this case would at most be at the low end of the ***Haida*** spectrum, I find the Province's consultation efforts were sufficient to satisfy the requirements associated with a duty in the midrange of that spectrum.

[180] Considering the consultation process as a whole, it is the substance of the efforts by the Province to engage in meaningful consultation that is important. The substance is more important than precise compliance with any "formalities" of identifying consultation as being pursuant to a Consultation Notice under the non-binding Consultation Agreement between the parties. In the same way as the duty to consult does not arise from the Consultation Agreement, meaningful consultation is not restricted to any formulaic process, but is dependent upon the context of each situation.

[181] The consultations were not perfect. The Province could have been more proactive in reaching out to the Mi'kmaq Confederacy at times when the negotiations with the proponent went quiet. Being informed of the fact that nothing new is happening on the matter is far better than being left to speculate and make further inquiries.

[182] The Provincial Cabinet met with the Board of the Mi'kmaq Confederacy on January 10, 2017. On that same day, Cabinet passed the Executive Council Orders approving the transfer of the Lands. On January 18, 2017, Chiefs Francis and Ramjattan wrote a strongly worded letter to the Premier expressing their disappointment and sense of betrayal at not being informed on January 10, 2017, that the Province simultaneously intended to approve the land transfer.

[183] While being notified that the Province had made a decision to move forward with the transfer is not strictly part of the consultation process, it clearly would have been more a respectful gesture and less offensive to the Mi'kmaq leadership if they had been informed of the impending decision on January 10, 2017. They were indeed clearly informed the Government intended to proceed with the sale in correspondence addressed to them on October 4, 2016, which stated, in part, "Please be advised that the Government of Prince Edward Island intends to convey the following properties:..." Subsequent correspondence filled in further details of the intent to transfer. However, providing an indication during their

2018 PESC 20 (CanLII)

face-to-face meeting on January 10, 2017, that the decision was imminent would have reduced some of the negative feelings resulting from that decision. The reconciliation process is best served by courteous and thoughtful interactions at all times.

[184] There was a clear and ample process of communication between the Province and the Mi'kmaq Confederacy. The Province did not ignore any information provided by the Mi'kmaq. Neither party responded to the other in a manner which fully satisfied the other party. However, each party requested and provided information, and was given the opportunity to request or provide further information. Each party's position was evident to the other. The consultations proceeded to the point where there was no new information coming forward. As was stated in ***Little Salmon/Carmacks First Nation v. Yukon (Director, Agricultural Branch, Department of Energy, Mines & Resources)*** 2010 SCC 53 (Also cited as ***Beckman v. Little Salmon, et al.***), at para. 84, "*Somebody* has to bring consultation to an end and to weigh up the respective interests... . The purpose of the consultation was to ensure that the Director's decision was properly informed."

[185] As was confirmed in the recent Supreme Court of Canada decision in ***Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*** 2017 SCC 54, the Government's decision to end the consultation process and issue the Orders-in-Council is entitled to deference:

> [77] The Minister's decision that an adequate consultation and accommodation process occurred is entitled to deference: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 62. The chambers judge was required to determine whether the Minister reasonably concluded that the Crown's obligation to consult and accommodate had been met. A reviewing judge does not decide the constitutional issues raised in isolation on a standard of correctness, but asks rather whether the decision of the Minister, on the whole, was reasonable.

Whether a duty to consult was triggered is a moot point

[186] Since I have concluded the Province made reasonable efforts to inform and consult, and conducted consultations consistent with or in excess of the legal requirements of ***Haida***, the question of whether a duty to consult was triggered in this case is moot.

Issues relating to respondents McDougall and 9711864 Canada Inc.

[187] Given my finding that the Province adequately consulted with the Mi'kmaq Confederacy it is not, strictly speaking, necessary to deal with the question of what the appropriate remedy would be if the Province had failed to adequately consult.

2018 PESC 20 (CanLII)

However, McDougall has asked in his submissions that the Court make a finding regarding any potential remedies in the event there is an appeal from this decision.

[188] In McDougall's evidence, he recounted his involvement with the Province over the past five years leading to the completion of the agreement of purchase and sale of the Lands. He reviewed the direct and indirect economic benefits flowing from the Mill River Complex to the western part of Prince Edward Island, and to the entire Island. He provided some examples of negative financial impacts on his efforts arising from the uncertainty surrounding the project, in light of the litigation, and expressed concern for further financial and economic impacts.

[189] In reviewing his involvement with the Province, he confirmed that he did, at some point, become aware of the assertion of title being advanced by the Mi'kmaq. He stated in his affidavit that he had been provided with little or no specific, objective or empirical evidence as to the nature and scope of any traditional uses and concluded by stating, "In short, there is no cogent evidence that the Lands hold any "special" significance to the Applicants which might be irreparably harmed by the Respondents' acquisition and continued tourism use of the Lands."

[190] He made those statements in support of his position that if there were to be any remedies granted, the Lands themselves were not of such significance as to warrant their transfer to the Mi'kmaq, but instead the court ought to order "fair compensation" from the Province, as Lamer C.J. held in ***Delgamuukw,*** at para. 169:

> 169 ... In keeping with the duty of honour and good faith on the Crown, **fair compensation will ordinarily be required when aboriginal title is infringed.** The amount of compensation payable will vary with the nature of the particular aboriginal title affected and with the nature and severity of the infringement and the extent to which aboriginal interests were accommodated. ...

[191] McDougall also relies on the findings at paras. 9-10 of the ***Haida*** decision. In that case, Weyerhaeuser Company Limited was the transferee of a license to harvest trees in a certain portion of Haida Gwaii. The Supreme Court of Canada addressed the question of what duty falls to an independent third-party in terms of consultation and accommodation. The Court stated:

> 9 The chambers judge found that the government has a moral, but not a legal, duty to negotiate with the Haida people: [2001] 2 C.N.L.R. 83, 2000 BCSC 1280 (CanLII). **The British Columbia Court of Appeal reversed this decision, holding that both the government and Weyerhaeuser have a duty to consult with and accommodate the Haida**

2018 PESC 20 (CanLII)

> **people with respect to harvesting timber from Block 6**: (2002), 99 B.C.L.R. (3d) 209, 2002 BCCA 147 (CanLII), with supplementary reasons (2002), 5 B.C.L.R. (4th) 33, 2002 BCCA 462 (CanLII).
>
> 10 I conclude that the government has a legal duty to consult with the Haida people about the harvest of timber from Block 6, including decisions to transfer or replace Tree Farm Licences. Good faith consultation may in turn lead to an obligation to accommodate Haida concerns in the harvesting of timber, although what accommodation if any may be required cannot at this time be ascertained. Consultation must be meaningful. There is no duty to reach agreement. **The duty to consult and, if appropriate, accommodate cannot be discharged by delegation to Weyerhaeuser. Nor does Weyerhaeuser owe any independent duty to consult with or accommodate the Haida people's concerns, although the possibility remains that it could become liable for assumed obligations.** It follows that I would dismiss the Crown's appeal and allow the appeal of Weyerhaeuser.

2018 PESC 20 (CanLII)

[192] Any duty to consult or accommodate Aboriginal interests rests solely with the Crown. McDougall has no obligation to consult or accommodate. As for "becoming liable for assumed obligations", both the Memorandum of Agreement whereby McDougall's company agreed to purchase the Lands, and the actual Agreement of Purchase and Sale, contain clauses which ensure that any obligations which may arise, are the sole responsibility of the Province.

[193] The Memorandum of Agreement is conditional upon "the Province fulfilling its legal obligations and duties in dealing with Aboriginal land claim issues that arise as a consequence of the divestiture of Crown lands". The Agreement of Purchase and Sale warrants that the Province is not in default of, or in violation of, any obligation pursuant to any law, and that the Province "has all right, title and interest to the Property, and the right to sell ... and transfer the same to the Purchaser". The Province agrees to "indemnify and save harmless" McDougall's company "in respect of any and all costs, losses and damages incurred by [the Purchaser] as a result of any inaccuracy or misrepresentation, or in breach of any representation, warranty, covenant or agreement made in this Agreement by the Vendor".

[194] Finally, the deed of conveyance from the Government to the company grants title to the Lands "in fee simple and free from all encumbrances".

Disposition

[195] The applicants sought a declaration that the respondent Province of Prince Edward Island failed to adequately consult and/or accommodate the Mi'kmaq of Prince Edward Island with respect to the decision to convey the Lands to the

respondents, McDougall and his company. They also sought declarations that Orders-in-Council EC 2017-6 and EC 2017-12 are invalid and are to be set aside and that any transfer of lands purported to have taken place pursuant to those Orders-in-Council is without effect. The Mi'kmaq Confederacy also asked for their costs if they were successful.

[196] I hereby dismiss the applicant's judicial review application. The question of costs was not canvassed to any extent during the hearing. If the parties are unable to reach agreement on costs, they may contact the Court and the matter can be addressed.

_____

Campbell, J.

June 25, 2018

2018 PESC 20 (CanLII)

7

Dorothy Marie Van der Peet *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec, the Fisheries Council of British Columbia, the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation, the First Nations Summit, Delgamuukw et al., Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* VAN DER PEET

File No.: 23803.

1995: November 27, 28, 29; 1996: August 21.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Aboriginal rights — Right to sell fish on non-commercial basis — Fish caught under native food fish licence — Regulations prohibiting sale or barter of fish caught under that licence — Fish sold to non-aboriginal and charges laid — Definition of "existing aboriginal rights" as used in s. 35 of Constitution Act, 1982 — Whether an aboriginal right being exercised in the circumstances — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 61(1) — British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, s. 27(5).

The appellant, a native, was charged with selling 10 salmon caught under the authority of an Indian food fish licence, contrary to s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, which prohibited the sale or barter of fish caught under such a licence. The restrictions imposed by s. 27(5) were alleged to infringe the appellant's aboriginal right to sell fish and accord-

Dorothy Marie Van der Peet *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Québec, le Fisheries Council of British Columbia, la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation, le First Nations Summit, Delgamuukw et autres, Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* VAN DER PEET

N° du greffe: 23803.

1995: 27, 28, 29 novembre; 1996: 21 août.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Droit de vendre du poisson à des fins non commerciales — Poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens — Règlement interdisant la vente et l'échange du poisson pris en vertu d'un tel permis — Poisson vendu à des non-autochtones et dépôt d'accusations — Définition de «droits ancestraux existants» à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — S'agissait-il, dans les circonstances, de l'exercice d'un droit ancestral? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 61(1) — Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 27(5).

L'appelante, une autochtone, a été accusée d'avoir vendu 10 saumons pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens, contrairement au par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, qui interdisait la vente et l'échange du poisson pris en vertu d'un tel permis. On a plaidé que les restrictions imposées par le par. 27(5) portent

1996 CanLII 216 (SCC)

ingly were invalid because they violated s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The trial judge held that the aboriginal right to fish for food and ceremonial purposes did not include the right to sell such fish and found the appellant guilty. The summary appeal judge found an aboriginal right to sell fish and remanded for a new trial. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and restored the guilty verdict. The constitutional question before this Court queried whether s. 27(5) of the Regulations was of no force or effect in the circumstances by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

Held (L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

The Aboriginal Right

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: A purposive analysis of s. 35(1) must take place in light of the general principles applicable to the legal relationship between the Crown and aboriginal peoples. This relationship is a fiduciary one and a generous and liberal interpretation should accordingly be given in favour of aboriginal peoples. Any ambiguity as to the scope and definition of s. 35(1) must be resolved in favour of aboriginal peoples. This purposive analysis is not to be limited to an analysis of why a pre-existing doctrine was elevated to constitutional status.

Aboriginal rights existed and were recognized under the common law. They were not created by s. 35(1) but subsequent to s. 35(1) they cannot be extinguished. They can, however, be regulated or infringed consistent with the justificatory test laid out in *R. v. Sparrow*.

Section 35(1) provides the constitutional framework through which the fact that aboriginals lived on the land in distinctive societies, with their own practices, customs and traditions, is acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown. The substantive rights which fall within the provision must be defined in light of this purpose. The French version of the text, prior jurisprudence of this Court and the courts of

atteinte au droit ancestral de l'appelante de vendre du poisson et qu'elles sont en conséquence invalides parce qu'elles violent le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge du procès a statué que le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires et rituelles n'inclut pas le droit de vendre le poisson ainsi pris et a déclaré l'appelante coupable. Le juge d'appel des poursuites sommaires a estimé qu'il existait un droit ancestral de vendre du poisson et ordonné la tenue d'un nouveau procès. La Cour d'appel a fait droit à l'appel du ministère public et rétabli le verdict de culpabilité. La question constitutionnelle que la Cour était appelée à trancher portait sur le point suivant: le par. 27(5) du Règlement était-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant en raison de l'existence de droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes): Le pourvoi est rejeté.

Le droit ancestral

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: L'analyse du par. 35(1) en fonction de son objet doit être faite à la lumière des principes généraux applicables aux rapports juridiques entre l'État et les peuples autochtones. L'État a, envers les peuples autochtones, une obligation de fiduciaire qui a pour conséquence que les dispositions concernant les peuples autochtones doivent recevoir une interprétation généreuse et libérale. Les doutes ou ambiguïtés concernant la portée et la définition des droits visés par le par. 35(1) doivent être résolus en faveur des peuples autochtones. Il ne faut pas limiter l'analyse de l'objet de cette disposition aux raisons pour lesquelles une doctrine juridique préexistante s'est vue conférer un statut constitutionnel.

Les droits ancestraux existaient déjà et ils étaient reconnus en common law. Le paragraphe 35(1) n'a pas créé les droits ancestraux, mais à la suite de l'adoption du par. 35(1), ils ne peuvent pas être éteints. Ils peuvent, toutefois, être réglementés ou violés en conformité avec le critère de justification énoncé dans *R. c. Sparrow*.

Le paragraphe 35(1) établit le cadre constitutionnel qui permet de reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres coutumes, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté. Les droits substantiels visés par cette disposition doivent être définis à la lumière de cet objet. Cette façon d'analyser le par. 35(1) trouve également appui dans le texte français de cette disposition, dans des décisions antérieures de notre Cour et des tribunaux australiens et américains,

1996 CanLII 216 (SCC)

Australia and the United States, academic commentators and legal literature support this approach.

To be an aboriginal right an activity must be an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right. A number of factors must be considered in applying the "integral to a distinctive culture" test. The court must take into account the perspective of the aboriginal peoples, but that perspective must be framed in terms cognizable to the Canadian legal and constitutional structure.

In assessing a claim to an aboriginal right a court must first identify the nature of the right being claimed in order to determine whether a claim meets the test of being integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right. To characterize an applicant's claim correctly, a court should consider such factors as the nature of the action which the applicant is claiming was done pursuant to an aboriginal right, the nature of the governmental regulation, statute or action being impugned, and the practice, custom or tradition being relied upon to establish the right. The activities must be considered at a general rather than specific level. They may be an exercise in modern form of a pre-contact practice, custom or tradition and the claim should be characterized accordingly.

To be integral, a practice, custom or tradition must be of central significance to the aboriginal society in question — one of the things which made the culture of the society distinctive. A court cannot look at those aspects of the aboriginal society that are true of every human society (e.g., eating to survive) or at those aspects of the aboriginal society that are only incidental or occasional to that society. It is those distinctive features that need to be acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown.

The practices, customs and traditions which constitute aboriginal rights are those which have continuity with the practices, customs and traditions that existed prior to contact with European society. Conclusive evidence from pre-contact times about the practices, customs and traditions of the community in question need not be produced. The evidence simply needs to be directed at

chez des commentateurs universitaires et dans la littérature juridique.

Pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question. Un certain nombre de facteurs doivent être pris en considération dans l'application du critère de la «partie intégrante d'une culture distinctive». Le tribunal doit tenir compte du point de vue des autochtones, mais il faut que ce point de vue soit exprimé d'une manière compatible avec l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada.

Dans l'appréciation de la revendication d'un droit ancestral, le tribunal doit d'abord déterminer la nature du droit revendiqué, pour juger si la revendication satisfait au critère de la partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique ce droit. Pour bien caractériser la revendication du demandeur, le tribunal doit tenir compte de facteurs tels que la nature de l'acte qui, d'affirmer le demandeur, a été accompli en vertu d'un droit ancestral, la nature du règlement, de la loi ou de l'autre mesure gouvernementale contestée, ainsi que la coutume, pratique ou tradition invoquée pour établir l'existence du droit. Il doit examiner ces activités d'un point de vue général et non spécifique. Il est possible que les activités en question soient l'exercice, sous une forme contemporaine, d'une coutume, pratique ou tradition qui existait avant le contact avec les Européens, auquel cas il doit adapter sa caractérisation de la revendication en conséquence.

Pour faire partie intégrante d'une culture distinctive, une coutume, pratique ou tradition doit avoir une importance fondamentale pour la société autochtone concernée — être l'une des choses qui rendaient la culture de la société distinctive. Le tribunal ne peut tenir compte des aspects de la société autochtone qui sont communs à toutes les sociétés humaines (p. ex. le fait de manger pour survivre), ni des aspects de la société autochtone qui n'ont qu'un caractère secondaire ou occasionnel. Ce sont ces caractéristiques distinctives qui doivent être reconnues et conciliées avec la souveraineté de Sa Majesté.

Constituent des droits ancestraux les coutumes, pratiques et traditions qui marquent la continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens. Il n'est pas nécessaire de produire, relativement aux coutumes, pratiques et traditions de la collectivité, une preuve concluante, datant de l'époque antérieure au contact avec les Européens.

1996 CanLII 216 (SCC)

demonstrating which aspects of the aboriginal community and society have their origins pre-contact. The concept of continuity is the means by which a "frozen rights" approach to s. 35(1) will be avoided. It does not require an unbroken chain between current practices, customs and traditions and those existing prior to contact. A practice existing prior to contact can be resumed after an interruption.

Basing the identification of aboriginal rights in the period prior to contact is not inconsistent with the inclusion of the Métis in the definition of "aboriginal peoples of Canada" in s. 35(2) of the *Constitution Act, 1982*. The history of the Métis and the reasons underlying their inclusion in the protection given by s. 35 are quite distinct from those relating to other aboriginal peoples in Canada. The manner in which the aboriginal rights of other aboriginal peoples are defined is not necessarily determinative of the manner in which the aboriginal rights of the Métis are defined.

A court should approach the rules of evidence, and interpret the evidence that exists, conscious of the special nature of aboriginal claims, and of the evidentiary difficulties in proving a right which originates in times where there were no written records of the practices, customs and traditions and customs engaged in. The courts must not undervalue the evidence presented by aboriginal claimants simply because that evidence does not conform precisely with the evidentiary standards applied in other contexts.

Courts considering a claim to the existence of an aboriginal right must focus specifically on the practices, customs and traditions of the particular aboriginal group claiming the right. Claims to aboriginal rights are not to be determined on a general basis.

In identifying those practices, customs and traditions that constitute the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1), a court must ensure that the practice, custom or tradition relied upon in a particular case is independently significant to the aboriginal community claiming the right. The practice, custom or tradition cannot exist simply as an incident to another practice, custom or tradition. Incidental practices, customs and traditions cannot qualify as aboriginal rights through a

Il suffit que cette preuve tende à démontrer lesquels des aspects de la collectivité et de la société autochtones datent d'avant le contact avec les Européens. Le concept de continuité est le moyen qui permet d'éviter une interprétation du par. 35(1) fondée sur la notion de «droits figés». Il n'exige pas la preuve d'une continuité parfaite entre les coutumes, pratiques et traditions actuelles et celles qui existaient avant le contact avec les Européens. Une pratique qui existait avant le contact avec les Européens peut être reprise après une interruption.

Le fait de se reporter à la période antérieure au contact avec les Européens pour identifier les droits ancestraux n'est pas incompatible avec le fait que, aux termes du par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les Métis sont compris dans la définition de «peuples autochtones du Canada». L'histoire des Métis et les raisons qui sous-tendent leur inclusion pour qu'ils bénéficient de la protection accordée par l'art. 35 diffèrent considérablement de celles qui concernent les autres peuples autochtones du Canada. La manière dont les droits ancestraux des autres peuples autochtones sont définis n'est pas nécessairement déterminante en ce qui concerne la manière dont sont définis ceux des Métis.

Le tribunal doit appliquer les règles de preuve et interpréter la preuve existante en étant conscient de la nature particulière des revendications des autochtones et des difficultés que soulève la preuve d'un droit qui remonte à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit. Les tribunaux doivent se garder d'accorder un poids insuffisant à la preuve présentée par les demandeurs autochtones simplement parce que cette preuve ne respecte pas de façon précise les normes qui seraient appliquées dans d'autres contextes.

Le tribunal saisi d'une revendication fondée sur l'existence d'un droit ancestral doit s'attacher spécifiquement à l'examen des coutumes, pratiques et traditions du groupe autochtone qui revendique ce droit. Les revendications de droits ancestraux ne peuvent pas être tranchées de manière générale.

Le tribunal appelé à identifier les coutumes, pratiques et traditions qui constituent les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doit s'assurer que la coutume, pratique ou tradition invoquée dans un cas donné revêt une importance particulière pour la collectivité autochtone qui revendique le droit. Il ne doit pas s'agir d'une coutume, pratique ou tradition simplement accessoire d'une autre coutume, pratique ou tradition. Les coutumes, pratiques et traditions accessoires ne peu-

1996 CanLII 216 (SCC)

process of piggybacking on integral practices, customs and traditions.

A practice, custom or tradition, to be recognized as an aboriginal right need not be distinct, meaning "unique", to the aboriginal culture in question. The aboriginal claimants must simply demonstrate that the custom or tradition is a defining characteristic of their culture.

The fact that that practice, custom or tradition continued after the arrival of Europeans, and adapted in response to their arrival, is not relevant to determination of the claim; European arrival and influence cannot be used to deprive an aboriginal group of an otherwise valid claim to an aboriginal right. A practice, custom or tradition will not meet the standard for recognition of an aboriginal right, however, where it arose solely as a response to European influences.

The relationship between aboriginal rights and aboriginal title (a sub-category of aboriginal rights dealing solely with land claims) must not confuse the analysis of what constitutes an aboriginal right. Aboriginal rights arise from the prior occupation of land, but they also arise from the prior social organization and distinctive cultures of aboriginal peoples on that land. In considering whether a claim to an aboriginal right has been made out, courts must look both at the relationship of an aboriginal claimant to the land and at the practices, customs and traditions arising from the claimant's distinctive culture and society. Courts must not focus so entirely on the relationship of aboriginal peoples with the land that they lose sight of the other factors relevant to the identification and definition of aboriginal rights.

The first step in the application of the integral to a distinctive culture test requires the Court to identify the precise nature of the appellant's claim to have been exercising an aboriginal right. Here, the appellant claimed that the practices, customs and traditions of the Sto:lo include as an integral element the exchange of fish for money or other goods. The significance of the practice, tradition or custom is relevant to the determination of whether that practice, custom or tradition is integral, but cannot itself constitute the claim to an aboriginal right. The claim must be based on the actual practices, customs and traditions related to the fishery,

vent être considérées comme des droits ancestraux du fait qu'elles se greffent sur des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante d'une culture.

Pour être reconnue comme un droit ancestral, une coutume, pratique ou tradition n'a pas à être distincte, c'est-à-dire «propre» à la culture autochtone en cause. Les demandeurs autochtones doivent simplement montrer que la coutume, pratique ou tradition en cause est une caractéristique déterminante de leur culture.

Le fait que cette coutume, pratique ou tradition se soit poursuivie après l'arrivée des Européens et se soit adaptée en réaction à cet événement, n'est pas pertinent pour l'appréciation de la revendication; l'arrivée et l'influence des Européens ne peuvent être invoquées pour rejeter la revendication, par ailleurs valide, d'un droit ancestral présentée par un groupe autochtone. En revanche, si la coutume, pratique ou tradition n'est que le fruit des influences européennes, alors elle ne respecte pas la norme applicable pour la reconnaissance d'un droit ancestral.

Le rapport entre le titre aborigène (une sous-catégorie de droits ancestraux qui concerne seulement les revendications de droits fonciers) et les droits ancestraux ne doit pas embrouiller l'analyse de ce qui constitue un droit ancestral. Les droits ancestraux découlent non seulement de l'occupation antérieure du territoire, mais aussi de l'organisation sociale antérieure et des cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire. Pour déterminer si le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral a été établi, les tribunaux doivent considérer et les rapports qu'entretient le demandeur autochtone avec le territoire, et les coutumes, pratiques et traditions de la société à laquelle il appartient et de la culture distinctive de cette société. Ils ne doivent pas se concentrer sur les rapports qu'entretiennent les peuples autochtones avec le territoire au point de négliger les autres facteurs pertinents pour l'identification et la définition des droits ancestraux.

Conformément à la première étape de l'application du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive, notre Cour doit identifier la nature précise de la prétention de l'appelante qu'elle exerçait un droit ancestral. En l'espèce, l'appelante soutient que les coutumes, pratiques et traditions des Sto:lo incluent, en tant que partie intégrante de leur culture, l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens. L'importance de cette coutume, pratique ou tradition est pertinente pour décider si celle-ci fait partie intégrante de la culture, mais elle ne peut à elle seule justifier le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral. La revendication doit plutôt

1996 CanLII 216 (SCC)

here the custom of exchanging fish for money or other goods.

The trial judge made no clear and palpable error which would justify an appellate court's substituting its findings of fact. These findings included: (1) prior to contact exchanges of fish were only "incidental" to fishing for food purposes; (2) there was no regularized trading system amongst the appellant's people prior to contact; (3) the trade that developed with the Hudson's Bay Company, while of significance to the Sto:lo of the time, was qualitatively different from what was typical of Sto:lo culture prior to contact; and, (4) the Sto:lo's exploitation of the fishery was not specialized and that suggested that the exchange of fish was not a central part of Sto:lo culture. The appellant failed to demonstrate that the exchange of fish for money or other goods was an integral part of the distinctive Sto:lo culture which existed prior to contact and was therefore protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Aboriginal rights find their origin in the historic occupation and use of native ancestral lands. These rights relate not only to aboriginal title but also to the component elements of this larger right, such as aboriginal rights to hunt, fish or trap, and their accompanying practices, customs and traditions. They also include other matters, not related to land, that form part of a distinctive aboriginal culture.

Aboriginal rights can exist on reserve lands, aboriginal title lands, and aboriginal right lands. Reserve lands are reserved by the federal government for the exclusive use of Indian people. Title to aboriginal title lands — lands which the natives possess for occupation and use at their own discretion — is founded on common law and is subject to the Crown's ultimate title. It exists when the bundle of aboriginal rights is large enough to command the recognition of a *sui generis* proprietary interest to occupy and use the land. Aboriginal title can also be founded on treaties. Finally, aboriginal right lands are those lands on which only specific aboriginal rights exist (e.g., the right to hunt for food, social and ceremonial purposes) because the occupation and use by the particular group of aboriginal people is too limited

être fondée sur les coutumes, pratiques et traditions se rattachant concrètement à la pêcherie, en l'occurrence la coutume d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens.

Le juge du procès n'a commis aucune erreur manifeste et dominante qui justifierait une cour d'appel de substituer ses conclusions de fait aux siennes. Parmi ces conclusions, on peut relever les suivantes: (1) avant le contact avec les Européens, les échanges de poisson n'étaient qu'un aspect «accessoire» de la pêche pratiquée à des fins alimentaires; (2) il n'existait pas, avant le contact avec les Européens, de système de commerce organisé chez le peuple auquel appartient l'appelante; (3) le commerce entre les Sto:lo et la Compagnie de la Baie d'Hudson, même s'il était important pour la société sto:lo de cette époque, était qualitativement différent de celui qui était typique de la culture sto:lo d'avant le contact avec les Européens; (4) l'absence de spécialisation dans l'exploitation des ressources de la pêche chez les Sto:lo tend à indiquer que l'échange de poisson n'était pas un élément fondamental de la culture sto:lo. L'appelante n'a pas démontré que l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la culture sto:lo distinctive qui existait avant le contact avec les Européens et était en conséquence protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La source des droits ancestraux est l'occupation et l'utilisation historiques par les autochtones de leurs terres ancestrales, et ces droits comprennent non seulement le titre aborigène, mais aussi les éléments constitutifs de ce droit plus large — tels les droits de chasse, de pêche et de piégeage ancestraux, et les coutumes, pratiques et traditions connexes — ainsi que d'autres éléments qui font partie intégrante de la culture autochtone distinctive visée, mais ne se rapportent pas au territoire.

Les droits ancestraux peuvent se rattacher aux terres des réserves, aux terres visées par un titre aborigène et aux terres visées par un droit ancestral. Les terres des réserves sont réservées par le gouvernement fédéral pour l'usage exclusif des Indiens. Les terres visées par un titre aborigène, fondé sur la common law, sont les terres que possèdent les autochtones et qu'ils peuvent occuper et utiliser à leur gré, sous réserve du fait que c'est Sa Majesté qui, en dernier ressort, en détient le titre. Le titre aborigène existe lorsque l'ensemble des droits ancestraux est suffisamment important pour commander la reconnaissance d'un droit foncier *sui generis* d'occupation et d'utilisation des terres visées. Un titre aborigène peut également être fondé sur un traité. Enfin, les terres visées par un droit ancestral sont les terres

1996 CanLII 216 (SCC)

and, as a result, does not meet the criteria for the recognition, at common law, of aboriginal title. These types of lands are not static or mutually exclusive.

Prior to 1982, aboriginal rights were founded only on the common law and they could be extinguished by treaty, conquest and legislation as they were "dependent upon the good will of the Sovereign". Now, s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* protects aboriginal interests arising out of the native historic occupation and use of ancestral lands through the recognition and affirmation of "existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada".

The *Sparrow* test deals with constitutional claims of infringement of aboriginal rights. This test involves three steps: (1) the assessment and definition of an existing aboriginal right (including extinguishment); (2) the establishment of a *prima facie* infringement of such right; and, (3) the justification of the infringement.

Section 35(1) must be given a generous, large and liberal interpretation and ambiguities or doubts should be resolved in favour of the natives. Aboriginal rights must be construed in light of the special trust relationship and the responsibility of the Crown *vis-à-vis* aboriginal people. Most importantly, aboriginal rights protected under s. 35(1) must be interpreted in the context of the history and culture of the specific aboriginal society and in a manner that gives the rights meaning to the natives. It is not appropriate that the perspective of the common law be given an equal weight with the perspective of the natives.

The issue of the nature and extent of aboriginal rights protected under s. 35(1) is fundamentally about characterization. Two approaches have emerged.

The first approach focuses on the particular aboriginal practice, custom or tradition. It considers that what is common to both aboriginal and non-aboriginal cultures is non-aboriginal and hence not protected by s. 35(1).

auxquelles ne peuvent se rattacher que des droits ancestraux spécifiques (p. ex., le droit de chasser à des fins alimentaires, sociales et rituelles), parce que l'occupation et l'utilisation des terres par le groupe autochtone concerné sont trop limitées et, en conséquence, ne respectent pas le critère applicable en vue de la reconnaissance, en common law, d'un titre aborigène. Le classement d'une terre dans un type donné n'est pas immuable. De plus, une terre peut appartenir à plus d'un type.

Avant 1982, la doctrine des droits ancestraux n'était fondée que sur la common law, et les droits ancestraux pouvaient en conséquence être éteints par traité, par conquête et par voie législative puisqu'ils «dépendaient de la bonne volonté du Souverain». Désormais, le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* protège les intérêts des autochtones qui découlent de l'occupation et de l'utilisation historiques par ceux-ci de leurs terres ancestrales, en reconnaissant et en confirmant «[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada».

Le test énoncé dans *Sparrow* est le cadre d'analyse des affaires constitutionnelles dans lesquelles on demande qu'un droit soit protégé en tant que droit ancestral. Il comporte trois étapes: (1) l'évaluation et la définition d'un droit ancestral existant (y compris son extinction), (2) l'établissement d'une atteinte *prima facie* à ce droit, et (3) la justification de cette atteinte.

Le paragraphe 35(1) doit recevoir une interprétation généreuse, large et libérale et les ambiguïtés, doutes ou incertitudes doivent être résolus en faveur des autochtones. Les droits ancestraux doivent être interprétés à la lumière des rapports spéciaux de fiduciaire et de la responsabilité de Sa Majesté vis-à-vis des autochtones. La règle la plus importante est que les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) doivent être interprétés dans le contexte de l'histoire et de la culture de la société autochtone concernée, de manière à leur donner un sens pour les autochtones. Il n'est pas approprié d'affirmer que, dans la définition des droits ancestraux, la perspective de la common law importe autant que celle des autochtones.

La question de la nature et de l'étendue des droits ancestraux protégés par le par. 35(1) est fondamentalement une question de caractérisation. Deux méthodes d'analyse se sont dégagées.

La première est axée sur la coutume, pratique ou tradition en cause. Suivant ce point de vue, ce qui est commun aux cultures autochtones et non autochtones est non autochtone et donc n'est pas protégé par le

1996 CanLII 216 (SCC)

This approach should not be adopted. This approach misconstrues the words "distinctive culture", used in *Sparrow*, by interpreting it as if it meant "distinct culture". It is also overly majoritarian. Finally, this approach is unduly restrictive as it defines aboriginal culture and aboriginal rights as that which is left over after features of non-aboriginal cultures have been taken away.

The second approach describes aboriginal rights in a fairly high level of abstraction and is more generic. Its underlying premise is that the notion of "integral part of [aboriginals'] distinctive culture" constitutes a general statement regarding the purpose of s. 35(1). Section 35(1) should be viewed as protecting, not a catalogue of individualized practices, customs or traditions but the "distinctive culture" of which aboriginal activities are manifestations. The emphasis is on the significance of these activities to natives rather than on the activities themselves. These aboriginal activities should be distinguished from the practices or habits which were merely incidental to the lives of a particular group of aboriginal people and, as such, would not warrant protection under s. 35(1).

The criterion of "distinctive aboriginal culture" should not be limited to those activities that only aboriginal people have undertaken or that non-aboriginal people have not. Rather, all practices, customs and traditions which are connected enough to the self-identity and self-preservation of organized aboriginal societies should be viewed as deserving the protection of s. 35(1). A generous, large and liberal construction should be given to these activities in order to give full effect to the constitutional recognition of the distinctiveness of aboriginal culture. What constitutes a practice, custom or tradition distinctive to native culture and society must be examined through the eyes of aboriginal people.

The question of the period of time relevant to the recognition of aboriginal rights relates to whether the practice, custom or tradition has to exist prior to a specific date, and also to the length of time necessary for an aboriginal activity to be recognized as a right under s. 35(1). Two basic approaches exist: the "frozen right" approach and the "dynamic right" approach. The latter should be preferred.

par. 35(1). Cette méthode ne devrait pas être adoptée. Elle décrit mal l'expression «culture distinctive» utilisée dans l'arrêt *Sparrow*, en lui donnant le sens de «culture distincte». C'est une analyse qui accorde beaucoup trop d'importance au point de vue de la majorité. Enfin, elle est une interprétation par trop rigide qui revient à définir la culture autochtone et les droits ancestraux comme étant ce qu'il en reste après qu'on en ait retranché les caractéristiques des cultures non autochtones.

La deuxième méthode est plus générale et décrit les droits ancestraux avec un degré d'abstraction assez élevé. Le principe sur lequel elle repose est que la notion de «partie intégrante de la culture distinctive [des autochtones visés]» constitue un énoncé général de l'objet du par. 35(1). Il faudrait considérer que le par. 35(1) protège non pas une liste de coutumes, pratiques ou traditions propres, mais plutôt la «culture distinctive» dont les activités autochtones sont des manifestations. L'accent serait mis sur l'importance de ces activités pour les autochtones plutôt que sur les activités elles-mêmes. Il faudrait distinguer ces activités autochtones des pratiques ou habitudes qui étaient simplement des aspects accessoires de la vie d'un groupe particulier d'autochtones et qui, en tant que telles, ne commanderaient pas la protection du par. 35(1).

Le critère de la «culture autochtone distinctive» ne devrait pas être restreint aux activités exercées uniquement par les autochtones et non par les non-autochtones. Au contraire, toutes les coutumes, pratiques et traditions ayant un lien suffisant avec le sentiment d'identité et le désir de préservation des sociétés autochtones organisées devraient être considérées comme valant d'être protégées en vertu du par. 35(1). Qui plus est, il faudrait interpréter ces activités de façon généreuse, large et libérale afin de donner plein effet à la reconnaissance constitutionnelle du caractère distinctif de la culture autochtone. Ce qui constitue une coutume, pratique ou tradition distinctive pour une culture et une société autochtones doit être examiné avec les yeux des autochtones.

La question de la période pertinente pour la reconnaissance de droits ancestraux amène à se demander si la coutume, pratique ou tradition doit avoir existé avant une date spécifique, et quelle est la période nécessaire pendant laquelle une activité autochtone doit avoir été exercée pour être reconnue comme un droit visé au par. 35(1). Deux méthodes principales ont été préconisées: la méthode fondée sur les «droits figés» et celle fondée sur le «caractère dynamique des droits». Il y a lieu de préférer la dernière.

1996 CanLII 216 (SCC)

The "frozen right" approach would recognize practices, customs and traditions that existed from time immemorial and that continued to exist at the time of British sovereignty. This approach overstates the impact of European influence on aboriginal communities, crystallizes aboriginal practice as of an arbitrary date, and imposes a heavy burden on the persons claiming an aboriginal right even if evidentiary standards are relaxed. In addition, it embodies inappropriate and unprovable assumptions about aboriginal culture and society and is inconsistent with *Sparrow* which refused to define existing aboriginal rights so as to incorporate the manner in which they were regulated in 1982.

Underlying the "dynamic right" approach is the premise that "existing aboriginal rights" must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time. Aboriginal rights must be permitted to maintain contemporary relevance in relation to the needs of the natives as their practices, customs and traditions change and evolve with the overall society in which they live. This generous, large and liberal interpretation of aboriginal rights protected under s. 35(1) would ensure their continued vitality. Practices, customs and traditions need not have existed prior to British sovereignty or European contact. British sovereignty, instead of being considered the turning point in aboriginal culture, would be regarded as having recognized and affirmed practices, customs and traditions which are sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of aboriginal people. This idea relates to the "doctrine of continuity".

The aboriginal activity must have formed an integral part of a distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time. This period should be assessed based on: (1) the type of aboriginal practices, customs and traditions; (2) the particular aboriginal culture and society; and, (3) the reference period of 20 to 50 years. This approach gives proper consideration to the perspective of aboriginal people on the meaning of their existing rights.

As regards the delineation of the aboriginal right claimed, the purposes of aboriginal practices, customs and traditions are highly relevant in assessing if they are sufficiently significant to the culture for a substantial continuing period of time. The purposes should not be

Suivant la méthode fondée sur les «droits figés», seraient reconnues les coutumes, pratiques et traditions qui existaient de temps immémorial au moment de la souveraineté britannique. Cette méthode exagère l'incidence de l'influence européenne sur les collectivités autochtones, cristallise les pratiques autochtones à une date arbitraire et, sur le plan de la preuve, impose aux autochtones un fardeau lourd que ne permet pas d'atténuer l'assouplissement des normes de preuve. Ce critère intègre des hypothèses inappropriées et improuvables en ce qui concerne la culture et la société autochtones et est incompatible avec l'arrêt *Sparrow* qui a refusé de définir les droits ancestraux existants de façon à intégrer la manière dont ils étaient réglementés en 1982.

La méthode fondée sur le «caractère dynamique des droits» repose sur le principe que l'expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps. Il faut permettre aux droits ancestraux de conserver une pertinence contemporaine par rapport aux besoins des autochtones, au fur et à mesure que leurs coutumes, pratiques et traditions changent et évoluent en même temps que l'ensemble de la société dans laquelle ils vivent. Cette interprétation généreuse, large et libérale des droits ancestraux protégés en vertu du par. 35(1) garantirait leur vitalité continue. Il n'est pas impératif que les coutumes, pratiques et traditions aient existé avant l'affirmation de la souveraineté britannique ou avant le contact avec les Européens. Au lieu d'être perçue comme le point tournant pour la culture autochtone, la souveraineté britannique serait plutôt considérée comme ayant reconnu et confirmé les coutumes, pratiques et traditions qui sont suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture des autochtones. Cette idée se rattache à la «doctrine de la continuité».

L'activité autochtone doit avoir fait partie intégrante d'une culture autochtone distinctive pendant une période considérable et ininterrompue. Cette période devrait être appréciée en fonction des critères suivants: (1) le type de coutumes, pratiques et traditions autochtones en cause, (2) la culture et la société autochtones particulières visées, et (3) la période de référence de 20 à 50 ans. Cette méthode permet de tenir compte, comme il se doit, de la perspective des autochtones en ce qui concerne la signification de leurs droits existants.

Pour ce qui est de la définition du droit ancestral revendiqué, les fins pour lesquelles sont exercées les activités en cause sont considérées comme hautement pertinentes dans l'examen de la question de savoir si les coutumes, pratiques et traditions autochtones ont été

1996 CanLII 216 (SCC)

strictly compartmentalized but rather should be viewed on a spectrum, with aboriginal activities undertaken solely for food at one extreme, those directed to obtaining purely commercial profit at the other extreme, and activities relating to livelihood, support and sustenance at the centre.

An aboriginal activity does not need to be undertaken for livelihood, support and sustenance purposes to benefit from s. 35(1) protection. Whether an activity is sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization for a substantial continuing period of time will have to be determined on the specific facts giving rise to each case, as proven by the Crown, in view of the particular aboriginal culture and the evidence supporting the recognition of such right.

Nevertheless, the facts did not support framing the issue in this case in terms of commercial fishing. Appellant did not argue that her people possessed an aboriginal right to fish for commercial purposes but only the right to sell, trade and barter fish for their livelihood, support and sustenance. Finally, the legislative provision under constitutional challenge was not only aimed at commercial fishing but also at the non-commercial sale, trade and barter of fish.

The trial judge and the Court of Appeal erred in framing the issue and in using a "frozen right" approach. The trial judge, since he asked himself the wrong questions and erred as to the proper evidentiary basis necessary to establish an aboriginal right under s. 35(1), made no finding of fact, or insufficient findings of fact, as regards the Sto:lo's distinctive aboriginal culture relating to the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes. An appellate court, given these palpable and overriding errors affecting the trial judge's assessment of the facts, is accordingly justified in intervening in the trial judge's findings of fact and substituting its own assessment of the evidence presented at trial.

The fishery always provided a focus for life and livelihood for the Sto:lo and they have always traded salmon for the sustenance and support of themselves and their families. These activities formed part of the

suffisamment importantes pour la culture d'un groupe particulier d'autochtones, et ce pendant une période considérable et ininterrompue. Ces fins ne devraient pas être compartimentées de manière stricte, mais plutôt être considérées comme les divers éléments d'une gamme sur laquelle les activités autochtones exercées seulement à des fins alimentaires se trouveraient à une extrémité et celles visant des fins purement commerciales à l'autre extrémité, alors que les activités faites à des fins de subsistance occuperaient le centre.

Il n'est pas nécessaire qu'une activité autochtone soit accomplie à des fins de subsistance pour bénéficier de la protection du par. 35(1). La question de savoir si une activité est suffisamment importante et fondamentale pour l'organisation sociale et la culture pendant une période considérable et ininterrompue doit être tranchée à partir des faits propres à chaque cas et prouvés par le ministère public, compte tenu de la culture autochtone en cause et de la preuve étayant la reconnaissance du droit revendiqué.

Toutefois, les faits de l'espèce ne permettent pas de formuler la question sous l'angle de la pêche commerciale. L'appelante n'a pas plaidé que son peuple possède un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales, mais seulement le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. Enfin, la disposition législative visée par la présente contestation constitutionnelle ne concernait pas seulement la pêche commerciale, mais aussi la vente et l'échange du poisson à des fins non commerciales.

Le juge du procès et la Cour d'appel ont commis une erreur en formulant la question en litige et en appliquant la méthode des «droits figés». Le juge du procès s'est posé les mauvaises questions et a fait erreur quant à la preuve requise pour établir l'existence d'un droit ancestral visé au par. 35(1). En conséquence, il n'a pas tiré de conclusion de fait — ou celles qu'il a tirées étaient insuffisantes — au sujet de la culture autochtone distinctive des Sto:lo en ce qui a trait à la vente et à l'échange de poisson à des fins de subsistance. Vu ces erreurs manifestes et dominantes, qui ont faussé l'appréciation des faits par le juge du procès, une cour d'appel est justifiée de modifier les conclusions de fait du juge de première instance et de substituer son appréciation de la preuve présentée au procès à celle du juge de première instance.

La pêche a toujours été un aspect central de la vie et de la subsistance des Sto:lo, qui ont toujours échangé du saumon afin d'assurer leur subsistance et celle de leur famille. Ces activités ont fait partie de la culture autoch-

1996 CanLII 216 (SCC)

Sto:lo's distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time — for centuries before the arrival of Europeans — and continued in modernized forms until the present day. The criteria regarding the characterization and the time requirement of aboriginal rights protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* were met.

Per McLachlin J. (dissenting): A court considering the question of whether a particular practice is the exercise of a s. 35(1) constitutional aboriginal right must adopt an approach which: (1) recognizes the dual purposes of s. 35(1) (to preclude extinguishment and to provide a firm foundation for settlement of aboriginal claims); (2) is liberal and generous toward aboriginal interests; (3) considers the aboriginal claim in the context of the historic way of life of the people asserting it; and (4) above all, is true to the Crown's position as fiduciary for the first peoples. The legal perspectives of both the European and the aboriginal societies must be incorporated and the common law being applied must give full recognition to the pre-existing aboriginal tradition.

The sale at issue should not be labelled as something other than commerce. One person selling something to another is commerce. The critical question is not whether the sale of the fish is commerce or non-commerce, but whether the sale can be defended as the exercise of a more basic aboriginal right to continue the aboriginal people's historic use of the resource.

An aboriginal right must be distinguished from the exercise of an aboriginal right. Rights are generally cast in broad, general terms and remain constant over the centuries. The exercise of rights may take many forms and vary from place to place and from time to time. The principle that aboriginal rights must be ancestral rights is reconciled with this Court's insistence that aboriginal rights not be frozen by the determination of whether the modern practice at issue may be characterized as an exercise of the right. The rights are ancestral: their exercise takes modern forms.

History is important. A recently adopted practice would generally not qualify as being aboriginal. A practice, however, need not be traceable to pre-contact times for it to qualify as a constitutional right. Aboriginal

tone distinctive des Sto:lo pendant une période considérable et ininterrompue — pendant des siècles avant l'arrivée des Européens — et continuent d'être pratiquées de nos jours, quoique sous des formes modernes. Le critère applicable afin de caractériser les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ainsi que l'exigence de durée pertinente, ont été respectés.

Le juge McLachlin (dissidente): Le tribunal qui est appelé à décider si une pratique donnée est l'exercice d'un droit ancestral protégé par la Constitution en vertu du par. 35(1) doit adopter une méthode (1) qui reconnaisse les deux objets du par. 35(1) (savoir empêcher l'extinction des droits ancestraux et constituer une assise solide en vue du règlement des revendications autochtones), (2) qui soit libérale et généreuse envers les intérêts des autochtones, (3) qui considère le droit ancestral revendiqué dans le contexte du mode de vie historique du peuple qui l'invoque; (4) et, par-dessus tout, qui soit respectueuse du rôle de fiduciaire que l'État joue auprès des premiers habitants du pays. Les points de vue juridiques des sociétés européennes et autochtones doivent être intégrés et la common law appliquée doit reconnaître pleinement la tradition autochtone préexistante.

La vente faite en l'espèce ne devrait pas être qualifiée autrement que d'acte de commerce. Quand une personne vend quelque chose à autrui, c'est du commerce. La question cruciale qui se pose n'est pas de savoir si, en l'espèce, la vente du poisson est ou non un acte de commerce, mais bien si elle peut être justifiée en tant qu'exercice d'un droit ancestral plus fondamental, qui serait la poursuite, par les autochtones concernés, de l'utilisation historique de la ressource.

Il est nécessaire de faire une distinction entre un droit ancestral et l'exercice d'un tel droit. Les droits sont généralement énoncés en termes larges et généraux et ne changent pas au fil des siècles. L'exercice des droits peut prendre diverses formes et varier selon les lieux et les époques. C'est en déterminant si la pratique moderne en cause peut être qualifiée d'exercice du droit visé que l'on concilie le principe que les droits des peuples autochtones doivent être des droits ancestraux et l'insistance de notre Cour sur le principe que les droits ancestraux ne sont pas figés. Il s'agit de droits ancestraux: cependant, l'exercice de ces droits prend des formes modernes.

L'histoire est un facteur important. Une pratique d'adoption récente ne saurait généralement être qualifiée d'ancestrale. Toutefois, il n'est pas essentiel qu'une pratique remonte à l'époque qui a précédé le contact avec

1996 CanLII 216 (SCC)

rights do not find their source in a magic moment of European contact, but in the traditional laws and customs of the aboriginal people in question, which existed prior to the imposition of European law and which often dated from time immemorial.

Continuity — a link — must be established between the historic practice and the right asserted. The exercise of a right can lapse, however, for a period of time. Aboriginal rights under s. 35(1) are not confined to rights formally recognized by treaty or the courts before 1982.

Neither the "integral part" nor the "dynamic rights" approach provides a satisfactory test for determining whether an aboriginal right exists, even though each captures important facets of aboriginal rights. The "integral-incidental" test is too broad, too indeterminative and too categorical.

Aboriginal rights should be defined through an empirical approach. Inferences as to the sort of things which may qualify as aboriginal rights under s. 35(1) should be drawn from history rather than attempting to describe *a priori* what an aboriginal right is.

The common law predicated dealings with aboriginals on two fundamental principles: (1) that the Crown asserted title subject to existing aboriginal interests in their traditional lands and adjacent waters, and (2) that those interests were to be removed only by solemn treaty with due compensation to the people and its descendants. This right to use the land and adjacent waters as the people had traditionally done for their sustenance is a fundamental aboriginal right which is supported by the common law and by the history of this country and which is enshrined in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

The aboriginal right to fish may be defined as the right to continue to obtain from the river or the sea in question that which the particular aboriginal people have traditionally obtained therefrom. If the aboriginal people show that they traditionally sustained themselves from the river or sea, then they have a *prima facie* right to continue to do so, absent a treaty exchanging that right for other consideration. The right is not the right to

les Européens pour être reconnue comme un droit constitutionnel. Les droits ancestraux ont leur origine non pas dans le moment magique du contact avec les Européens, mais dans les lois et coutumes traditionnelles que respectait le peuple en question avant que ne lui soient imposées celles des Européens et qui souvent existaient de temps immémorial.

Il faut établir qu'il y a continuité — un lien — entre la pratique historique et le droit revendiqué. Il peut arriver, cependant, qu'un droit cesse d'être exercé pendant un certain temps. Les droits ancestraux visés au par. 35(1) ne se limitent pas aux droits reconnus formellement par traité ou par les tribunaux avant 1982.

Ni l'approche fondée sur la notion de «partie intégrante», ni celle fondée sur le caractère «dynamique des droits» ne constituent un critère satisfaisant pour déterminer si un droit ancestral existe, même si ces deux approches tiennent compte de certaines facettes importantes des droits ancestraux. Le critère de la «partie intégrante ou accessoire» est trop large, trop indéterminé et trop catégorique.

Il convient de définir les droits ancestraux selon une approche empirique. Plutôt que d'essayer de définir a priori ce qu'est un droit ancestral, nous devons étudier l'histoire pour en tirer des inférences sur ce qui peut constituer un droit ancestral visé au par. 35(1).

En common law, les rapports avec les autochtones étaient fondés sur deux principes fondamentaux: (1) Sa Majesté prenait possession du territoire sous réserve des droits existants des autochtones sur les terres qu'ils avaient traditionnellement occupées et sur les eaux y adjacentes; (2) les droits des peuples autochtones d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes pour assurer leur subsistance ne devaient leur être enlevés que par traité solennel et moyennant octroi à ceux-ci et à leurs descendants d'une juste indemnité. Ce droit des autochtones d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes comme ils l'avaient fait traditionnellement pour assurer leur subsistance est un droit ancestral fondamental qui trouve appui dans la common law et dans l'histoire du pays, et qui est constitutionnalisé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le droit de pêche ancestral peut être défini comme étant le droit de continuer à tirer du fleuve, de la rivière ou de la mer en question ce que les autochtones concernés en ont traditionnellement tiré. Si les autochtones démontrent qu'ils ont traditionnellement tiré leur subsistance du fleuve, de la rivière ou de la mer, ils ont alors à première vue le droit de continuer à le faire, s'ils n'ont pas, par traité, échangé ce droit contre autre chose. Ce

1996 CanLII 216 (SCC)

trade, but the right to continue to use the resource in the traditional way to provide for traditional needs, albeit in their modern form. If the people demonstrate that trade is the only way of using the resource to provide the modern equivalent of what they traditionally took, it follows that the people should be permitted to trade in the resource to the extent necessary to provide the replacement goods and amenities. In this context, trade is but the mode or practice by which the more fundamental right of drawing sustenance from the resource is exercised.

The right to trade the products of the land and adjacent waters for other goods is not unlimited. The right stands as a continuation of the aboriginal people's historical reliance on the resource. There is therefore no justification for extending it beyond what is required to provide the people with reasonable substitutes for what they traditionally obtained from the resource — basic housing, transportation, clothing and amenities — over and above what was required for food and ceremonial purposes. Beyond this, aboriginal fishers have no priority over non-aboriginal commercial or sport fishers.

All aboriginal rights to the land or adjacent waters are subject to limitation on the ground of conservation. Any right, aboriginal or other, also carries with it the obligation to use it responsibly. The Crown must establish a regulatory regime which respects these objectives.

The evidence conclusively established that over many centuries the fishery was used not only for food and ceremonial purposes but also for a variety of other needs. The scale of fishing here fell well within the limit of the traditional fishery.

Extinguishment

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The question of the extinguishment of the right found to exist must be remitted to trial since there was insufficient evidence to enable this Court to decide it.

n'est pas le droit de faire du commerce, mais le droit de continuer d'utiliser la ressource de la manière traditionnelle, afin de pourvoir aux besoins traditionnels, quoique sous leur forme moderne. Si les autochtones démontrent que le commerce est la seule manière d'utiliser la ressource de façon à leur permettre de se procurer l'équivalent moderne de ce qu'ils ont traditionnellement tiré de celle-ci, il s'ensuit qu'ils devraient être autorisés à faire le commerce de cette ressource dans la mesure nécessaire pour obtenir des biens et des commodités de remplacement. Dans ce contexte, le commerce n'est rien d'autre que la méthode ou la pratique par laquelle est exercé le droit plus fondamental qui consiste à tirer sa subsistance de la ressource.

Le droit d'échanger les produits du territoire et des eaux y adjacentes contre d'autres biens n'est pas illimité. Ce droit est la poursuite de l'exploitation historique de la ressource par les autochtones visés. Il n'y a donc rien qui justifie d'élargir le droit au-delà de ce qui est nécessaire pour permettre aux autochtones de se procurer des biens de remplacement raisonnables à la place de ceux qu'ils ont traditionnellement obtenus pour la ressource — pour pourvoir aux besoins de base en matière de logement, de transport, d'habillement et de commodités de la vie — en sus de leurs besoins alimentaires et rituels. Au-delà de ces besoins, les pêcheurs autochtones n'ont aucun droit de priorité sur les non-autochtones qui pratiquent la pêche commerciale ou sportive.

Tous les droits ancestraux sur les terres et les eaux y adjacentes sont assujettis aux restrictions imposées pour des fins de conservation. Tout droit — ancestral ou autre — emporte l'obligation de l'utiliser de façon responsable. Il incombe à l'État d'établir un régime de réglementation qui respecte ces objectifs.

La preuve a établi décisivement que, pendant des siècles, les Sto:lo ont pêché non seulement à des fins alimentaires et rituelles, mais aussi pour satisfaire divers autres besoins. L'ampleur des activités de pêche en l'espèce restait bien en deçà des limites de la pêche traditionnelle.

Extinction

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La question de l'extinction du droit dont l'existence a été reconnue doit être renvoyée au tribunal de première instance en vue de la tenue d'un nouveau procès, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de statuer sur celle-ci.

1996 CanLII 216 (SCC)

Per McLachlin J. (dissenting): For legislation or regulation to extinguish an aboriginal right, the intention to extinguish must be "clear and plain". No government of the day considered either the aboriginal right or the effect of its proposed action on that right, as required by the "clear and plain" test, in effecting any regulations which allegedly had the effect of extinguishing the aboriginal right to fish commercially.

Prima Facie Infringement

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The question of *prima facie* infringement must be remitted to trial since there was insufficient evidence to enable this Court to decide it.

Per McLachlin J. (dissenting): The inquiry into infringement involves two stages: (1) the person charged must show that he or she had a *prima facie* right to his or her actions, and (2) the Crown must then show that the regulatory scheme satisfied the particular aboriginal entitlement to fish for sustenance. The second requirement was not met.

Justification

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The question of justification must be remitted to trial since there was insufficient evidence to enable this Court to decide it.

Per McLachlin J. (dissenting): A large view of justification which cuts back the aboriginal right on the ground that this is required for reconciliation and social harmony should not be adopted. It runs counter to the authorities, is indeterminate and ultimately more political than legal. A more limited view of justification, that the Crown may prohibit exploitation of the resource that is incompatible with its continued and responsible use, should be adopted.

A government limitation on an aboriginal right may be justified, provided the limitation is directed to ensuring the conservation and responsible exercise of the right. Limits beyond this cannot be saved on the ground that they are required for societal peace or reconciliation. Limits that have the effect of transferring the

Le juge McLachlin (dissidente): Pour qu'une mesure législative ou réglementaire éteigne un droit ancestral, cette intention doit être «claire et expresse». Aucun gouvernement antérieur n'a, en prenant de règlement qui aurait, affirme-t-on, éteint tout droit ancestral de pêche commerciale, pris en considération, comme l'exige le critère de l'intention «claire et expresse», le droit ancestral ou encore l'effet sur ce droit de la mesure qu'il se proposait de prendre.

Atteinte à première vue

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La question de l'atteinte *prima facie* doit être renvoyée au tribunal de première instance en vue de la tenue d'un nouveau procès, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de statuer sur celle-ci.

Le juge McLachlin (dissidente): L'examen de la question de l'atteinte comporte deux étapes: (1) la personne accusée doit établir qu'elle avait, à première vue, le droit de faire ce qu'elle a fait; (2) il incombe alors au ministère public de prouver que le régime de réglementation respecte le droit particulier des autochtones de pêcher à des fins de subsistance. La deuxième condition n'a pas été remplie.

Justification

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La question de la justification doit être renvoyée au tribunal de première instance en vue de la tenue d'un nouveau procès, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de statuer sur celle-ci.

Le juge McLachlin (dissidente): Il ne convient pas d'adopter une conception large de la justification, qui ampute le droit pour le motif que cela est nécessaire à des fins de réconciliation et d'harmonie sociales. Une telle conception est contraire à la jurisprudence, indéterminée et, en dernière analyse, plus politique que juridique. Il y a lieu d'adopter une conception plus limitée de la justification, savoir qu'il est loisible à l'État d'interdire l'exploitation de la ressource qui est incompatible avec son utilisation continue et responsable.

La restriction par le gouvernement d'un droit ancestral peut être justifiée, pourvu qu'elle vise à assurer la conservation de la ressource et l'exercice responsable du droit. La validité de restrictions qui iraient plus loin ne saurait être sauvegardée pour le motif que celles-ci sont nécessaires pour assurer la réconciliation ou la paix sociales. Des restrictions ayant pour effet de retirer à des autochtones la jouissance de la ressource pour la transférer à d'autres, et ce sans conclure de traité avec les pre-

1996 CanLII 216 (SCC)

resource from aboriginal people without treaty or consent cannot be justified.

Subject to the limitations relating to conservation and prevention of harm to others, the aboriginal people have a priority to fish for food, ceremony and supplementary sustenance defined in terms of the basic needs that the fishery provided to the people in ancestral times. Non-aboriginal peoples may use the resource subject to these conditions.

The regulation at issue was not justified.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; **considered:** *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; **referred to:** *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Washington v. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association*, 443 U.S. 658 (1979); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104; *R. v. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (S.C.C.), [1976] 2 S.C.R. v; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd., [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831); *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *R. v. Sparrow*, [1990] 1

miers ou obtenir leur consentement, ne sauraient être justifiées.

Sous réserve des limites justifiées par la conservation de la ressource et la prévention des activités nuisibles à autrui, les autochtones ont la priorité pour pêcher à des fins alimentaires et rituelles, ainsi qu'à des fins supplémentaires de subsistance, c'est-à-dire pour satisfaire les besoins fondamentaux que la pêcherie permettait à leurs ancêtres de combler. Sous réserve de ces conditions, les non-autochtones peuvent exploiter la ressource.

La disposition réglementaire en cause n'était pas justifiée.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt appliqué: *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; **arrêts examinés:** *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; **arrêts mentionnés:** *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Washington c. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association*, 443 U.S. 658 (1979); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *R. c. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (C.S.C.), [1976] 2 R.C.S. v; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd., [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Cherokee Nation c. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831); *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. Sparrow*,

1996 CanLII 216 (SCC)

S.C.R. 1075; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 A.C. 46; *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267; *Sikyea v. The Queen*, [1964] S.C.R. 642; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104; *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294; *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Attorney General of Quebec v. Blaikie (No. 1)*, [1979] 2 S.C.R. 1016; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Delgamuukw v. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95; *R. v. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421; *R. v. King*, [1993] O.J. No. 1794; *R. v. Fraser*, [1994] 3 C.N.L.R. 139; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254.

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Sparrow, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *The Case of Tanistry* (1608), Davis 28, 80 E.R. 516; *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211;

[1990] 1 R.C.S. 1075; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 A.C. 46; *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267; *Sikyea c. The Queen*, [1964] R.C.S. 642; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294; *R. c. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Procureur général du Québec c. Blaikie (nº 1)*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Delgamuukw c. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95; *R. c. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421; *R. c. King*, [1993] O.J. No. 1794; *R. c. Fraser*, [1994] 3 C.N.L.R. 139; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *The Case of Tanistry* (1608), Davis 28, 80 E.R. 516; *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211;

1996 CanLII 216 (SCC)

Tijani v. Secretary, Southern Nigeria, [1921] 2 A.C. 399; *Oyekan v. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *United States v. Dion*, 476 U.S. 734 (1986); *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294.

Statutes and Regulations Cited

British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, s. 27(5) [ad. SOR/85-290, s. 5].
British Columbia Terms of Union, R.S.C., 1985, App. II, No. 10.
Constitution Act, 1867, s. 91(24).
Constitution Act, 1982, ss. 35(1), (2), 52.
Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 61(1).
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 81, 82, 88.
Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q. 1977, c. P-40.1.
Order in Council, P.C. 2539 (September 11, 1917).
Oregon Boundary Treaty, 1846, 34 B.S.P. 14.
Royal Proclamation of 1763, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.

Authors Cited

Asch, Michael. *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution.* Toronto: Methuen, 1984.
Asch, Michael and Patrick Macklem. "Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R.* v. *Sparrow*" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498.
Binnie, W. I. C. "The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?" (1990), 15 *Queen's L.J.* 217.
Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2. Oxford: Clarendon Press, 1769.
Bowker, Andrea. "*Sparrow*'s Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal" (1995), 53 *Toronto Fac. L. Rev.* 1.
Chitty, Joseph. *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown.* London: Butterworths, 1820.
Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. Edited by Della Thompson. Oxford: Clarendon Press, 1995, "distinct", "distinctive", "tradition".
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
Duff, Wilson. *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia (Anthropology in British Columbia — Memoir No. 1).* Victoria: British Columbia Provincial Museum, 1952.

Tijani c. Secretary, Southern Nigeria, [1921] 2 A.C. 399; *Oyekan c. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *United States c. Dion*, 476 U.S. 734 (1986); *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294.

Lois et règlements cités

Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique, L.R.C. (1985), app. II, nº 10.
Décret C.P. 2539 (11 septembre 1917).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), (2), 52.
Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q. 1977, ch. P-40.1.
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 81, 82, 88.
Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 61(1).
Oregon Boundary Treaty, 1846, 34 B.S.P. 14.
Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), app. II, nº 1.
Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 27(5) [aj. DORS/85-290, art. 5].

Doctrine citée

Asch, Michael. *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution.* Toronto: Methuen, 1984.
Asch, Michael and Patrick Macklem. «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R.* v. *Sparrow*» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498.
Binnie, W. I. C. «The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?» (1990), 15 *Queen's L.J.* 217.
Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2. Oxford: Clarendon Press, 1769.
Bowker, Andrea. «*Sparrow*'s Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal» (1995), 53 *Toronto Fac. L. Rev.* 1.
Chitty, Joseph. *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown.* London: Butterworths, 1820.
Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. Edited by Della Thompson. Oxford: Clarendon Press, 1995, «distinct», «distinctive», «tradition».
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
Duff, Wilson. *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia (Anthropology in British Columbia — Memoir No. 1).* Victoria: British Columbia Provincial Museum, 1952.

1996 CanLII 216 (SCC)

Elliott, David. *Law and Aboriginal Peoples of Canada*, 2nd ed. Canadian Legal Studies Series. North York, Ont.: Captus Press, 1994.

Émond, André. "Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763?" (1995), 41 *McGill L.J.* 59.

Émond, André. "Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale" (1996), 30 *R.J.T.* 1.

Grammond, Sébastien. "La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*" (1991), 36 *McGill L.J.* 1382.

Halsbury's Laws of Australia, vol. 1 ["Hunting, Gathering and Fishing Rights", paras. 5-2250, 5-2255, 5-2260, 5-2265]. North Ryde: Butterworths Pty Limited, 1991 (loose-leaf).

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992.

Holdsworth, Sir William Searle. *A History of English Law*, vol. 11. London: Methuen, 1938.

Lafontaine, Alain. "La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones" (1995), 36 *C. de D.* 669.

Lyon, Noel. "An Essay on Constitutional Interpretation" (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95.

Lysyk, Kenneth. "The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of Calder" (1973), 51 *Can. Bar Rev.* 450.

Macklem, Patrick. "First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination" (1991), 36 *McGill L.J.* 382.

Macklem, Patrick. "Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government" (1995), 21 *Queen's L.J.* 173.

McNeil, Kent. "The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255.

McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

Pentney, William. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee" (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207.

Petit Robert I. Paris: Le Robert, 1990, "ancestral".

Sanders, Douglas. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 314.

Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed., vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1973, "integral".

Slattery, Brian. "Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 681.

Elliott, David. *Law and Aboriginal Peoples of Canada*, 2nd ed. Canadian Legal Studies Series. North York, Ont.: Captus Press, 1994.

Émond, André. «Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763?» (1995), 41 *R.D. McGill* 59.

Émond, André. «Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale» (1996), 30 *R.J.T.* 1.

Grammond, Sébastien. «La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*» (1991), 36 *R.D. McGill* 1382.

Halsbury's Laws of Australia, vol. 1 [«Hunting, Gathering and Fishing Rights», paras. 5-2250, 5-2255, 5-2260, 5-2265]. North Ryde: Butterworths Pty Limited, 1991 (loose-leaf).

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992.

Holdsworth, Sir William Searle. *A History of English Law*, vol. 11. London: Methuen, 1938.

Lafontaine, Alain. «La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones» (1995), 36 *C. de D.* 669.

Lyon, Noel. «An Essay on Constitutional Interpretation» (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95.

Lysyk, Kenneth. «The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of Calder» (1973), 51 *R. du B. can.* 450.

Macklem, Patrick. «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination» (1991), 36 *McGill L.J.* 382.

Macklem, Patrick. «Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government» (1995), 21 *Queen's L.J.* 173.

McNeil, Kent. «The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255.

McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

Pentney, William. «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee» (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207.

Petit Robert I. Paris: Le Robert, 1990, «ancestral».

Sanders, Douglas. «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1983), 61 *R. du B. can.* 314.

Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed., vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1973, «integral».

Slattery, Brian. «Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims» (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 681.

1996 CanLII 216 (SCC)

Slattery, Brian. *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1983.
Slattery, Brian. "First Nations and the Constitution: A Question of Trust" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 261.
Slattery, Brian. "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights" (1983), 8 *Queen's L.J.* 232.
Slattery, Brian. *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples, as Affected by the Crown's Acquisition of Their Territories*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1979.
Slattery, Brian. "The Legal Basis of Aboriginal Title". In *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*. Edited by Frank Cassidy. Lantzville, B.C.: Oolichan Books, 1992.
Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.
Walters, Mark. "British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*" (1992), 17 *Queen's L.J.* 350.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, 29 B.C.A.C. 209, 48 W.A.C. 209, 83 C.C.C. (3d) 289, [1993] 5 W.W.R. 459, [1993] 4 C.N.L.R. 221, allowing an appeal from a judgment of Selbie J. (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392, [1991] 3 C.N.L.R. 161, allowing an appeal from conviction by Scarlett Prov. Ct. J., [1991] 3 C.N.L.R. 155. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

Louise Mandell and *Leslie J. Pinder*, for the appellant.

S. David Frankel, Q.C., and *Cheryl J. Tobias*, for the respondent.

René Morin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

J. Keith Lowes, for the intervener the Fisheries Council of British Columbia.

Christopher Harvey, Q.C., and *Robert Lonergan*, for the interveners the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation.

Slattery, Brian. *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1983.
Slattery, Brian. «First Nations and the Constitution: A Question of Trust» (1992), 71 *R. du B. can.* 261.
Slattery, Brian. «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights» (1983), 8 *Queen's L.J.* 232.
Slattery, Brian. *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples, as Affected by the Crown's Acquisition of Their Territories*. Saskatoon: University of Saskatchewan, Native Law Centre, 1979.
Slattery, Brian. «The Legal Basis of Aboriginal Title». In *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*. Edited by Frank Cassidy. Lantzville, B.C.: Oolichan Books, 1992.
Slattery, Brian. «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727.
Walters, Mark. «British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*» (1992), 17 *Queen's L.J.* 350.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, 29 B.C.A.C. 209, 48 W.A.C. 209, 83 C.C.C. (3d) 289, [1993] 5 W.W.R. 459, [1993] 4 C.N.L.R. 221, qui a accueilli l'appel contre le jugement du juge Selbie (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392, [1991] 3 C.N.L.R. 161, qui avait accueilli l'appel contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Scarlett de la Cour provinciale, [1991] 3 C.N.L.R. 155. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

Louise Mandell et *Leslie J. Pinder*, pour l'appelante.

S. David Frankel, c.r., et *Cheryl J. Tobias*, pour l'intimée.

René Morin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

J. Keith Lowes, pour l'intervenant le Fisheries Council of British Columbia.

Christopher Harvey, c.r., et *Robert Lonergan*, pour les intervenantes la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation.

1996 CanLII 216 (SCC)

Harry A. Slade, *Arthur C. Pape* and *Robert C. Freedman*, for the intervener the First Nations Summit.

Stuart Rush, *Q.C.*, and *Michael Jackson*, for the interveners Delgamuukw et al.

Arthur C. Pape and *Clayton C. Ruby*, for the interveners Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

1 This appeal, along with the companion appeals in *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, and *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, raises the issue left unresolved by this Court in its judgment in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075: How are the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* to be defined?

2 In *Sparrow*, Dickson C.J. and La Forest J., writing for a unanimous Court, outlined the framework for analyzing s. 35(1) claims. First, a court must determine whether an applicant has demonstrated that he or she was acting pursuant to an aboriginal right. Second, a court must determine whether that right has been extinguished. Third, a court must determine whether that right has been infringed. Finally, a court must determine whether the infringement is justified. In *Sparrow*, however, it was not seriously disputed that the Musqueam had an aboriginal right to fish for food, with the result that it was unnecessary for the Court to answer the question of how the rights recognized and affirmed by s. 35(1) are to be defined. It is this question and, in particular, the question of whether s. 35(1)

Harry A. Slade, *Arthur C. Pape* et *Robert C. Freedman*, pour l'intervenant le First Nations Summit.

Stuart Rush, *c.r.*, et *Michael Jackson*, pour les intervenants Delgamuukw et autres.

Arthur C. Pape et *Clayton C. Ruby*, pour les intervenants Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Le présent pourvoi, ainsi que les pourvois connexes *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672 et *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, soulèvent la question que notre Cour n'a pas tranchée dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075: Comment faut-il s'y prendre pour définir les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Dans l'arrêt *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest, qui ont rédigé la décision unanime de la Cour, ont donné les grandes lignes du cadre d'analyse des demandes fondées sur le par. 35(1). Premièrement, le tribunal doit déterminer si le demandeur a prouvé qu'il avait agi en vertu d'un droit ancestral. Deuxièmement, il doit décider s'il y a eu extinction de ce droit. Troisièmement, il doit déterminer s'il y a eu atteinte à ce droit. Enfin, le tribunal doit décider si l'atteinte est justifiée. Dans *Sparrow*, toutefois, l'existence du droit ancestral des Musqueams de pêcher à des fins alimentaires n'était pas sérieusement contestée, de sorte que notre Cour n'avait pas à trancher la question de savoir comment il faut s'y prendre pour définir les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1). C'est à cette question et, en particulier, à celle de savoir si le par. 35(1) reconnaît et confirme le droit

1996 CanLII 216 (SCC)

recognizes and affirms the right of the Sto:lo to sell fish, which must now be answered by this Court.

In order to define the scope of aboriginal rights, it will be necessary first to articulate the purposes which underpin s. 35(1), specifically the reasons underlying its recognition and affirmation of the unique constitutional status of aboriginal peoples in Canada. Until it is understood why aboriginal rights exist, and are constitutionally protected, no definition of those rights is possible. As Dickson J. (as he then was) said in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, a constitutional provision must be understood "in the light of the interests it was meant to protect". This principle, articulated in relation to the rights protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, applies equally to the interpretation of s. 35(1).

This judgment will thus, after outlining the context and background of the appeal, articulate a test for identifying aboriginal rights which reflects the purposes underlying s. 35(1), and the interests which that constitutional provision is intended to protect.

II. Statement of Facts

The appellant Dorothy Van der Peet was charged under s. 61(1) of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, with the offence of selling fish caught under the authority of an Indian food fish licence, contrary to s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248. At the time at which the appellant was charged s. 27(5) read:

> 27. . . .
>
> (5) No person shall sell, barter or offer to sell or barter any fish caught under the authority of an Indian food fish licence.

The charges arose out of the sale by the appellant of 10 salmon on September 11, 1987. The salmon had been caught by Steven and Charles Jimmy under the authority of an Indian food fish

des Sto:lo de vendre du poisson, que notre Cour doit maintenant répondre.

Pour définir la portée des droits ancestraux, il sera d'abord nécessaire d'énoncer les objets qui sous-tendent le par. 35(1), en particulier les raisons pour lesquelles on y reconnaît et confirme le statut constitutionnel unique des peuples autochtones au Canada. En effet, tant que l'on n'a pas saisi pourquoi les droits ancestraux existent et sont protégés par la Constitution, il est impossible de les définir. Comme le juge Dickson (plus tard Juge en chef) l'a dit dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, les textes constitutionnels doivent être interprétés «en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger». Ce principe, énoncé à l'égard des droits protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*, s'applique également à l'interprétation du par. 35(1). 3

En conséquence, après un bref exposé du contexte du présent pourvoi, le présent jugement fera état, en vue de l'identification des droits ancestraux, d'un critère reflétant les objets visés au par. 35(1) et les intérêts que cette disposition constitutionnelle est censée protéger. 4

II. Exposé des faits

L'appelante Dorothy Van der Peet a été accusée, en application du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, de l'infraction d'avoir vendu du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens, contrairement au par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248. À la date où l'appelante a été inculpée, le par. 27(5) était ainsi rédigé: 5

> 27. . . .
>
> (5) Il est interdit à quiconque de vendre, d'échanger ou d'offrir de vendre ou d'échanger du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens.

Les accusations découlaient de la vente par l'appelante de 10 saumons le 11 septembre 1987. Ces poissons avaient été pris par Steven et Charles Jimmy en vertu d'un permis de pêche de subsis- 6

1996 CanLII 216 (SCC)

licence. Charles Jimmy is the common law spouse of the appellant. The appellant, a member of the Sto:lo, has not contested these facts at any time, instead defending the charges against her on the basis that in selling the fish she was exercising an existing aboriginal right to sell fish. The appellant has based her defence on the position that the restrictions imposed by s. 27(5) of the Regulations infringe her existing aboriginal right to sell fish and are therefore invalid on the basis that they violate s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

tance des Indiens. Charles Jimmy est le conjoint de fait de l'appelante. Celle-ci, membre des Sto:lo, n'a jamais contesté ces faits, invoquant plutôt pour sa défense qu'en vendant ces poissons elle exerçait un droit ancestral existant de vendre du poisson. L'appelante a fondé sa défense sur la thèse que les restrictions imposées par le par. 27(5) du Règlement portent atteinte à son droit ancestral existant de vendre du poisson et qu'elles sont donc invalides parce qu'elles violent le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

III. Judgments Below

III. Les décisions des juridictions inférieures

Provincial Court, [1991] 3 C.N.L.R. 155

La Cour provinciale, [1991] 3 C.N.L.R. 155

7 Scarlett Prov. Ct. J. rejected the appellant's argument that she sold fish pursuant to an aboriginal right. On the basis of the evidence from members of the appellant's band, and anthropological experts, he found that, historically, the Sto:lo people clearly fished for food and ceremonial purposes, but that any trade in salmon that occurred was incidental and occasional only. He found, at p. 160, that there was no trade of salmon "in any regularized or market sense" but only "opportunistic exchanges taking place on a casual basis". He found that the Sto:lo could not preserve or store fish for extended periods of time and that the Sto:lo were a band rather than a tribal culture; he held both of these facts to be significant in suggesting that the Sto:lo did not engage in a market system of exchange. On the basis of these findings regarding the nature of the Sto:lo trade in salmon, Scarlett Prov. Ct. J. held that the Sto:lo's aboriginal right to fish for food and ceremonial purposes does not include the right to sell such fish. He therefore found the accused guilty of violating s. 61(1) of the *Fisheries Act*.

Le juge Scarlett de la Cour provinciale a rejeté l'argument de l'appelante voulant qu'elle ait vendu du poisson en vertu d'un droit ancestral. S'appuyant sur les témoignages de membres de la bande et d'anthropologues, il a conclu que, historiquement, les Sto:lo avaient clairement pratiqué la pêche à des fins alimentaires et rituelles, mais que les échanges de saumons qui se produisaient avaient un caractère uniquement accessoire et occasionnel. Il a statué, à la p. 160, qu'il n'y avait pas de commerce du saumon [TRADUCTION] «au sens d'un commerce organisé ou d'un marché», mais seulement des «échanges découlant d'occasions fortuites». Il a conclu que les Sto:lo n'étaient pas en mesure de conserver ou d'emmagasiner le poisson durant de longues périodes, et que leur culture était celle d'une bande plutôt que d'une tribu. Il a estimé que ces deux faits étaient importants en ce qu'ils tendaient à indiquer que les Sto:lo ne faisaient pas d'échanges dans le cadre d'un système de marché. Sur la foi de ces conclusions concernant la nature des échanges de saumon faits par les Sto:lo, le juge Scarlett a statué que le droit ancestral de ceux-ci de pêcher à des fins alimentaires et rituelles n'inclut pas le droit de vendre le poisson ainsi pris. Il a donc déclaré l'accusée coupable d'avoir contrevenu au par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*.

1996 CanLII 216 (SCC)

Supreme Court of British Columbia (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392

Selbie J. of the Supreme Court of British Columbia held that Scarlett Prov. Ct. J. erred when he looked at the evidence in terms of whether or not it demonstrated that the Sto:lo participated in a market system of exchange. The evidence should not have been considered in light of "contemporary tests for 'marketing'" (at para. 15) but should rather have been viewed so as to determine whether it "is more consistent with the aboriginal right to fish including the right to sell, barter or exchange than otherwise" (at para. 16). He held, at para. 16, that the evidence in this case was consistent with an aboriginal right to sell fish because it suggested that aboriginal societies had no stricture or prohibition against the sale of fish, with the result that "when the first Indian caught the first salmon he had the 'right' to do anything he wanted with it — eat it, trade it for deer meat, throw it back or keep it against a hungrier time". Selbie J. therefore held that the Sto:lo had an aboriginal right to sell fish and that the trial judge's verdict against the appellant was inconsistent with the evidence. He remanded for a new trial on the questions of whether this right had been extinguished, whether the regulations infringed the right and whether any infringement of the right had been justified.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392

8 Le juge Selbie de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a statué que le juge Scarlett de la Cour provinciale avait commis une erreur en se demandant si la preuve établissait que les Sto:lo avaient fait des échanges dans le cadre d'un système de marché. La preuve n'aurait pas dû être examinée à la lumière des [TRADUCTION] «critères contemporains de «commercialisation»» (par. 15), mais plutôt en vue de déterminer si «elle [était] davantage compatible avec l'existence d'un droit de pêche ancestral incluant le droit de vendre ou d'échanger le produit de la pêche, que le contraire» (par. 16). Le juge a conclu, au par. 16, que, en l'espèce, la preuve était compatible avec l'existence d'un droit ancestral de vendre du poisson parce qu'elle tendait à indiquer que les sociétés autochtones ne faisaient l'objet d'aucune restriction ou interdiction en ce qui concerne la vente du poisson, de sorte que [TRADUCTION] «quand le premier Indien a pris le premier saumon il avait le «droit» d'en faire ce qu'il voulait — le manger, l'échanger contre de la viande de chevreuil, le remettre à l'eau ou le garder pour les temps plus difficiles». En conséquence, le juge Selbie a statué que les Sto:lo possédaient un droit ancestral de vendre du poisson et que la décision rendue par le juge du procès contre l'appelante était incompatible avec la preuve. Il a ordonné la tenue d'un nouveau procès sur les questions de savoir si ce droit avait été éteint, si le règlement portait atteinte à ce droit et, si oui, si la violation était justifiée.

The Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75

The British Columbia Court of Appeal allowed the Crown's appeal and restored the guilty verdict of Scarlett Prov. Ct. J. Macfarlane J.A. (Taggart J.A. concurring) held, at para. 20, that a practice will be protected as an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* where the evidence establishes that it had "been exercised, at the time sovereignty was asserted, for a sufficient length of time to become integral to the aboriginal society". To be protected as an aboriginal right, however, the practice cannot have become "preva-

La Cour d'appel (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75

9 La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli à l'appel du ministère public et rétabli la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Scarlett de la Cour provinciale. Le juge Macfarlane (avec l'appui du juge Taggart), a conclu, au par. 20, qu'une pratique est protégée par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* en tant que droit ancestral si la preuve établit qu'elle a [TRADUCTION] «été exercée, au moment de l'affirmation de la souveraineté, pendant une période suffisamment longue pour devenir partie intégrante

1996 CanLII 216 (SCC)

lent merely as a result of European influences" (para. 21) but must rather arise from the aboriginal society itself. On the basis of this test Macfarlane J.A. held that the Sto:lo did not have an aboriginal right to sell fish. The question was not, he held at para. 30, whether the Sto:lo could support a right to dispose of surplus food fish on a casual basis but was rather whether they had a right to "sell fish allocated for food purposes on a commercial basis" which should be given constitutional priority in the allocation of the fishery resource. Given that this was the question, Macfarlane J.A. held that the assessment of the evidence by the trial judge was correct. The evidence, while indicating that surplus fish would have been disposed of or traded, did not establish that the "purpose of fishing was to engage in commerce" (para. 41). While the Sto:lo did trade salmon with the Hudson's Bay Company prior to the British assertion of sovereignty in a manner that could be characterized as commercial, this trade was "not of the same nature and quality as the aboriginal traditions disclosed by the evidence" (para. 41) and did not, therefore, qualify for protection as an aboriginal right under s. 35(1).

10 In his concurring judgment Wallace J.A. articulated a test for aboriginal rights similar to that of Macfarlane J.A. in so far as he too held, at para. 78, that the practices protected as aboriginal rights by s. 35(1) are those "traditional and integral to the native society pre-sovereignty". Wallace J.A. emphasized that s. 35(1) should not be interpreted as having the purpose of enlarging the pre-1982 concept of aboriginal rights; instead it should be seen as having the purpose of protecting from legislative encroachment those aboriginal rights that existed in 1982. Section 35(1) was not enacted so as to facilitate the current objectives of the aboriginal community but was rather enacted so as to pro-

de la société autochtone». Cependant, pour être protégée en tant que droit ancestral, la pratique ne doit pas s'être [TRADUCTION] «répandue du seul fait des influences européennes» (au par. 21), mais bien émaner de la société autochtone elle-même. Sur le fondement de ce critère, le juge Macfarlane a statué, au par. 30, que les Sto:lo n'avaient pas de droit ancestral de vendre du poisson. Il a conclu que la question n'était pas de savoir si les Sto:lo étaient en mesure d'établir l'existence du droit d'aliéner du poisson excédentaire à l'occasion, mais bien de savoir s'ils avaient le droit de [TRADUCTION] «vendre commercialement du poisson attribué à des fins alimentaires», droit qui doit bénéficier de la priorité garantie par la Constitution en ce qui concerne la répartition de cette ressource. Puisque c'était là la question à trancher, le juge Macfarlane a statué que le juge du procès avait bien apprécié la preuve qui — même si elle indiquait qu'on aliénait le poisson excédentaire, notamment par voie d'échanges — n'établissait pas que [TRADUCTION] «le but de la pêche était de faire le commerce du poisson» (par. 41). Bien que, avant l'affirmation de la souveraineté par les Britanniques, les Sto:lo échangeaient effectivement du saumon à la Compagnie de la Baie d'Hudson contre d'autres biens, d'une manière qui pourrait être qualifiée de commerciale, ces échanges ne participaient «pas de la même nature et de la même qualité que les traditions autochtones dont l'existence avait été établie par la preuve» (par. 41), et ils ne bénéficiaient donc pas de la protection du par. 35(1) en tant que droit ancestral.

Dans son jugement concordant, le juge Wallace a énoncé, à l'égard des droits ancestraux, un critère analogue à celui du juge Macfarlane, dans la mesure où il a lui aussi statué, au par. 78, que sont protégées par le par. 35(1) en tant que droits ancestraux les pratiques [TRADUCTION] «traditionnelles qui faisaient partie intégrante de la société autochtone avant l'affirmation de la souveraineté». Le juge Wallace a souligné qu'il ne faut pas considérer que le par. 35(1) a pour but d'élargir la notion de droits ancestraux telle qu'elle existait avant 1982, mais plutôt qu'il vise à protéger contre les atteintes législatives les droits ancestraux qui existaient en 1982. Le paragraphe 35(1) n'a pas été

1996 CanLII 216 (SCC)

tect "traditional aboriginal practices integral to the culture and traditional way of life of the native community" (para. 78). Wallace J.A. held, at para. 104, that rights should not be "determined by reference to the economic objectives of the rights-holders". He concluded from this analytical framework that the trial judge was correct in determining that the commercial sale of fish is different in nature and kind from the aboriginal right of the Sto:lo to fish for sustenance and ceremonial purposes, with the result that the appellant could not be said to have been exercising an aboriginal right when she sold the fish.

Lambert J.A. dissented. While he agreed that aboriginal rights are those aboriginal customs, traditions and practices which are an integral part of a distinctive aboriginal culture, he added to that proposition the proviso that to determine whether a practice is in fact integral it is necessary first to describe it correctly. In his view, the appropriate description of a right or practice is one based on the significance of the practice to the particular aboriginal culture. As such, in determining the extent to which aboriginal fishing is a protected right under s. 35(1) a court should look not to the purpose for which aboriginal people fished, but should rather look at the significance of fishing to the aboriginal society; it is the social significance of fishing which is integral to the distinctive aboriginal society and which is, therefore, protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Lambert J.A. found support for this proposition in this Court's judgment in *Sparrow*, *supra*, in the American case law arising out of disputes over the terms of treaties signed with aboriginal people in the Pacific northwest (see, e.g., *Washington v. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association*, 443 U.S. 658 (1979)), and in the general principle that the definition of aboriginal rights must take into account the perspective of aboriginal people. Lambert J.A. held that the social significance of fishing for the Sto:lo was that fishing was the means by which they provided themselves with a moderate livelihood; he therefore

édicté pour faciliter la réalisation des objectifs actuels de la collectivité autochtone, mais bien pour protéger [TRADUCTION] «les pratiques autochtones traditionnelles qui font partie intégrante du mode de vie traditionnel et de la culture de la collectivité autochtone» (par. 78). Le juge Wallace a statué, au par. 104, que les droits ne doivent pas être [TRADUCTION] «déterminés eu égard aux objectifs économiques de leurs titulaires». À partir de ce cadre d'analyse, il a conclu que le juge du procès avait à juste titre statué que la vente de poisson à des fins commerciales diffère de par sa nature du droit ancestral des Sto:lo de pêcher à des fins alimentaires et rituelles, de sorte qu'il était impossible d'affirmer que l'appelante exerçait un droit ancestral lorsqu'elle a vendu le poisson.

Le juge Lambert a exprimé sa dissidence. Tout en convenant que les droits ancestraux sont les coutumes, pratiques et traditions autochtones qui font partie intégrante d'une culture autochtone distinctive, il a ajouté la réserve que, pour décider si une pratique fait effectivement partie intégrante de cette culture, il faut d'abord la décrire correctement. Selon lui, pour bien décrire un droit ou une pratique il faut se fonder sur son importance pour la culture autochtone concernée. À cette fin, pour déterminer dans quelle mesure la pêche autochtone constitue un droit protégé par le par. 35(1), le tribunal doit tenir compte non pas du but dans lequel les autochtones pêchaient, mais plutôt de l'importance de la pêche pour la société autochtone. Ce n'est pas la pêche mais son importance sociale qui fait partie intégrante de la société autochtone distinctive et qui, de ce fait, est protégée par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. À l'appui de cette proposition, le juge Lambert a invoqué l'arrêt *Sparrow* de notre Cour, précité, ainsi qu'un arrêt américain touchant un différend concernant les conditions de traités signés avec les autochtones du nord-ouest de la côte du Pacifique (voir, p. ex., *Washington c. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association*, 443 U.S. 658 (1979)), et le principe général que, dans la définition des droits ancestraux, il faut tenir compte du point de vue des autochtones. Le juge Lambert a conclu que l'importance de la pêche sur le plan social pour les Sto:lo était le fait que cette

1996 CanLII 216 (SCC)

held at para. 150 that the Sto:lo had an aboriginal right protected by s. 35(1)

to catch and, if they wish, sell, themselves and through other members of the Sto:lo people, sufficient salmon to provide all the people who wish to be personally engaged in the fishery, and their dependent families, when coupled with their other financial resources, with a moderate livelihood. . . . [Emphasis in original.]

Lambert J.A. rejected the position of the majority that the commercial dimension of the fishery was introduced by Europeans and therefore outside of the protection of s. 35(1). The key point, he suggested, is not that the Europeans introduced commerce, but is rather that as soon as the Europeans arrived the Sto:lo began trading with them. In doing so the Sto:lo were not breaking with their past; the trade with the Hudson's Bay Company "represented only a response to a new circumstance in the carrying out of the existing practice" (para. 180). Lambert J.A. went on to hold that the Sto:lo right to fish for a moderate livelihood had not been extinguished and that it had been infringed by s. 27(5) of the Regulations in a manner not justified by the Crown. He would thus have dismissed the appeal of the Crown and entered a verdict of acquittal.

12 Hutcheon J.A. also dissented. He did so on the basis that there is no authority for the proposition that the relevant point for identifying aboriginal rights is prior to contact with Europeans and European culture. Hutcheon J.A. held that the relevant historical time is instead 1846, the time of the assertion of British sovereignty in British Columbia. Since it is undisputed that by 1846 the Sto:lo were trading commercially in salmon, the Sto:lo can claim an aboriginal right to sell fish protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Hutcheon J.A. held further that this right had not been extinguished prior to 1982. In the result, he would have remanded for a new trial on the issues of infringement and justification.

activité était le moyen qui leur permettait de s'assurer une subsistance convenable. Il a par conséquent statué, au par. 150, que les Sto:lo possédaient le droit ancestral, protégé par le par. 35(1):

[TRADUCTION] *de prendre et, s'ils le désirent, de vendre eux-mêmes et par l'entremise d'autres Sto:lo, suffisamment de saumon pour assurer à tous ceux qui souhaitent pêcher — ainsi qu'aux personnes à leur charge —, compte tenu de leurs autres ressources financières, une subsistance convenable . . .* [En italique dans l'original.]

Le juge Lambert a rejeté la position de la majorité que la dimension commerciale de la pêche a été introduite par les Européens et qu'elle ne bénéficie donc pas de la protection du par. 35(1). Le point essentiel, a-t-il affirmé, n'est pas que les Européens aient introduit le commerce, mais bien que, dès l'arrivée de ceux-ci, les Sto:lo ont commencé à faire du commerce avec eux. Ce faisant, ils ne rompaient pas avec leur passé. Le commerce avec la Compagnie de la Baie d'Hudson [TRADUCTION] «n'était qu'une réaction à une nouvelle circonstance dans l'exercice de la pratique existante» (par. 180). Le juge Lambert a ajouté que le droit des Sto:lo de pêcher pour s'assurer une subsistance convenable n'avait pas été éteint, et qu'il avait été violé par le par. 27(5) du Règlement, d'une manière qui n'a pas été justifiée par le ministère public. Il aurait donc rejeté l'appel de ce dernier et inscrit un acquittement.

Le juge Hutcheon a lui aussi exprimé sa dissidence. Il l'a fait sur le fondement que rien n'appuie la thèse que le moment pertinent pour l'identification des droits ancestraux est la période antérieure aux contacts avec les Européens et leur culture. Il a jugé que le moment historique pertinent est plutôt 1846, date de l'affirmation de la souveraineté britannique sur la Colombie-Britannique. Comme il n'est pas contesté qu'en 1846 les Sto:lo faisaient le commerce du saumon, ils peuvent revendiquer un droit ancestral de vendre du poisson protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge Hutcheon a en outre conclu que ce droit n'avait pas été éteint avant 1982. En conséquence, il aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès sur les questions de l'atteinte à ce droit et de la justification.

1996 CanLII 216 (SCC)

IV. Grounds of Appeal

Leave to appeal to this Court was granted on March 10, 1994. The following constitutional question was stated:

Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read on September 11, 1987, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, invoked by the appellant?

The appellant appealed on the basis that the Court of Appeal erred in defining the aboriginal rights protected by s. 35(1) as those practices integral to the distinctive cultures of aboriginal peoples. The appellant argued that the Court of Appeal erred in holding that aboriginal rights are recognized for the purpose of protecting the traditional way of life of aboriginal people. The appellant also argued that the Court of Appeal erred in requiring that the Sto:lo satisfy a long-time use test, in requiring that they demonstrate an absence of European influence and in failing to adopt the perspective of aboriginal peoples themselves.

The First Nations Summit intervened in support of the appellant as did Delgamuukw et al. and Pamajewon et al. The Fisheries Council of British Columbia, the Attorney General of Quebec, the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation intervened in support of the respondent Crown.

V. Analysis

Introduction

I now turn to the question which, as I have already suggested, lies at the heart of this appeal: How should the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* be defined?

In her factum the appellant argued that the majority of the Court of Appeal erred because it defined the rights in s. 35(1) in a fashion which

IV. Moyens d'appel

L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 10 mars 1994. La question constitutionnelle suivante a été formulée: 13

Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait le 11 septembre 1987, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

L'appelante a interjeté appel pour le motif que la Cour d'appel aurait fait erreur en définissant les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) comme étant les pratiques qui font partie intégrante des cultures distinctives des peuples autochtones. Elle a prétendu que la Cour d'appel a commis une erreur en statuant que les droits ancestraux sont reconnus dans le but de protéger le mode de vie traditionnel des autochtones. Elle a de plus affirmé que la Cour d'appel avait fait erreur en exigeant que les Sto:lo satisfassent à un critère exigeant la preuve d'une longue période d'utilisation, en exigeant qu'ils démontrent l'absence d'influence européenne et en ne retenant pas le point de vue des autochtones eux-mêmes.

Le First Nations Summit, Delgamuukw et autres ainsi que Pamajewon et autres sont intervenus pour appuyer l'appelante. Le Fisheries Council of British Columbia, le procureur général du Québec, la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation sont intervenus au soutien de l'intimée Sa Majesté la Reine. 14

V. Analyse

Introduction

J'aborde maintenant la question qui, comme je l'ai déjà indiqué, est au cœur du présent pourvoi: Comment faut-il s'y prendre pour définir les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*? 15

Dans son mémoire, l'appelante a prétendu que la Cour d'appel à la majorité avait commis une erreur en définissant les droits visés au par. 35(1) d'une 16

1996 CanLII 216 (SCC)

"converted a Right into a Relic"; such an approach, the appellant argued, is inconsistent with the fact that the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) are rights and not simply aboriginal practices. The appellant acknowledged that aboriginal rights are based in aboriginal societies and cultures, but argued that the majority of the Court of Appeal erred because it defined aboriginal rights through the identification of pre-contact activities instead of as pre-existing legal rights.

17 While the appellant is correct to suggest that the mere existence of an activity in a particular aboriginal community prior to contact with Europeans is not, in itself, sufficient foundation for the definition of aboriginal rights, the position she would have this Court adopt takes s. 35(1) too far from that which the provision is intended to protect. Section 35(1), it is true, recognizes and affirms existing aboriginal rights, but it must not be forgotten that the rights it recognizes and affirms are aboriginal.

18 In the liberal enlightenment view, reflected in the American Bill of Rights and, more indirectly, in the *Charter*, rights are held by all people in society because each person is entitled to dignity and respect. Rights are general and universal; they are the way in which the "inherent dignity" of each individual in society is respected: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 336.

19 Aboriginal rights cannot, however, be defined on the basis of the philosophical precepts of the liberal enlightenment. Although equal in importance and significance to the rights enshrined in the *Charter*, aboriginal rights must be viewed differently from *Charter* rights because they are rights held only by aboriginal members of Canadian society. They arise from the fact that aboriginal people are aboriginal. As academic commentators have noted, aboriginal rights "inhere in the very meaning of aboriginality", Michael Asch and Patrick Macklem, "Aboriginal Rights and Cana-

manière qui [TRADUCTION] «a transformé un droit en une relique». Une telle façon de voir, d'affirmer l'appelante, est inconciliable avec le fait que les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) sont des droits et non simplement des pratiques autochtones. L'appelante a reconnu que les droits ancestraux tirent leur origine des sociétés et cultures autochtones, mais elle a soutenu que la Cour d'appel à la majorité a commis une erreur parce qu'elle a défini les droits ancestraux en s'attachant à identifier des activités antérieures au contact avec les Européens plutôt que des droits légaux préexistants.

Même si l'appelante a raison de dire que la simple existence d'une activité dans une collectivité autochtone donnée avant le contact avec les Européens n'est pas, en soi, un fondement suffisant pour définir des droits ancestraux, la thèse qu'elle voudrait que notre Cour adopte éloigne trop la protection du par. 35(1) de ce qu'elle est censée protéger. Il est vrai que le par. 35(1) reconnaît et confirme les droits ancestraux existants, mais il ne faut pas oublier que les droits qu'il reconnaît et confirme sont des droits autochtones.

Selon la philosophie libérale du Siècle des Lumières, qui a inspiré le Bill of Rights des États-Unis et, plus indirectement, la *Charte*, les droits appartiennent à tous les membres de la société, étant donné que chacun a droit à la dignité et au respect. Les droits sont généraux et universels; ils constituent la manière dont la «dignité inhérente» à chaque individu dans la société est respectée: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 336.

Toutefois, les droits ancestraux ne peuvent être définis par l'application des préceptes de cette philosophie. Même s'ils ont une portée et une importance égales aux droits inscrits dans la *Charte*, les droits ancestraux doivent être considérés différemment des droits garantis par la *Charte*, parce qu'ils sont détenus seulement par les autochtones au sein de la société canadienne. Les droits ancestraux tirent leur origine du fait que les peuples autochtones sont des autochtones. Comme l'ont souligné des commentateurs universitaires, les droits ancestraux [TRADUCTION] «participent de l'essence

1996 CanLII 216 (SCC)

dian Sovereignty: An Essay on *R.* v. *Sparrow*" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498, at p. 502; they are the rights held by "Indians *qua* Indians", Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 776.

même de l'«autochtonité», Michael Asch et Patrick Macklem, «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R.* v. *Sparrow*» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498, à la p. 502; il s'agit de droits détenus par [TRADUCTION] «les Indiens en tant qu'Indiens», Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727, à la p. 776.

The task of this Court is to define aboriginal rights in a manner which recognizes that aboriginal rights are rights but which does so without losing sight of the fact that they are rights held by aboriginal people because they are aboriginal. The Court must neither lose sight of the generalized constitutional status of what s. 35(1) protects, nor can it ignore the necessary specificity which comes from granting special constitutional protection to one part of Canadian society. The Court must define the scope of s. 35(1) in a way which captures both the aboriginal and the rights in aboriginal rights.

Notre Cour a pour tâche de définir les droits ancestraux d'une manière qui reconnaisse qu'il s'agit bien de droits, mais de droits détenus par les autochtones parce qu'ils sont des autochtones. Notre Cour ne doit pas perdre de vue le statut constitutionnel généralisé des droits protégés par le par. 35(1), mais elle ne peut pas non plus faire abstraction de la nécessaire spécificité qui résulte de la protection constitutionnelle spéciale accordée à un segment de la société canadienne. Notre Cour doit définir la portée du par. 35(1) d'une manière qui permette de cerner à la fois l'aspect «ancestral» et l'aspect «droit» dans l'expression «droits ancestraux».

The way to accomplish this task is, as was noted at the outset, through a purposive approach to s. 35(1). It is through identifying the interests that s. 35(1) was intended to protect that the dual nature of aboriginal rights will be comprehended. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, Dickson J. explained the rationale for a purposive approach to constitutional documents. Courts should take a purposive approach to the Constitution because constitutions are, by their very nature, documents aimed at a country's future as well as its present; the Constitution must be interpreted in a manner which renders it "capable of growth and development over time to meet new social, political and historical realities often unimagined by its framers": *Hunter*, *supra*, at p. 155. A purposive approach to s. 35(1), because ensuring that the provision is not viewed as static and only relevant to current circumstances, will ensure that the recognition and affirmation it offers are consistent with the fact that what it is recognizing and affirming are "rights". Further, because it requires the court to analyze a given constitutional provision "in the light of the interests it was meant to protect"

Comme il a été indiqué au début, la façon d'accomplir cette tâche est d'appliquer au par. 35(1) une analyse fondée sur l'objet. C'est par la détermination des intérêts que le par. 35(1) vise à protéger qu'il est possible d'appréhender la dualité des droits ancestraux. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, le juge Dickson a expliqué la raison d'être de l'analyse fondée sur l'objet des textes constitutionnels. Ainsi, les tribunaux doivent donner à la Constitution une interprétation fondée sur l'objet parce que les constitutions sont, de par leur nature même, des documents conçus autant en fonction de l'avenir que du présent. La Constitution doit être interprétée de telle sorte qu'elle soit «susceptible d'évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n'ont pas envisagées», *Hunter*, précité, à la p. 155. Parce qu'une telle approche assure que la disposition n'est pas considérée comme statique, et pertinente seulement par rapport aux circonstances présentes, l'application au par. 35(1) d'une analyse fondée sur l'objet garantit que la reconnaissance et la confirmation prévues par celui-ci sont compa-

1996 CanLII 216 (SCC)

(*Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 344), a purposive approach to s. 35(1) will ensure that that which is found to fall within the provision is related to the provision's intended focus: aboriginal people and their rights in relation to Canadian society as a whole.

22 In *Sparrow*, *supra*, Dickson C.J. and La Forest J. held at p. 1106 that it was through a purposive analysis that s. 35(1) must be understood:

> The approach to be taken with respect to interpreting the meaning of s. 35(1) is derived from general principles of constitutional interpretation, principles relating to aboriginal rights, and the purposes behind the constitutional provision itself. [Emphasis added.]

In that case, however, the Court did not have the opportunity to articulate the purposes behind s. 35(1) as they relate to the scope of the rights the provision is intended to protect. Such analysis is now required to be undertaken.

General Principles Applicable to Legal Disputes Between Aboriginal Peoples and the Crown

23 Before turning to a purposive analysis of s. 35(1), however, it should be noted that such analysis must take place in light of the general principles which apply to the legal relationship between the Crown and aboriginal peoples. In *Sparrow*, *supra*, this Court held at p. 1106 that s. 35(1) should be given a generous and liberal interpretation in favour of aboriginal peoples:

> When the purposes of the affirmation of aboriginal rights are considered, it is clear that a generous, liberal interpretation of the words in the constitutional provision is demanded. [Emphasis added].

24 This interpretive principle, articulated first in the context of treaty rights — *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at p. 402; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901, at p. 907; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1066 — arises from the

tibles avec le fait que ce qui est reconnu et confirmé ce sont des «droits». De plus, parce qu'elle oblige le tribunal à analyser des textes constitutionnels donnés «en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger» (*Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 344), cette analyse du par. 35(1) fait en sorte que ce qui est jugé comme relevant de cette disposition se rapporte à son objet: les peuples autochtones et leurs droits par rapport à la société canadienne dans son ensemble.

Dans *Sparrow*, précité, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont statué, à la p. 1106, qu'il faut interpréter le par. 35(1) en fonction de l'objet qu'il vise:

> La méthode qu'il convient d'adopter pour interpréter le par. 35(1) est dérivée des principes généraux d'interprétation constitutionnelle, des principes relatifs aux droits ancestraux et des objets sous-jacents à la disposition constitutionnelle elle-même. [Je souligne.]

Toutefois, dans cette affaire-là, notre Cour n'a pas eu l'occasion de dégager les objets sous-jacents au par. 35(1) eu égard à la portée des droits qu'il vise à protéger. Il faut faire cette analyse dans le présent cas.

Principes généraux applicables aux litiges entre les peuples autochtones et l'État

Toutefois, avant d'analyser le par. 35(1) en fonction de son objet, il convient de signaler qu'une telle analyse doit être faite à la lumière des principes généraux applicables aux rapports juridiques entre l'État et les peuples autochtones. Dans l'arrêt *Sparrow*, précité, notre Cour a statué, à la p. 1106, que le par. 35(1) doit recevoir une interprétation généreuse et libérale en faveur des autochtones:

> Si on considère les objectifs de la confirmation des droits ancestraux, il est évident qu'une interprétation généreuse et libérale du texte de cette disposition constitutionnelle s'impose. [Je souligne.]

Ce principe d'interprétation, qui a d'abord été énoncé dans le contexte des droits issus de traités — *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, à la p. 402; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 36; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, à la p. 907; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la

1996 CanLII 216 (SCC)

nature of the relationship between the Crown and aboriginal peoples. The Crown has a fiduciary obligation to aboriginal peoples with the result that in dealings between the government and aboriginals the honour of the Crown is at stake. Because of this fiduciary relationship, and its implication of the honour of the Crown, treaties, s. 35(1), and other statutory and constitutional provisions protecting the interests of aboriginal peoples, must be given a generous and liberal interpretation: *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267, at p. 279. This general principle must inform the Court's analysis of the purposes underlying s. 35(1), and of that provision's definition and scope.

The fiduciary relationship of the Crown and aboriginal peoples also means that where there is any doubt or ambiguity with regards to what falls within the scope and definition of s. 35(1), such doubt or ambiguity must be resolved in favour of aboriginal peoples. In *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, at p. 464, Dickson J. held that paragraph 13 of the Memorandum of Agreement between Manitoba and Canada, a constitutional document, "should be interpreted so as to resolve any doubts in favour of the Indians, the beneficiaries of the rights assured by the paragraph". This interpretive principle applies equally to s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and should, again, inform the Court's purposive analysis of that provision.

Purposive Analysis of Section 35(1)

I now turn to a purposive analysis of s. 35(1).

When the court identifies a constitutional provision's purposes, or the interests the provision is intended to protect, what it is doing in essence is explaining the rationale of the provision; it is articulating the reasons underlying the protection that the provision gives. With regards to s. 35(1), then, what the court must do is explain the rationale and foundation of the recognition and affirmation of the special rights of aboriginal peoples; it must identify the basis for the special status that aboriginal peoples have within Canadian society as a whole.

p. 1066 — découle de la nature des rapports entre l'État et les peuples autochtones. L'État a, envers les peuples autochtones, une obligation de fiduciaire qui a pour conséquence de mettre son honneur en jeu lorsqu'il traite avec eux. En raison de cette obligation de fiduciaire et de l'incidence de cette obligation sur l'honneur de l'État, les traités, le par. 35(1) et les autres dispositions législatives et constitutionnelles protégeant les droits des peuples autochtones doivent recevoir une interprétation généreuse et libérale: *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267, à la p. 279. Ce principe général doit guider la Cour dans l'analyse des objets qui sous-tendent le par. 35(1), ainsi que dans l'analyse de la définition et de la portée de cette disposition.

L'existence des rapports de fiduciaire qui existent entre l'État et les peuples autochtones emporte en outre que les doutes ou ambiguïtés concernant la portée et la définition des droits visés par le par. 35(1) doivent être résolus en faveur des peuples autochtones. Dans *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, à la p. 464, le juge Dickson a affirmé, relativement à la clause 13 de la Convention entre le Manitoba et le Canada, un document constitutionnel, qu'il «faut l'interpréter de façon à résoudre tout doute en faveur des Indiens, les bénéficiaires des droits ainsi garantis». Ce principe d'interprétation s'applique également au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, je le répète, il devrait guider la Cour dans son analyse de l'objet de cette disposition.

Analyse de l'objet du par. 35(1)

Je vais maintenant analyser l'objet du par. 35(1). 26

Quand le tribunal dégage les objets visés par une disposition constitutionnelle ou les intérêts que celle-ci est censée protéger, ce qu'il fait c'est essentiellement expliquer la raison d'être de cette disposition et énoncer les raisons sous-jacentes de la protection qu'elle offre. En ce qui concerne le par. 35(1), le tribunal doit donc expliquer la raison d'être et le fondement de la reconnaissance et de la confirmation des droits spéciaux des peuples autochtones, et identifier le fondement du statut particulier des peuples autochtones au sein de l'ensemble de la société canadienne. 27

1996 CanLII 216 (SCC)

28 In identifying the basis for the recognition and affirmation of aboriginal rights it must be remembered that s. 35(1) did not create the legal doctrine of aboriginal rights; aboriginal rights existed and were recognized under the common law: *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313. At common law aboriginal rights did not, of course, have constitutional status, with the result that Parliament could, at any time, extinguish or regulate those rights: *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, at p. 112; *R. v. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (S.C.C.), [1976] 2 S.C.R. v; it is this which distinguishes the aboriginal rights recognized and affirmed in s. 35(1) from the aboriginal rights protected by the common law. Subsequent to s. 35(1) aboriginal rights cannot be extinguished and can only be regulated or infringed consistent with the justificatory test laid out by this Court in *Sparrow*, *supra*.

29 The fact that aboriginal rights pre-date the enactment of s. 35(1) could lead to the suggestion that the purposive analysis of s. 35(1) should be limited to an analysis of why a pre-existing legal doctrine was elevated to constitutional status. This suggestion must be resisted. The pre-existence of aboriginal rights is relevant to the analysis of s. 35(1) because it indicates that aboriginal rights have a stature and existence prior to the constitutionalization of those rights and sheds light on the reasons for protecting those rights; however, the interests protected by s. 35(1) must be identified through an explanation of the basis for the legal doctrine of aboriginal rights, not through an explanation of why that legal doctrine now has constitutional status.

30 In my view, the doctrine of aboriginal rights exists, and is recognized and affirmed by s. 35(1), because of one simple fact: when Europeans arrived in North America, aboriginal peoples were already here, living in communities on the land, and participating in distinctive cultures, as they had done for centuries. It is this fact, and this fact above all others, which separates aboriginal peo-

Dans la détermination du fondement de la reconnaissance et de la confirmation des droits ancestraux, il ne faut pas oublier que le par. 35(1) n'a pas créé la doctrine juridique des droits ancestraux. En effet, ces droits existaient déjà et ils étaient reconnus en common law: *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313. Évidemment, comme les droits ancestraux n'avaient pas, en common law, de statut constitutionnel, le législateur fédéral pouvait à tout moment les éteindre ou les réglementer: *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, à la p. 112; *R. c. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (C.S.C.), [1976] 2 R.C.S. v; c'est ce qui distingue les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de ceux protégés par la common law. À la suite de l'adoption du par. 35(1), les droits ancestraux ne peuvent pas être éteints et ils ne peuvent être réglementés ou violés qu'en conformité avec le critère de justification énoncé par notre Cour dans *Sparrow*, précité.

Le fait que les droits ancestraux sont antérieurs à l'édiction du par. 35(1) pourrait amener à conclure qu'il faudrait limiter l'analyse de l'objet de cette disposition aux raisons pour lesquelles une doctrine juridique préexistante s'est vue conférer un statut constitutionnel. Il faut s'abstenir de tirer pareille conclusion. La préexistence des droits ancestraux est un élément pertinent pour l'analyse du par. 35(1), parce qu'elle indique que l'importance et l'existence de ces droits sont antérieures à la constitutionnalisation de ceux-ci et qu'elle éclaire sur les raisons justifiant la protection qui leur est accordée. Toutefois, il faut identifier les intérêts protégés par le par. 35(1) en expliquant le fondement de la doctrine juridique des droits ancestraux, et non les raisons pour lesquelles cette doctrine a aujourd'hui un statut constitutionnel.

À mon avis, la doctrine des droits ancestraux existe et elle est reconnue et confirmée par le par. 35(1), et ce pour un fait bien simple: quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles. C'est ce fait, par-

1996 CanLII 216 (SCC)

ples from all other minority groups in Canadian society and which mandates their special legal, and now constitutional, status.

More specifically, what s. 35(1) does is provide the constitutional framework through which the fact that aboriginals lived on the land in distinctive societies, with their own practices, traditions and cultures, is acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown. The substantive rights which fall within the provision must be defined in light of this purpose; the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) must be directed towards the reconciliation of the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown.

That the purpose of s. 35(1) lies in its recognition of the prior occupation of North America by aboriginal peoples is suggested by the French version of the text. For the English "existing aboriginal and treaty rights" the French text reads "*[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités*". The term "*ancestral*", which *Le Petit Robert 1* (1990) dictionary defines as "*[q]ui a appartenu aux ancêtres, qu'on tient des ancêtres*", suggests that the rights recognized and affirmed by s. 35(1) must be temporally rooted in the historical presence — the ancestry — of aboriginal peoples in North America.

This approach to s. 35(1) is also supported by the prior jurisprudence of this Court. In *Calder*, *supra*, the Court refused an application by the Nishga for a declaration that their aboriginal title had not been extinguished. There was no majority in the Court as to the basis for this decision; however, in the judgments of both Judson J. and Hall J. (each speaking for himself and two others) the existence of aboriginal title was recognized. Hall J. based the Nishga's aboriginal title in the fact that the land to which they were claiming title had "been in their possession from time immemorial" (*Calder*, *supra*, at p. 375). Judson J. explained the origins of the Nishga's aboriginal title as follows, at p. 328:

dessus tout, qui distingue les peuples autochtones de tous les autres groupes minoritaires du pays et qui commande leur statut juridique — et maintenant constitutionnel — particulier.

Plus précisément, le par. 35(1) établit le cadre constitutionnel qui permet de reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres cultures, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté. Les droits substantiels visés par cette disposition doivent être définis à la lumière de cet objet. Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doivent tendre à concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté. 31

La conclusion que le par. 35(1) a pour objet de reconnaître l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones ressort du texte français de cette disposition. L'expression anglaise «*existing aboriginal and treaty rights*» est rendue en français par «[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités». Le terme «ancestral», qui est défini ainsi dans le dictionnaire *Le Petit Robert 1* (1990): «[q]ui a appartenu aux ancêtres, qu'on tient des ancêtres», tend à indiquer que les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1) doivent, sur le plan temporel, tirer leur origine de la présence historique — des ancêtres — des peuples autochtones de l'Amérique du Nord. 32

Cette façon d'analyser le par. 35(1) trouve également appui dans des décisions antérieures de notre Cour. Dans *Calder*, précité, la Cour a refusé une demande des Nishgas qui sollicitaient une déclaration portant que leur titre aborigène n'avait pas été éteint. Aucune majorité ne s'est dégagée quant au fondement de la décision dans cet arrêt. Toutefois, dans leurs motifs respectifs, les juges Judson et Hall (chacun parlant aussi au nom de deux autres juges) ont reconnu l'existence du titre aborigène. Le juge Hall a basé le titre aborigène des Nishgas sur le fait que ceux-ci avaient «possédé[. . .] de temps immémorial» (*Calder*, précité, à la p. 375) les terres dont ils revendiquaient le titre. Le juge Judson a expliqué ainsi les origines du titre aborigène des Nishgas, à la p. 328: 33

1996 CanLII 216 (SCC)

Although I think that it is clear that Indian title in British Columbia cannot owe its origin to the Proclamation of 1763, the fact is that when the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries. This is what Indian title means and it does not help one in the solution of this problem to call it a "personal or usufructuary right". What they are asserting in this action is that they had a right to continue to live on their lands as their forefathers had lived and that this right has never been lawfully extinguished. [Emphasis added.]

Je crois qu'il est clair qu'en Colombie-Britannique, le titre indien ne peut pas avoir pour origine la Proclamation de 1763, mais il reste que lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles. C'est ce que signifie le titre indien et en l'appelant «droit personnel de la nature d'un usufruit», la solution du problème n'en devient pas plus facile. Ils affirment dans la présente action qu'ils avaient le droit de continuer à vivre sur leurs terres comme l'avaient fait leurs ancêtres et que ce droit n'a jamais été juridiquement éteint. [Je souligne.]

The position of Judson and Hall JJ. on the basis for aboriginal title is applicable to the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1). Aboriginal title is the aspect of aboriginal rights related specifically to aboriginal claims to land; it is the way in which the common law recognizes aboriginal land rights. As such, the explanation of the basis of aboriginal title in *Calder*, *supra*, can be applied equally to the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1). Both aboriginal title and aboriginal rights arise from the existence of distinctive aboriginal communities occupying "the land as their forefathers had done for centuries" (p. 328).

La position des juges Judson et Hall quant au fondement du titre aborigène est applicable aux droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1). Le titre aborigène est l'aspect des droits ancestraux qui se rapporte spécifiquement aux revendications territoriales des autochtones; c'est le moyen par lequel la common law reconnaît les droits fonciers des autochtones. Ainsi, l'explication donnée dans l'arrêt *Calder*, précité, relativement au fondement du titre aborigène peut être appliquée également aux droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1). Tant le titre aborigène que les droits ancestraux découlent de l'existence de collectivités autochtones distinctives, occupant «les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles» (p. 328).

34 The basis of aboriginal title articulated in *Calder*, *supra*, was affirmed in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335. The decision in *Guerin* turned on the question of the nature and extent of the Crown's fiduciary obligation to aboriginal peoples; because, however, Dickson J. based that fiduciary relationship, at p. 376, in the "concept of aboriginal, native or Indian title", he had occasion to consider the question of the existence of aboriginal title. In holding that such title existed, he relied, at p. 376, on *Calder*, *supra*, for the proposition that "aboriginal title as a legal right derived from the Indians' historic occupation and possession of their tribal lands". [Emphasis added.]

Le fondement du titre aborigène énoncé dans *Calder*, précité, a été confirmé dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335. Cet arrêt concernait la nature et l'étendue de l'obligation de fiduciaire de Sa Majesté envers les peuples autochtones. Cependant, comme il a fondé ce rapport de fiduciaire, à la p. 376, sur le «concept du titre aborigène, autochtone ou indien», le juge Dickson a eu l'occasion d'étudier la question de l'existence du titre aborigène. Pour conclure à l'existence d'un tel titre, il a invoqué, à la p. 376, l'arrêt *Calder*, précité, dans lequel «le titre aborigène [a été reconnu] comme un droit, en common law, découlant de l'occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales». [Je souligne.]

35 The view of aboriginal rights as based in the prior occupation of North America by distinctive aboriginal societies, finds support in the early American decisions of Marshall C.J. Although the

Le point de vue selon lequel les droits ancestraux sont fondés sur l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par des sociétés autochtones distinctives trouve appui dans de vieilles décisions

1996 CanLII 216 (SCC)

constitutional structure of the United States is different from that of Canada, and its aboriginal law has developed in unique directions, I agree with Professor Slattery both when he describes the Marshall decisions as providing "structure and coherence to an untidy and diffuse body of customary law based on official practice" and when he asserts that these decisions are "as relevant to Canada as they are to the United States" — "Understanding Aboriginal Rights", *supra*, at p. 739. I would add to Professor Slattery's comments only the observation that the fact that aboriginal law in the United States is significantly different from Canadian aboriginal law means that the relevance of these cases arises from their articulation of general principles, rather than their specific legal holdings.

In *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), the first of the Marshall decisions on aboriginal title, the Supreme Court held that Indian land could only be alienated by the U.S. government, not by the Indians themselves. In the course of his decision (written for the court), Marshall C.J. outlined the history of the exploration of North America by the countries of Europe and the relationship between this exploration and aboriginal title. In his view, aboriginal title is the right of aboriginal people to land arising from the intersection of their pre-existing occupation of the land with the assertion of sovereignty over that land by various European nations. The substance and nature of aboriginal rights to land are determined by this intersection (at pp 572-74):

> On the discovery of this immense continent, the great nations of Europe were eager to appropriate to themselves so much of it as they could respectively acquire. Its vast extent offered an ample field to the ambition and enterprise of all; and the character and religion of its inhabitants afforded an apology for considering them as a people over whom the superior genius of Europe might claim an ascendency. The potentates of the old world found no difficulty in convincing themselves that they made ample compensation to the inhabitants of the

américaines rendues par le juge en chef Marshall. Bien que l'organisation constitutionnelle des États-Unis soit différente de celle du Canada et que le droit américain relatif aux autochtones ait évolué d'une manière propre, je suis d'accord avec le professeur Slattery quand il dit des décisions du juge Marshall qu'elles donnent [TRADUCTION] «une structure et une cohésion à un ensemble désorganisé et diffus de règles de droit coutumier basées sur les pratiques officielles», et quand il affirme que ces décisions sont «aussi pertinentes au Canada qu'aux États-Unis» — «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, à la p. 739. J'ajouterais simplement aux observations du professeur Slattery que, en raison des différences importantes qui existent entre le droit américain relatif aux autochtones et le droit canadien sur la question, l'intérêt de ces arrêts tient davantage aux principes généraux qui y sont énoncés qu'aux décisions spécifiques qui y sont prononcées.

Dans *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), première des décisions du juge Marshall sur le titre aborigène, la Cour suprême a statué que les terres des Indiens ne pouvaient être aliénées que par le gouvernement des États-Unis et non par les Indiens eux-mêmes. Dans sa décision (rédigée pour la cour), le juge en chef Marshall a fait l'historique de l'exploration de l'Amérique du Nord par les pays européens et établi le lien entre cette exploration et le titre aborigène. À son avis, le titre aborigène est le droit que possèdent les peuples autochtones sur le territoire et qui découle de l'intersection de leur occupation préexistante de ce territoire et de l'affirmation par les diverses nations européennes de leur souveraineté sur celui-ci. L'essence et la nature des droits fonciers ancestraux sont déterminées par cette intersection (aux pp. 572 à 574):

> [TRADUCTION] Lorsqu'elles ont découvert cet immense continent, les grandes nations européennes tenaient chacune à s'en approprier la plus grande partie possible. Dans ces vastes étendues, tous avaient amplement l'occasion de manifester leur ambition et leur esprit d'initiative; les caractères distinctifs et la religion des habitants du continent fournissaient une justification permettant de les considérer comme un peuple sur lequel le génie supérieur européen pouvait prétendre exercer un ascendant. Les potentats du vieux monde

1996 CanLII 216 (SCC)

36

new, by bestowing on them civilization and Christianity, in exchange for unlimited independence. But, as they were all in pursuit of nearly the same object, it was necessary, in order to avoid conflicting settlements, and consequent war with each other, to establish a principle, which all should acknowledge as the law by which the right of acquisition, which they all asserted, should be regulated as between themselves. This principle was, that discovery gave title to the government by whose subjects, or by whose authority, it was made, against all other European governments, which title might be consummated by possession.

The exclusion of all other Europeans, necessarily gave to the nation making the discovery the sole right of acquiring the soil from the natives, and establishing settlements upon it. It was a right with which no Europeans could interfere. It was a right which all asserted for themselves, and to the assertion of which, by others, all assented.

Those relations which were to exist between the discoverer and the natives, were to be regulated by themselves. The rights thus acquired being exclusive, no other power could interpose between them.

In the establishment of these relations, the rights of the original inhabitants were, in no instance, entirely disregarded; but were necessarily, to a considerable extent, impaired. They were admitted to be the rightful occupants of the soil, with a legal as well as just claim to retain possession of it, and to use it according to their own discretion; but their rights to complete sovereignty, as independent nations, were necessarily diminished, and their power to dispose of the soil at their own will, to whomsoever they pleased, was denied by the original fundamental principle, that discovery gave exclusive title to those who made it.

While the different nations of Europe respected the right of the natives, as occupants, they asserted the ultimate dominion to be in themselves; and claimed and exercised, as a consequence of this ultimate dominion, a power to grant the soil, while yet in possession of the natives. These grants have been understood by all, to convey a title to the grantees, subject only to the Indian right of occupancy. [Emphasis added.]

n'ont éprouvé aucune difficulté à se convaincre qu'ils compensaient amplement les habitants du nouveau continent en leur apportant la civilisation et le christianisme en échange de l'indépendance absolue. Mais, comme ces potentats étaient tous à la recherche du même objectif ou à peu près, il était nécessaire, en vue d'éviter les conflits de colonisation et les guerres qui s'ensuivraient, d'établir un principe que tous reconnaîtraient comme constituant le droit en vertu duquel le droit d'acquisition, qu'ils revendiquaient tous, devrait être régi entre eux. Ce principe était que la découverte conférait le titre au gouvernement dont les sujets avaient fait la découverte ou sous l'autorité duquel la découverte était faite, et ce titre qui était opposable à tous les autres gouvernements européens pouvait être rendu parfait par la possession.

L'exclusion de tous les autres pays européens conférait nécessairement à la nation qui faisait la découverte le droit exclusif d'acquérir les terres des aborigènes et d'y établir des colonies. Il s'agissait là d'un droit qu'aucun Européen ne pouvait entraver. C'est un droit que chacun faisait valoir pour lui-même, tout en le respectant quand il était affirmé par d'autres.

Les relations qui devaient exister entre découvreur et aborigènes devaient se régler entre eux. Les droits ainsi acquis étant exclusifs, aucun autre pouvoir ne pouvait s'interposer.

Dans l'établissement de ces relations, on n'a, en aucun cas, entièrement omis de tenir compte des droits des aborigènes; mais ces droits se sont trouvés nécessairement restreints dans une large mesure. On reconnaissait que les aborigènes étaient les occupants de plein droit des terres, et pouvaient juridiquement et légitimement demeurer en possession de celles-ci, et les utiliser à leur gré; mais leurs droits à la souveraineté complète, en leur qualité de nations indépendantes, ont été nécessairement diminués, et leur pouvoir de disposer des terres en faveur de n'importe qui a été nié en vertu du principe initial de base selon lequel la découverte conférait à ceux qui l'avait faite un titre exclusif.

Les différentes nations européennes respectaient le droit d'occupation des aborigènes, qu'ils pouvaient exercer à leur gré, mais elles revendiquaient la propriété suprême; elles revendiquaient et exerçaient, par suite de ce droit suprême, un pouvoir d'octroyer les terres, alors que celles-ci étaient encore en possession des aborigènes. Ces octrois ont été interprétés par tous comme accordant au cessionnaire un titre, sous réserve uniquement du droit d'occupation indien. [Je souligne.]

1996 CanLII 216 (SCC)

It is, similarly, the reconciliation of pre-existing aboriginal claims to the territory that now constitutes Canada, with the assertion of British sovereignty over that territory, to which the recognition and affirmation of aboriginal rights in s. 35(1) is directed.

In *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832) the U.S. Supreme Court invalidated the conviction under a Georgia statute of a non-Cherokee man for the offence of living on the territory of the Cherokee Nation. The court held that the law under which he was convicted was *ultra vires* the State of Georgia. In so doing the court considered the nature and basis of the Cherokee claims to the land and to governance over that land. Again, it based its judgment on its analysis of the origins of those claims which, it held, lay in the relationship between the pre-existing rights of the "ancient possessors" of North America and the assertion of sovereignty by European nations (at pp. 542-43 and 559):

America, separated from Europe by a wide ocean, was inhabited by a distinct people, divided into separate nations, independent of each other and of the rest of the world, having institutions of their own, and governing themselves by their own laws. It is difficult to comprehend the proposition, that the inhabitants of either quarter of the globe could have rightful original claims of dominion over the inhabitants of the other, or over the lands they occupied; or that the discovery of either by the other should give the discoverer rights in the country discovered, which annulled the pre-existing rights of its ancient possessors.

After lying concealed for a series of ages, the enterprise of Europe, guided by nautical science, conducted some of her adventurous sons into this western world. They found it in possession of a people who had made small progress in agriculture or manufactures, and whose general employment was war, hunting, and fishing.

Did these adventurers, by sailing along the coast, and occasionally landing on it, acquire for the several governments to whom they belonged, or by whom they were commissioned, a rightful property in the soil, from

De la même façon, la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux au par. 35(1) visent à concilier les droits préexistants des autochtones sur le territoire formant aujourd'hui le Canada avec l'affirmation de la souveraineté Britannique sur ce territoire.

Dans l'arrêt *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832), la Cour suprême des États-Unis a invalidé la déclaration de culpabilité qui avait été prononcée en vertu d'une loi de l'État de la Géorgie contre un non-Cherokee, parce qu'il avait habité sur le territoire de la nation cherokee. La cour a conclu que la loi en vertu de laquelle il avait été déclaré coupable outrepassait les pouvoirs de l'État de la Géorgie. Pour arriver à cette conclusion, elle a examiné la nature et le fondement des revendications des Cherokees quant à la propriété du territoire et à sa régie. Encore une fois, la cour a fondé son jugement sur son analyse des origines de ces revendications qui, selon elle, découlent du rapport entre les droits préexistants des «anciens possesseurs» de l'Amérique du Nord et l'affirmation de la souveraineté par les nations européennes (aux pp. 542, 543 et 559):

[TRADUCTION] L'Amérique, séparée de l'Europe par un vaste océan, était habitée par un peuple différent, divisé en nations distinctes, indépendantes l'une de l'autre et vis-à-vis du reste du monde; elles avaient leurs propres institutions et se gouvernaient elles-mêmes en vertu de leurs propres lois. Il est difficile de comprendre que les habitants d'une partie du globe pouvaient avoir des revendications originales légitimes de suprématie sur les habitants de l'autre ou sur les terres qu'ils occupaient; ou que celui qui découvrait des terres acquérait des droits sur le pays découvert, droits qui annulaient les droits préexistants de ceux qui en avaient antérieurement eu la possession.

Après être demeurée chez elle durant des siècles, l'Europe, guidée par la science nautique, a mené, grâce à son esprit d'entreprise, certains de ses fils aventuriers au nouveau monde. Ils ont trouvé celui-ci en la possession d'un peuple qui avait fait peu de progrès dans le domaine agricole ou industriel et qui passait le gros de leur temps à chasser, pêcher et guerroyer.

En naviguant le long de la côte et en mettant à l'occasion pied à terre, ces aventuriers ont-ils acquis, pour le compte des divers gouvernements auxquels ils appartenaient ou qui leur avaient donné une commission, la

37
1996 CanLII 216 (SCC)

the Atlantic to the Pacific; or rightful dominion over the numerous people who occupied it? Or has nature, or the great Creator of all things, conferred these rights over hunters and fishermen, on agriculturists and manufacturers?

But power, war, conquest, give rights, which, after possession, are conceded by the world; and which can never be controverted by those on whom they descend. We proceed, then, to the actual state of things, having glanced at their origin; because holding it in our recollection might shed some light on existing pretensions.

. . .

The Indian nations had always been considered as distinct, independent political communities, retaining their original natural rights, as the undisputed possessors of the soil, from time immemorial, with the single exception of that imposed by irresistible power, which excluded them from intercourse with any other European potentate than the first discoverer of the coast of the particular region claimed. [Emphasis added.]

Marshall C.J.'s essential insight that the claims of the Cherokee must be analyzed in light of their pre-existing occupation and use of the land — their "undisputed" possession of the soil "from time immemorial" — is as relevant for the identification of the interests s. 35(1) was intended to protect as it was for the adjudication of Worcester's claim.

38 The High Court of Australia has also considered the question of the basis and nature of aboriginal rights. Like that of the United States, Australia's aboriginal law differs in significant respects from that of Canada. In particular, in Australia the courts have not as yet determined whether aboriginal fishing rights exist, although such rights are recognized by statute: *Halsbury's Laws of Australia* (1991), vol. 1, paras. 5-2250, 5-2255, 5-2260 and 5-2265. Despite these relevant differences, the analysis of the basis of aboriginal title in the landmark decision of the High Court in *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1, is persuasive in the Canadian context.

propriété légitime des terres situées entre l'Atlantique et le Pacifique; ou ont-ils légitimement soumis les nombreux peuples qui occupaient celles-ci à leur autorité? Ou encore, la nature ou le grand créateur de toutes choses ont-ils conféré aux agriculteurs et industriels ces droits sur des chasseurs ou pêcheurs?

Mais la puissance, la guerre, la conquête, confèrent des droits qui, après la possession, sont reconnus par tous et qui ne peuvent jamais être contestés par ceux sur lesquels ils s'exercent. Nous passons à l'état actuel des choses après avoir jeté un coup d'œil sur leurs origines, le rappel de ces origines pouvant éclairer les prétentions actuelles.

. . .

Les nations indiennes avaient toujours été considérées comme des communautés politiques distinctes, indépendantes, conservant leurs droits naturels initiaux, parce qu'ils avaient la possession incontestée du sol, de temps immémorial, sous réserve seulement des droits imposés par la puissance irrésistible, qui leur interdisait tout rapport avec quelque potentat européen autre que le premier découvreur de la côte de la région particulière revendiquée. [Je souligne.]

L'idée essentielle du juge en chef Marshall que les revendications des Cherokees doivent être analysées en fonction de leur occupation et utilisation préexistantes du territoire — leur possession «incontestée» du territoire, «de temps immémorial» — est aussi pertinente pour identifier les intérêts que le par. 35(1) vise à protéger qu'elle l'était pour statuer sur les prétentions de Worcester.

La Haute Cour d'Australie a elle aussi étudié la question du fondement et de la nature des droits ancestraux. Comme aux États-Unis, le droit relatif aux autochtones en Australie diffère sous des aspects importants du droit canadien. En particulier, les tribunaux australiens ne se sont pas encore prononcés sur l'existence de droits de pêche ancestraux, quoique ces droits soient reconnus par la loi: *Halsbury's Laws of Australia* (1991), vol. 1, par. 5-2250, 5-2255, 5-2260 et 5-2265. Malgré ces différences importantes, l'analyse du fondement du titre aborigène qui est faite dans l'arrêt de principe de la Haute Cour *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1, est convaincante dans le contexte canadien.

1996 CanLII 216 (SCC)

The *Mabo* judgment resolved the dispute between the Meriam people and the Crown regarding who had title to the Murray Islands. The islands had been annexed to Queensland in 1879 but were reserved for the native inhabitants (the Meriam) in 1882. The Crown argued that this annexation was sufficient to vest absolute ownership of the lands in the Crown. The High Court disagreed, holding that while the annexation did vest radical title in the Crown, it was insufficient to eliminate a claim for native title; the court held at pp. 50-51 that native title can exist as a burden on the radical title of the Crown: "there is no reason why land within the Crown's territory should not continue to be subject to native title. It is only the fallacy of equating sovereignty and beneficial ownership of land that gives rise to the notion that native title is extinguished by the acquisition of sovereignty".

From this premise, Brennan J., writing for a majority of the Court, went on at p. 58 to consider the nature and basis of aboriginal title:

> Native title has its origin in and is given its content by the traditional laws acknowledged by and the traditional customs observed by the indigenous inhabitants of a territory. The nature and incidents of native title must be ascertained as a matter of fact by reference to those laws and customs. The ascertainment may present a problem of considerable difficulty, as Moynihan J. perceived in the present case. It is a problem that did not arise in the case of a settled colony so long as the fictions were maintained that customary rights could not be reconciled "with the institutions or the legal ideas of civilized society", *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C., at p. 233, that there was no law before the arrival of the British colonists in a settled colony and that there was no sovereign law-maker in the territory of a settled colony before sovereignty was acquired by the Crown. These fictions denied the possibility of a native title recognized by our laws. But once it is acknowledged that an inhabited territory which became a settled colony was no more a legal desert than it was "desert uninhabited" in fact, it is necessary to ascertain by evidence the nature and incidents of native title. [Emphasis added.]

L'arrêt *Mabo* a réglé le différend entre les Meriams et Sa Majesté concernant le titre sur les îles Murray. Ces îles avaient été annexées au Queensland en 1879, mais réservées aux aborigènes (les Meriams) en 1882. Sa Majesté a soutenu que cette annexion suffisait pour lui conférer la propriété absolue des terres. La Haute Cour a exprimé son désaccord, statuant que même si l'annexion avait effectivement conféré un titre absolu à Sa Majesté elle était insuffisante pour écarter la revendication d'un titre aborigène. La cour a conclu, aux pp. 50 et 51, que le titre aborigène peut exister à titre de charge grevant le titre absolu de Sa Majesté: [TRADUCTION] «il n'y a aucune raison pour que des terres comprises dans le territoire de Sa Majesté ne continuent pas d'être assujetties au titre aborigène. La notion que le titre aborigène est éteint par l'acquisition de la souveraineté procède du raisonnement faux qui assimile souveraineté et propriété bénéficiaire des terres».

À partir de cette prémisse, le juge Brennan, qui a rédigé les motifs de la majorité, a poursuivi, à la p. 58, en analysant la nature et le fondement du titre aborigène:

> [TRADUCTION] Le titre aborigène tire son origine et son contenu des coutumes et des lois traditionnelles observées et reconnues par les habitants autochtones d'un territoire. La nature et les attributs du titre aborigène doivent être déterminés en tant que question de fait, eu égard à ces coutumes et à ces lois. Cette tâche peut présenter des difficultés considérables, comme l'a fait remarquer le juge Moynihan dans le présent cas. C'est un problème qui ne s'est pas posé dans le cas d'une colonie tant qu'ont été maintenues les fictions selon lesquelles les droits fondés sur la coutume ne pouvaient pas être conciliés «avec les institutions ou les conceptions juridiques des sociétés civilisées», *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C., à la p. 233, qu'il n'existait aucune loi avant l'arrivée des colons britanniques et qu'il n'y avait aucun législateur souverain dans le territoire d'une colonie avant l'affirmation de la souveraineté par Sa Majesté. Ces fictions ont empêché la reconnaissance d'un titre aborigène dans nos lois. Mais dès l'instant où il est reconnu qu'un territoire habité, devenu une colonie, n'était pas davantage un désert au sens de la loi qu'il n'était dans les faits un «désert», il est nécessaire de déterminer, selon la preuve, la nature et les attributs du titre aborigène. [Je souligne.]

1996 CanLII 216 (SCC)

This position is the same as that being adopted here. "Traditional laws" and "traditional customs" are those things passed down, and arising, from the pre-existing culture and customs of aboriginal peoples. The very meaning of the word "tradition" — that which is "handed down [from ancestors] to posterity", *The Concise Oxford Dictionary* (9th ed. 1995), — implies these origins for the customs and laws that the Australian High Court in *Mabo* is asserting to be relevant for the determination of the existence of aboriginal title. To base aboriginal title in traditional laws and customs, as was done in *Mabo*, is, therefore, to base that title in the pre-existing societies of aboriginal peoples. This is the same basis as that asserted here for aboriginal rights.

Cette position est identique à celle qui est adoptée dans le présent pourvoi. Les «coutumes traditionnelles» et les «lois traditionnelles» sont ces choses qui sont transmises de génération en génération et qui émanent de la culture et des coutumes préexistantes des peuples autochtones. Le sens même du mot «*tradition*» — ce qui est [TRADUCTION] «transmis [par les ancêtres] à leurs descendants», *The Concise Oxford Dictionary* (9e éd. 1995) — suppose, dans le cas des coutumes et des lois, les origines que la Haute Cour d'Australie dans *Mabo* déclarent pertinentes pour la détermination de l'existence du titre aborigène. Baser le titre aborigène sur les lois et les coutumes traditionnelles, comme l'a fait la cour dans l'arrêt *Mabo*, revient donc à fonder ce titre dans les sociétés préexistantes des peuples autochtones. Il s'agit du même fondement que celui qui est avancé en l'espèce pour les droits ancestraux.

1996 CanLII 216 (SCC)

41 Academic commentators have also been consistent in identifying the basis and foundation of the s. 35(1) claims of aboriginal peoples in aboriginal occupation of North America prior to the arrival of Europeans. As Professor David Elliott, at p. 25, puts it in his compilation *Law and Aboriginal Peoples of Canada* (2nd ed. 1994), the "prior aboriginal presence is at the heart of the concept of aboriginal rights". Professor Macklem has, while also considering other possible justifications for the recognition of aboriginal rights, described prior occupancy as the "familiar" justification for aboriginal rights, arising from the "straightforward conception of fairness which suggests that, all other things being equal, a prior occupant of land possesses a stronger claim to that land than subsequent arrivals": Patrick Macklem, "Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government" (1995), 21 *Queen's L.J.* 173, at p. 180. Finally, I would note the position of Professor Pentney who has described aboriginal rights as collective rights deriving "their existence from the common law's recognition of [the] prior social organization" of aboriginal peoples: William Pentney, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II —

Les commentateurs universitaires ont constamment indiqué que les droits des peuples autochtones visés au par. 35(1) tiraient leur origine et leur fondement de l'occupation de l'Amérique du Nord par les autochtones avant l'arrivée des Européens. Comme le dit le professeur David Elliott, à la p. 25 de son recueil *Law and Aboriginal Peoples of Canada* (2e éd. 1994) la [TRADUCTION] «présence antérieure des autochtones est au cœur du concept des droits ancestraux». Le professeur Macklem, tout en examinant aussi d'autres justifications possibles pour la reconnaissance des droits ancestraux, a décrit l'occupation antérieure comme étant la justification [TRADUCTION] «usuelle» des droits ancestraux, qui découle de la «conception simple de l'équité selon laquelle, toutes choses égales d'ailleurs, le premier occupant d'un territoire possède sur celui-ci un droit supérieur à faire valoir que ceux qui arrivent plus tard»: Patrick Macklem, «Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government» (1995), 21 *Queen's L.J.* 173, à la p. 180. Finalement, je tiens à souligner la position du professeur Pentney, qui a décrit les droits ancestraux comme étant des droits collectifs tirant [TRADUCTION] «leur existence de la reconnaissance en common law de l'organisation sociale antérieure» des peuples autochtones: William Pentney,

Section 35: The Substantive Guarantee" (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207, at p. 258.

I would note that the legal literature also supports the position that s. 35(1) provides the constitutional framework for reconciliation of the preexistence of distinctive aboriginal societies occupying the land with Crown sovereignty. In his comment on *Delgamuukw v. British Columbia* ("British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*" (1992), 17 *Queen's L.J.* 350), Mark Walters suggests at pp. 412-13 that the essence of aboriginal rights is their bridging of aboriginal and non-aboriginal cultures:

> The challenge of defining aboriginal rights stems from the fact that they are rights peculiar to the meeting of two vastly dissimilar legal cultures; consequently there will always be a question about which legal culture is to provide the vantage point from which rights are to be defined. . . . a morally and politically defensible conception of aboriginal rights will incorporate both legal perspectives. [Emphasis added.]

Similarly, Professor Slattery has suggested that the law of aboriginal rights is "neither English nor aboriginal in origin: it is a form of intersocietal law that evolved from long-standing practices linking the various communities" (Brian Slattery, "The Legal Basis of Aboriginal Title", in Frank Cassidy, ed., *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen* (1992), at pp. 120-21) and that such rights concern "the status of native peoples living under the Crown's protection, and the position of their lands, customary laws, and political institutions" ("Understanding Aboriginal Rights", *supra*, at p. 737).

The Canadian, American and Australian jurisprudence thus supports the basic proposition put forward at the beginning of this section: the aboriginal rights recognized and affirmed by

«The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee» (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207, à la p. 258.

42 Je signale également que la littérature juridique appuie aussi la thèse selon laquelle le par. 35(1) fournit le cadre constitutionnel permettant de concilier la souveraineté de Sa Majesté avec la préexistence de sociétés autochtones distinctives occupant le territoire. Dans son commentaire sur l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* («British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*» (1992), 17 *Queen's L.J.* 350), Mark Walters émet l'avis, aux pp. 412 et 413, que l'essence des droits ancestraux est que ceux-ci établissent un rapprochement entre les cultures autochtones et non autochtones:

> [TRADUCTION] La difficulté que pose la définition des droits ancestraux tient au fait que ce sont des droits particuliers à la rencontre de deux cultures juridiques extrêmement dissemblables; par conséquent, il faudra toujours se demander à partir de laquelle de ces cultures les droits doivent être définis [. . .] une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera ces deux points de vue juridiques. [Je souligne.]

De même, le professeur Slattery a avancé que le droit relatif aux droits ancestraux n'est [TRADUCTION] «ni d'origine anglaise, ni d'origine autochtone: il s'agit d'une forme de droit intersociétal, découlant de l'évolution de pratiques de longue date liant les diverses collectivités» (Brian Slattery, «The Legal Basis of Aboriginal Title» dans Frank Cassidy, dir., *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen* (1992), aux pp. 120 et 121) et que ces droits concernent [TRADUCTION] «le statut des peuples autochtones vivant sous la protection de Sa Majesté, ainsi que la place faite à leurs terres, à leurs règles de droit coutumier et à leurs institutions politiques» («Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, à la p. 737).

43 La jurisprudence et la doctrine canadiennes, américaines et australiennes étayent donc la thèse fondamentale suivante, avancée au début de la présente section: la meilleure façon de décrire les

1996 CanLII 216 (SCC)

s. 35(1) are best understood as, first, the means by which the Constitution recognizes the fact that prior to the arrival of Europeans in North America the land was already occupied by distinctive aboriginal societies, and as, second, the means by which that prior occupation is reconciled with the assertion of Crown sovereignty over Canadian territory. The content of aboriginal rights must be directed at fulfilling both of these purposes; the next section of the judgment, as well as that which follows it, will attempt to accomplish this task.

droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) est de dire qu'ils sont, premièrement, le moyen par lequel la Constitution reconnaît le fait qu'avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord le territoire était déjà occupé par des sociétés autochtones distinctives, et, deuxièmement, le moyen de concilier cette occupation antérieure avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur le territoire canadien. Le contenu des droits ancestraux doit viser la réalisation de ces deux objets. Dans la prochaine partie du jugement, ainsi que dans celle qui suivra, c'est la tâche que l'on tente d'accomplir.

The Test for Identifying Aboriginal Rights in Section 35(1)

Le critère d'identification des droits ancestraux visés au par. 35(1)

44 In order to fulfil the purpose underlying s. 35(1) — i.e., the protection and reconciliation of the interests which arise from the fact that prior to the arrival of Europeans in North America aboriginal peoples lived on the land in distinctive societies, with their own practices, customs and traditions — the test for identifying the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) must be directed at identifying the crucial elements of those pre-existing distinctive societies. It must, in other words, aim at identifying the practices, traditions and customs central to the aboriginal societies that existed in North America prior to contact with the Europeans.

Pour réaliser l'objet qui sous-tend le par. 35(1) — c'est-à-dire la protection et la conciliation des intérêts découlant du fait que, avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord, les peuples autochtones vivaient en sociétés distinctives, possédant leurs propres coutumes, pratiques et traditions —, le critère d'identification des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doit viser à reconnaître les éléments fondamentaux de ces sociétés distinctives préexistantes. Autrement dit, ce critère doit tendre à identifier les coutumes, pratiques et traditions fondamentales des sociétés autochtones qui existaient en Amérique du Nord avant le contact avec les Européens.

45 In *Sparrow*, *supra*, this Court did not have to address the scope of the aboriginal rights protected by s. 35(1); however, in their judgment at p. 1099 Dickson C.J. and La Forest J. identified the Musqueam right to fish for food in the fact that:

Dans l'arrêt *Sparrow*, précité, notre Cour n'a pas eu à étudier la portée des droits ancestraux protégés par le par. 35(1). Toutefois, dans leur jugement, à la p. 1099, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont dégagé le droit des Musqueams de pêcher à des fins alimentaires du fait suivant:

> The anthropological evidence relied on to establish the existence of the right suggests that, for the Musqueam, the salmon fishery has always constituted an integral part of their distinctive culture. Its significant role involved not only consumption for subsistence purposes, but also consumption of salmon on ceremonial and social occasions. The Musqueam have always fished for reasons connected to their cultural and physical survival. [Emphasis added.]

> D'après la preuve anthropologique produite pour établir l'existence de ce droit, la pêche au saumon a toujours fait partie intégrante de la culture distinctive des Musqueams. Le rôle important qu'elle joue ne se résume pas à la consommation à des fins de subsistance, mais il comprend également la consommation de saumon dans le cadre d'activités rituelles et sociales. Les Musqueams ont toujours pêché pour des raisons liées à leur survie culturelle et matérielle. [Je souligne.]

1996 CanLII 216 (SCC)

The suggestion of this passage is that participation in the salmon fishery is an aboriginal right because it is an "integral part" of the "distinctive culture" of the Musqueam. This suggestion is consistent with the position just adopted; identifying those practices, customs and traditions that are integral to distinctive aboriginal cultures will serve to identify the crucial elements of the distinctive aboriginal societies that occupied North America prior to the arrival of Europeans.

L'idée qui ressort de ce passage est que la participation à la pêche au saumon est un droit ancestral parce que cette activité fait «partie intégrante» de la «culture distinctive» des Musqueams. Cette idée est compatible avec la position qui vient d'être adoptée; le fait de déterminer les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante des cultures autochtones distinctives permettra d'identifier les éléments fondamentaux des sociétés autochtones distinctives qui occupaient l'Amérique du Nord avant l'arrivée des Européens.

In light of the suggestion of *Sparrow*, *supra*, and the purposes underlying s. 35(1), the following test should be used to identify whether an applicant has established an aboriginal right protected by s. 35(1): in order to be an aboriginal right an activity must be an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right.

46 À la lumière de l'idée exprimée dans *Sparrow*, précité, et des objets qui sous-tendent le par. 35(1), le critère suivant devrait être appliqué pour déterminer si le demandeur a établi l'existence d'un droit ancestral protégé par le par. 35(1): pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question.

I would note that this test is, in large part, consistent with that adopted by the judges of the British Columbia Court of Appeal. Although the various judges disagreed on such crucial questions as how the right should be framed, the relevant time at which the aboriginal culture should be examined and the role of European influences in limiting the scope of the right, all of the judges agreed that aboriginal rights must be identified through the practices, customs and traditions of aboriginal cultures. Macfarlane J.A. held at para. 20 that aboriginal rights exist where "the right had been exercised . . . for a sufficient length of time to become integral to the aboriginal society" (emphasis added); Wallace J.A. held at para. 78 that aboriginal rights are those practices "traditional and integral to the native society" (emphasis added); Lambert J.A. held at para. 131 that aboriginal rights are those "custom[s], tradition[s], or practice[s] . . . which formed an integral part of the distinctive culture of the aboriginal people in question" (emphasis added). While, as will become apparent, I do not adopt entirely the position of any of the judges at the Court of Appeal, their shared position that aboriginal rights lie in those practices,

47 Je tiens à souligner que ce critère est, dans une large mesure, conforme à celui adopté par les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Quoique ceux-ci n'aient pas tous été d'accord sur des questions cruciales telles que la manière de formuler ce droit, la période pertinente pour l'examen de la culture autochtone et le rôle des influences européennes dans la limitation de la portée de ce droit, ils ont par ailleurs tous été d'accord pour dire que les droits ancestraux doivent être identifiés au moyen des coutumes, pratiques et traditions des cultures autochtones. Le juge Macfarlane a conclu, au par. 20, que des droits ancestraux existent lorsqu'ils [TRADUCTION] «sont exercés [. . .] depuis assez longtemps pour être devenus partie intégrante de la société autochtone» (je souligne). Pour sa part, le juge Wallace a statué, au par. 78, que les droits ancestraux sont les pratiques [TRADUCTION] «traditionnelles faisant partie intégrante de la société autochtone» (je souligne). Le juge Lambert a affirmé, au par. 131, que les droits ancestraux sont [TRADUCTION] «les coutume[s], pratique[s] et tradition[s . . .] qui faisaient partie intégrante de la culture distinctive du peuple autochtone en question» (je souligne). Même si,

1996 CanLII 216 (SCC)

customs and traditions that are integral is consistent with the test I have articulated here.

Factors to be Considered in Application of the Integral to a Distinctive Culture Test

48 The test just laid out — that aboriginal rights lie in the practices, customs and traditions integral to the distinctive cultures of aboriginal peoples — requires further elaboration with regards to the nature of the inquiry a court faced with an aboriginal rights claim must undertake. I will now undertake such an elaboration, concentrating on such questions as the time period relevant to the court's inquiry, the correct approach to the evidence presented, the specificity necessary to the court's inquiry, the relationship between aboriginal rights and the rights of aboriginal people as Canadian citizens, and the standard that must be met in order for a practice, custom or tradition to be said to be "integral".

Courts must take into account the perspective of aboriginal peoples themselves

49 In assessing a claim for the existence of an aboriginal right, a court must take into account the perspective of the aboriginal people claiming the right. In *Sparrow*, *supra*, Dickson C.J. and La Forest J. held, at p. 1112, that it is "crucial to be sensitive to the aboriginal perspective itself on the meaning of the rights at stake". It must also be recognized, however, that that perspective must be framed in terms cognizable to the Canadian legal and constitutional structure. As has already been noted, one of the fundamental purposes of s. 35(1) is the reconciliation of the pre-existence of distinctive aboriginal societies with the assertion of Crown sovereignty. Courts adjudicating aboriginal rights claims must, therefore, be sensitive to the aboriginal perspective, but they must also be aware

comme cela deviendra manifeste, je n'adopte pas entièrement la position de l'un ou l'autre des juges de la Cour d'appel, leur position commune que les droits ancestraux résident dans les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante de la culture en cause est compatible avec le critère que j'ai énoncé en l'espèce.

Facteurs à prendre en considération dans l'application du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive

Il convient de préciser davantage le critère énoncé plus haut — savoir que les droits ancestraux résident dans les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante des cultures distinctives des peuples autochtones — pour ce qui concerne la nature de l'examen que doit faire le tribunal saisi de la revendication de droits ancestraux. Je vais maintenant donner ces précisions, en me concentrant sur des questions telles que la période pertinente pour cet examen, la bonne façon d'apprécier la preuve présentée, le caractère spécifique de l'examen du tribunal, le rapport entre les droits ancestraux et les droits des autochtones en tant que citoyens canadiens et, enfin, la norme à laquelle une coutume, une pratique ou une tradition doit satisfaire pour être considérée comme une «partie intégrante».

Les tribunaux doivent tenir compte du point de vue des autochtones eux-mêmes

Dans son appréciation d'une revendication invoquant l'existence d'un droit ancestral, le tribunal doit tenir compte du point de vue des autochtones qui revendiquent ce droit. Dans *Sparrow*, précité, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont décidé, à la p. 1112, qu'il est «crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause». Toutefois, il faut également reconnaître que ce point de vue doit être exprimé d'une manière compatible avec l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada. Comme il a déjà été signalé, un des objets fondamentaux du par. 35(1) est la conciliation de la préexistence de sociétés autochtones distinctives avec l'affirmation de la souveraineté de Sa Majesté. Les tribunaux appelés à statuer sur des

1996 CanLII 216 (SCC)

that aboriginal rights exist within the general legal system of Canada. To quote again Walters, at p. 413: "a morally and politically defensible conception of aboriginal rights will incorporate both [aboriginal and non-aboriginal] legal perspectives". The definition of an aboriginal right must, if it is truly to reconcile the prior occupation of Canadian territory by aboriginal peoples with the assertion of Crown sovereignty over that territory, take into account the aboriginal perspective, yet do so in terms which are cognizable to the non-aboriginal legal system.

It is possible, of course, that the Court could be said to be "reconciling" the prior occupation of Canada by aboriginal peoples with Crown sovereignty through either a narrow or broad conception of aboriginal rights; the notion of "reconciliation" does not, in the abstract, mandate a particular content for aboriginal rights. However, the only fair and just reconciliation is, as Walters suggests, one which takes into account the aboriginal perspective while at the same time taking into account the perspective of the common law. True reconciliation will, equally, place weight on each.

Courts must identify precisely the nature of the claim being made in determining whether an aboriginal claimant has demonstrated the existence of an aboriginal right

Related to this is the fact that in assessing a claim to an aboriginal right a court must first identify the nature of the right being claimed; in order to determine whether a claim meets the test of being integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right, the court must first correctly determine what it is that is being claimed. The correct characterization of the appellant's claim is of importance because whether or not the evidence supports the appellant's claim will depend, in significant part, on what, exactly, that evidence is being called to support.

revendications de droits ancestraux doivent donc se montrer ouverts au point de vue des autochtones, tout en étant conscients que les droits ancestraux existent dans les limites du système juridique canadien. Pour citer de nouveau Mark Walters, à la p. 413: [TRADUCTION] «une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera les deux points de vue juridiques [autochtone et non autochtone]». Pour concilier véritablement l'occupation antérieure du territoire canadien par les peuples autochtones avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur celui-ci, un droit ancestral doit être défini d'une manière qui, tout en tenant compte du point de vue des autochtones, soit néanmoins compatible avec le système juridique non autochtone.

Évidemment, il est possible que l'on dise que la Cour «concilie» l'occupation antérieure du pays par les peuples autochtones avec la souveraineté de Sa Majesté suivant une conception soit restrictive, soit libérale des droits ancestraux; la notion de «conciliation» ne commande pas, dans l'abstrait, que l'on donne un contenu particulier aux droits ancestraux. Cela dit, toutefois, la seule façon juste et équitable de faire cette conciliation est, comme le propose Mark Walters, de tenir compte à la fois du point de vue des autochtones et de la common law. La conciliation véritable accorde, également, de l'importance à chacun de ces éléments.

Les tribunaux doivent déterminer avec précision la nature de la revendication en cause lorsqu'il décide si le requérant autochtone a établi l'existence d'un droit ancestral

Se rattache à cette question le fait que, dans l'appréciation de la revendication d'un droit ancestral, le tribunal doit d'abord déterminer la nature du droit revendiqué. Pour juger si une revendication satisfait au critère de la partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique ce droit, le tribunal doit d'abord délimiter correctement ce qui est revendiqué. Il est important de bien caractériser la revendication de l'appelante, car la réponse à la question de savoir si la preuve étaye sa revendication dépend, dans une large mesure, de la nature précise de ce que la preuve vise à établir.

1996 CanLII 216 (SCC)

52 I would note here by way of illustration that, in my view, both the majority and the dissenting judges in the Court of Appeal erred with respect to this aspect of the inquiry. The majority held that the appellant's claim was that the practice of selling fish "on a commercial basis" constituted an aboriginal right and, in part, rejected her claim on the basis that the evidence did not support the existence of such a right. With respect, this characterization of the appellant's claim is in error; the appellant's claim was that the practice of selling fish was an aboriginal right, not that selling fish "on a commercial basis" was. It was however, equally incorrect to adopt, as Lambert J.A. did, a "social" test for the identification of the practice, tradition or custom constituting the aboriginal right. The social test casts the aboriginal right in terms that are too broad and in a manner which distracts the court from what should be its main focus — the nature of the aboriginal community's practices, customs or traditions themselves. The nature of an applicant's claim must be delineated in terms of the particular practice, custom or tradition under which it is claimed; the significance of the practice, custom or tradition to the aboriginal community is a factor to be considered in determining whether the practice, custom or tradition is integral to the distinctive culture, but the significance of a practice, custom or tradition cannot, itself, constitute an aboriginal right.

Je ferai remarquer ici, à titre d'exemple, qu'à mon sens tant les juges de la majorité que les dissidents en Cour d'appel ont fait erreur sur cet aspect de l'examen. Les juges de la majorité ont conclu que l'appelante soutenait que la pratique consistant à vendre du poisson «commercialement» constituait un droit ancestral, et ils ont en partie rejeté sa revendication pour le motif que la preuve n'appuyait pas l'existence d'un tel droit. Avec égards, cette caractérisation de la revendication de l'appelante est erronée. L'appelante prétendait que la pratique qui consiste à vendre du poisson est un droit ancestral, et non que le fait de vendre «commercialement» du poisson est un tel droit. Toutefois, il était tout aussi inexact d'adopter, comme l'a fait le juge Lambert, un critère «social» afin d'identifier la coutume, pratique ou tradition qui constitue le droit ancestral. Le critère social a pour effet de décrire le droit ancestral dans des termes trop larges et d'une façon qui éloigne le tribunal de ce qui doit être l'aspect principal de son examen — la nature des coutumes, pratiques ou traditions mêmes de la collectivité autochtone. La nature de la revendication du demandeur doit être définie en fonction de la coutume, pratique ou tradition particulière invoquée au soutien de celle-ci. L'importance de la coutume, pratique ou tradition pour la collectivité autochtone est un facteur qui doit être pris en considération pour décider si cette coutume, pratique ou tradition fait partie intégrante de la culture distinctive, mais l'importance d'une coutume, pratique ou tradition ne peut, en soi, faire de celle-ci un droit ancestral.

53 To characterize an applicant's claim correctly, a court should consider such factors as the nature of the action which the applicant is claiming was done pursuant to an aboriginal right, the nature of the governmental regulation, statute or action being impugned, and the practice, custom or tradition being relied upon to establish the right. In this case, therefore, the Court will consider the actions which led to the appellant's being charged, the fishery regulation under which she was charged and the practices, customs and traditions she invokes in support of her claim.

Pour bien caractériser la revendication du demandeur, le tribunal doit tenir compte de facteurs tels que la nature de l'acte qui, d'affirmer le demandeur, a été accompli en vertu d'un droit ancestral, la nature du règlement, de la loi ou de l'autre mesure gouvernementale contestée, ainsi que la coutume, pratique ou tradition invoquée pour établir l'existence du droit. Par conséquent, dans la présente espèce, notre Cour prendra en considération les actes qui ont conduit à l'inculpation de l'appelante, le règlement de pêche en vertu duquel elle a été inculpée et les coutumes, pratiques et traditions qu'elle invoque à l'appui de sa revendication.

1996 CanLII 216 (SCC)

It should be acknowledged that a characterization of the nature of the appellant's claim from the actions which led to her being charged must be undertaken with some caution. In order to inform the court's analysis the activities must be considered at a general rather than at a specific level. Moreover, the court must bear in mind that the activities may be the exercise in a modern form of a practice, custom or tradition that existed prior to contact, and should vary its characterization of the claim accordingly.

Il convient de reconnaître qu'il faut faire preuve de prudence en caractérisant la revendication de l'appelante à partir des actes qui ont conduit à son inculpation. Pour se guider dans son analyse, le tribunal doit examiner ces activités d'un point de vue général et non spécifique. De plus, le tribunal ne doit pas perdre de vue qu'il est possible que les activités en question soient l'exercice, sous une forme contemporaine, d'une coutume, pratique ou tradition qui existait avant le contact avec les Européens, auquel cas il doit adapter sa caractérisation de la revendication en conséquence.

In order to be integral a practice, custom or tradition must be of central significance to the aboriginal society in question

Pour faire partie intégrante d'une culture distinctive, une coutume, pratique ou tradition doit avoir une importance fondamentale pour la société autochtone concernée

To satisfy the integral to a distinctive culture test the aboriginal claimant must do more than demonstrate that a practice, custom or tradition was an aspect of, or took place in, the aboriginal society of which he or she is a part. The claimant must demonstrate that the practice, custom or tradition was a central and significant part of the society's distinctive culture. He or she must demonstrate, in other words, that the practice, custom or tradition was one of the things which made the culture of the society distinctive — that it was one of the things that truly made the society what it was.

Pour satisfaire au critère de l'élément faisant partie intégrante d'une culture distinctive, le demandeur autochtone doit non seulement démontrer qu'une coutume, pratique ou tradition était un aspect de la société autochtone à laquelle il appartient ou qu'elle y était exercée, mais en outre qu'elle était un élément fondamental et important de la culture distinctive de cette société. Autrement dit, il doit établir que la coutume, pratique ou tradition était l'une des choses qui rendaient la culture de la société distinctive — que c'était l'une des choses qui véritablement faisait de la société ce qu'elle était.

This aspect of the integral to a distinctive culture test arises from fact that aboriginal rights have their basis in the prior occupation of Canada by distinctive aboriginal societies. To recognize and affirm the prior occupation of Canada by distinctive aboriginal societies it is to what makes those societies distinctive that the court must look in identifying aboriginal rights. The court cannot look at those aspects of the aboriginal society that are true of every human society (e.g., eating to survive), nor can it look at those aspects of the aboriginal society that are only incidental or occasional to that society; the court must look instead to the defining and central attributes of the aboriginal society in question. It is only by focusing on the aspects of the aboriginal society that make that society distinctive that the definition of aboriginal

Cet aspect du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive découle du fait que les droits ancestraux sont fondés sur l'occupation antérieure du Canada par des sociétés autochtones distinctives. Pour reconnaître et confirmer l'occupation antérieure du pays par des sociétés autochtones distinctives, le tribunal doit, dans l'identification des droits ancestraux, s'attacher à ce qui rend ces sociétés distinctives. Il ne peut tenir compte des aspects de la société autochtone qui sont communs à toutes les sociétés humaines (p. ex. le fait de manger pour survivre), ni des aspects de la société autochtone qui n'ont qu'un caractère secondaire ou occasionnel; le tribunal doit plutôt s'attacher aux attributs fondamentaux de la société autochtone concernée, qui la définissent. Ce n'est que si elle s'attache aux aspects de la

1996 CanLII 216 (SCC)

rights will accomplish the purpose underlying s. 35(1).

57 Moreover, the aboriginal rights protected by s. 35(1) have been said to have the purpose of reconciling pre-existing aboriginal societies with the assertion of Crown sovereignty over Canada. To reconcile aboriginal societies with Crown sovereignty it is necessary to identify the distinctive features of those societies; it is precisely those distinctive features which need to be acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown.

58 As was noted earlier, Lambert J.A. erred when he used the significance of a practice, custom or tradition as a means of identifying what the practice, custom or tradition is; however, he was correct to recognize that the significance of the practice, custom or tradition is important. The significance of the practice, custom or tradition does not serve to identify the nature of a claim of acting pursuant to an aboriginal right; however, it is a key aspect of the court's inquiry into whether a practice, custom or tradition has been shown to be an integral part of the distinctive culture of an aboriginal community. The significance of the practice, custom or tradition will inform a court as to whether or not that practice, custom or tradition can be said to be truly integral to the distinctive culture in question.

59 A practical way of thinking about this problem is to ask whether, without this practice, custom or tradition, the culture in question would be fundamentally altered or other than what it is. One must ask, to put the question affirmatively, whether or not a practice, custom or tradition is a defining feature of the culture in question.

The practices, customs and traditions which constitute aboriginal rights are those which have continuity with the practices, customs and traditions that existed prior to contact

60 The time period that a court should consider in identifying whether the right claimed meets the

société autochtone qui rendent celle-ci distinctive que la définition des droits ancestraux permettra la réalisation de l'objet qui sous-tend le par. 35(1).

Qui plus est, les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) ont pour objet, a-t-on affirmé, de concilier les sociétés autochtones préexistantes avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur le Canada. Pour ce faire, il est nécessaire d'identifier les caractéristiques distinctives de ces sociétés, car ce sont précisément ces caractéristiques distinctives qui doivent être reconnues et conciliées avec la souveraineté de Sa Majesté.

Comme il a été indiqué précédemment, le juge Lambert a commis une erreur en se servant de l'importance d'une coutume, pratique ou tradition comme moyen d'identifier cette coutume, pratique ou tradition. Toutefois, il a eu raison de reconnaître que l'importance de la coutume, pratique ou tradition est un facteur clé. L'importance de la coutume, pratique ou tradition ne sert pas à identifier la nature de la prétention du demandeur qu'il a agi en vertu d'un droit ancestral. Cependant, il s'agit d'un aspect essentiel de l'examen du tribunal sur la question de savoir si la preuve établit qu'une coutume, pratique ou tradition fait partie intégrante de la culture distinctive d'une collectivité autochtone. L'importance de la coutume, pratique ou tradition guidera le tribunal dans son analyse de la question de savoir s'il est possible d'affirmer qu'elle fait vraiment partie intégrante de la culture distinctive en cause.

Une façon pratique d'aborder ce problème est de se demander si, sans cette coutume, pratique ou tradition, la culture en cause serait fondamentalement modifiée ou différente. Reformulée affirmativement, cette question consiste à se demander si la coutume, pratique ou tradition est une caractéristique déterminante de la culture en cause.

Constituent des droits ancestraux les coutumes, pratiques et traditions qui marquent la continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens

La période que doit prendre en considération le tribunal pour décider si le droit revendiqué satisfait

1996 CanLII 216 (SCC)

standard of being integral to the aboriginal community claiming the right is the period prior to contact between aboriginal and European societies. Because it is the fact that distinctive aboriginal societies lived on the land prior to the arrival of Europeans that underlies the aboriginal rights protected by s. 35(1), it is to that pre-contact period that the courts must look in identifying aboriginal rights.

The fact that the doctrine of aboriginal rights functions to reconcile the existence of pre-existing aboriginal societies with the sovereignty of the Crown does not alter this position. Although it is the sovereignty of the Crown that the pre-existing aboriginal societies are being reconciled with, it is to those pre-existing societies that the court must look in defining aboriginal rights. It is not the fact that aboriginal societies existed prior to Crown sovereignty that is relevant; it is the fact that they existed prior to the arrival of Europeans in North America. As such, the relevant time period is the period prior to the arrival of Europeans, not the period prior to the assertion of sovereignty by the Crown.

That this is the relevant time should not suggest, however, that the aboriginal group claiming the right must accomplish the next to impossible task of producing conclusive evidence from pre-contact times about the practices, customs and traditions of their community. It would be entirely contrary to the spirit and intent of s. 35(1) to define aboriginal rights in such a fashion so as to preclude in practice any successful claim for the existence of such a right. The evidence relied upon by the applicant and the courts may relate to aboriginal practices, customs and traditions post-contact; it simply needs to be directed at demonstrating which aspects of the aboriginal community and society have their origins pre-contact. It is those practices, customs and traditions that can be rooted in the

au critère de la partie intégrante de la culture distinctive de la collectivité autochtone qui revendique le droit en cause est la période qui a précédé le contact entre les sociétés autochtones et européennes. Comme c'est le fait que des sociétés autochtones distinctives vivaient sur le territoire avant l'arrivée des Européens qui est le fondement des droits ancestraux protégés par le par. 35(1), c'est à cette période antérieure au contact que les tribunaux doivent s'attacher dans l'identification des droits ancestraux.

Le fait que la doctrine des droits ancestraux sert à concilier la souveraineté de Sa Majesté avec l'existence de sociétés autochtones préexistantes n'y change rien. Bien que ce soit avec la souveraineté de Sa Majesté que les sociétés autochtones préexistantes sont conciliées, c'est à l'examen de ces sociétés préexistantes que doivent s'attacher les tribunaux dans la définition des droits ancestraux. Ce n'est pas le fait que des sociétés autochtones existaient avant l'affirmation de la souveraineté par Sa Majesté qui est pertinente mais le fait qu'elles existaient avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord. En conséquence, la période pertinente est celle qui a précédé l'arrivée des Européens, et non celle qui a précédé l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté.

Le fait qu'il s'agisse là de la période pertinente n'emporte cependant pas que le groupe autochtone revendiquant le droit en cause doit s'acquitter de la tâche pratiquement impossible de produire, relativement aux coutumes, pratiques et traditions de sa collectivité, une preuve concluante, datant de l'époque antérieure au contact avec les Européens. Il serait tout à fait contraire à l'esprit et au but du par. 35(1) de définir les droits ancestraux d'une manière qui, dans la pratique, vouerait à l'échec toute revendication de l'existence de tels droits. La preuve sur laquelle s'appuient le demandeur et les tribunaux peut se rapporter aux coutumes, pratiques et traditions autochtones postérieures au contact avec les Européens. Il suffit que cette preuve tende à démontrer lesquels des aspects de la collectivité et de la société autochtones datent d'avant le contact avec les Européens. Constitueront des droits ancestraux les coutumes, pratiques

1996 CanLII 216 (SCC)

pre-contact societies of the aboriginal community in question that will constitute aboriginal rights.

63 I would note in relation to this point the position adopted by Brennan J. in *Mabo*, *supra*, where he holds, at p. 60, that in order for an aboriginal group to succeed in its claim for aboriginal title it must demonstrate that the connection with the land in its customs and laws has continued to the present day:

> . . . when the tide of history has washed away any real acknowledgment of traditional law and any real observance of traditional customs, the foundation of native title has disappeared. A native title which has ceased with the abandoning of laws and customs based on tradition cannot be revived for contemporary recognition.

The relevance of this observation for identifying the rights in s. 35(1) lies not in its assertion of the effect of the disappearance of a practice, custom or tradition on an aboriginal claim (I take no position on that matter), but rather in its suggestion of the importance of considering the continuity in the practices, customs and traditions of aboriginal communities in assessing claims to aboriginal rights. It is precisely those present practices, customs and traditions which can be identified as having continuity with the practices, customs and traditions that existed prior to contact that will be the basis for the identification and definition of aboriginal rights under s. 35(1). Where an aboriginal community can demonstrate that a particular practice, custom or tradition is integral to its distinctive culture today, and that this practice, custom or tradition has continuity with the practices, customs and traditions of pre-contact times, that community will have demonstrated that the practice, custom or tradition is an aboriginal right for the purposes of s. 35(1).

64 The concept of continuity is also the primary means through which the definition and identification of aboriginal rights will be consistent with the

et traditions dont l'origine peut être attribuée aux ancêtres de la collectivité autochtone en cause, qui vivaient avant le contact avec les Européens.

Sur ce point, je tiens à souligner la position adoptée par le juge Brennan dans l'arrêt *Mabo*, précité, où il a statué, à la p. 60, que pour avoir gain de cause le groupe autochtone qui revendique un titre aborigène doit établir que le lien rattachant ses coutumes et ses lois au territoire s'est perpétué jusqu'à nos jours:

> [TRADUCTION] . . . quand, par suite de la marche du temps, les coutumes et les lois traditionnelles ont, dans les faits, cessé d'être observées, le fondement du titre aborigène a disparu. Il est impossible de faire renaître, en vue d'une reconnaissance contemporaine, un titre aborigène qui s'est éteint par suite de l'abandon des coutumes et des lois fondées sur la tradition.

La pertinence de cette observation pour l'identification des droits visés au par. 35(1) ne réside pas dans les propos concernant l'effet de la disparition d'une coutume, d'une pratique ou d'une tradition sur une revendication autochtone (je ne me prononce pas sur ce point), mais dans l'idée qui y est avancée relativement à l'importance de tenir compte, dans l'appréciation des revendications de droits ancestraux, de la continuité des coutumes, pratiques et traditions des collectivités autochtones. Ce sont précisément les coutumes, pratiques et traditions actuelles, à l'égard desquelles il est possible d'établir qu'elles marquent une continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens, qui serviront de fondement pour l'identification et la définition des droits ancestraux visés au par. 35(1). Quand une collectivité autochtone peut démontrer qu'une coutume, pratique ou tradition particulière fait partie intégrante de sa culture distinctive aujourd'hui et marque une continuité avec les coutumes, pratiques et traditions de l'époque antérieure au contact avec les Européens, cette collectivité aura fait la preuve que cette coutume, pratique ou tradition est un droit ancestral au sens du par. 35(1).

Le concept de continuité est aussi le principal moyen d'assurer que la définition et l'identification des droits ancestraux respectent la mise en

1996 CanLII 216 (SCC)

admonition in *Sparrow*, *supra*, at p. 1093, that "the phrase 'existing aboriginal rights' must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time". The concept of continuity is, in other words, the means by which a "frozen rights" approach to s. 35(1) will be avoided. Because the practices, customs and traditions protected by s. 35(1) are ones that exist today, subject only to the requirement that they be demonstrated to have continuity with the practices, customs and traditions which existed pre-contact, the definition of aboriginal rights will be one that, on its own terms, prevents those rights from being frozen in pre-contact times. The evolution of practices, customs and traditions into modern forms will not, provided that continuity with pre-contact practices, customs and traditions is demonstrated, prevent their protection as aboriginal rights.

garde faite dans *Sparrow*, précité, à la p. 1093, savoir que «l'expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps». En d'autres mots, le concept de continuité est le moyen qui permet d'éviter une interprétation du par. 35(1) fondée sur la notion de «droits figés». Comme les coutumes, pratiques et traditions que protège le par. 35(1) sont celles qui existent aujourd'hui, sous réserve seulement de l'obligation de démontrer qu'elles marquent une continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens, il faut que la définition elle-même des droits ancestraux évite que ces droits soient figés dans l'état où ils se trouvaient avant cette époque. L'évolution des coutumes, pratiques et traditions, jusque dans leur forme actuelle, ne les empêchera pas d'être protégées en tant que droits ancestraux, pourvu qu'on démontre qu'elles marquent une continuité avec les coutumes, pratiques et traditions d'avant le contact avec les Européens.

I would note that the concept of continuity does not require aboriginal groups to provide evidence of an unbroken chain of continuity between their current practices, customs and traditions, and those which existed prior to contact. It may be that for a period of time an aboriginal group, for some reason, ceased to engage in a practice, custom or tradition which existed prior to contact, but then resumed the practice, custom or tradition at a later date. Such an interruption will not preclude the establishment of an aboriginal right. Trial judges should adopt the same flexibility regarding the establishment of continuity that, as is discussed, *infra*, they are to adopt with regards to the evidence presented to establish the prior-to-contact practices, customs and traditions of the aboriginal group making the claim to an aboriginal right.

65 Je tiens à faire remarquer que le concept de continuité n'exige pas que les groupes autochtones fassent la preuve d'une continuité parfaite entre leurs coutumes, pratiques et traditions actuelles et celles qui existaient avant le contact avec les Européens. Il est possible que, pour une raison ou pour une autre, un groupe autochtone ait, pendant une certaine période, cessé de respecter une coutume, pratique ou tradition qui existait avant le contact avec les Européens, mais qu'il l'ait reprise ultérieurement. Une telle interruption n'empêche pas l'établissement d'un droit ancestral. Les juges qui entendent les procès devraient faire montre de la même souplesse relativement à la preuve de la continuité qu'en ce qui concerne, comme il est expliqué plus loin, la preuve présentée dans le but d'établir l'existence, avant le contact avec les Européens, des coutumes, pratiques et traditions du groupe autochtone qui revendique un droit ancestral.

Further, I would note that basing the identification of aboriginal rights in the period prior to contact is not inconsistent with the fact that s. 35(2) of the *Constitution Act, 1982* includes within the defi-

66 Qui plus est, je tiens aussi à souligner que le fait de se reporter à la période antérieure au contact avec les Européens pour identifier les droits ancestraux n'est pas incompatible avec le fait que, aux

1996 CanLII 216 (SCC)

nition of "aboriginal peoples of Canada" the Métis people of Canada.

67 Although s. 35 includes the Métis within its definition of "aboriginal peoples of Canada", and thus seems to link their claims to those of other aboriginal peoples under the general heading of "aboriginal rights", the history of the Métis, and the reasons underlying their inclusion in the protection given by s. 35, are quite distinct from those of other aboriginal peoples in Canada. As such, the manner in which the aboriginal rights of other aboriginal peoples are defined is not necessarily determinative of the manner in which the aboriginal rights of the Métis are defined. At the time when this Court is presented with a Métis claim under s. 35 it will then, with the benefit of the arguments of counsel, a factual context and a specific Métis claim, be able to explore the question of the purposes underlying s. 35's protection of the aboriginal rights of Métis people, and answer the question of the kinds of claims which fall within s. 35(1)'s scope when the claimants are Métis. The fact that, for other aboriginal peoples, the protection granted by s. 35 goes to the practices, customs and traditions of aboriginal peoples prior to contact, is not necessarily relevant to the answer which will be given to that question. It may, or it may not, be the case that the claims of the Métis are determined on the basis of the pre-contact practices, customs and traditions of their aboriginal ancestors; whether that is so must await determination in a case in which the issue arises.

termes du par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les Métis sont compris dans la définition de «peuples autochtones du Canada».

Même si les Métis sont compris dans la définition de «peuples autochtones du Canada» à l'art. 35 et que, de ce fait, leurs revendications semblent rattachées à celles des autres peuples autochtones, sous la rubrique générale «droits ancestraux», l'histoire des Métis et les raisons qui sous-tendent leur inclusion pour qu'ils bénéficient de la protection accordée par l'art. 35 diffèrent considérablement de celles qui concernent les autres peuples autochtones du Canada. Comme telle, la manière dont les droits ancestraux des autres peuples autochtones sont définis n'est pas nécessairement déterminante en ce qui concerne la manière dont sont définis ceux des Métis. Lorsque notre Cour sera saisie d'une revendication présentée par des Métis en vertu de l'art. 35, elle sera alors à même, grâce aux arguments des avocats, du contexte factuel et du fait que la revendication touche spécifiquement les Métis, d'examiner la question des objets qui sous-tendent la protection accordée par l'art. 35 aux droits ancestraux des Métis et de déterminer le genre de revendications qui relèvent du par. 35(1) dans les cas où les demandeurs sont des Métis. Le fait que, en ce qui concerne d'autres peuples autochtones, l'art. 35 protège leurs coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens n'est pas nécessairement pertinent pour ce qui est de la réponse qui sera donnée à cette question. Il est possible qu'il soit statué sur les revendications des Métis sur la base des coutumes, pratiques et traditions de leurs ancêtres autochtones avant le contact avec les Européens, mais il se peut aussi que non. Il faudra attendre une affaire où cette question se posera avant de connaître la réponse.

1996 CanLII 216 (SCC)

Courts must approach the rules of evidence in light of the evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims

Dans l'application des règles de preuve, les tribunaux doivent tenir compte des difficultés inhérentes à l'examen des affaires concernant des revendications autochtones

68 In determining whether an aboriginal claimant has produced evidence sufficient to demonstrate that her activity is an aspect of a practice, custom or tradition integral to a distinctive aboriginal cul-

Pour déterminer si un demandeur autochtone a produit une preuve suffisante pour établir que ses activités sont un aspect d'une coutume, pratique ou tradition qui fait partie intégrante d'une culture

ture, a court should approach the rules of evidence, and interpret the evidence that exists, with a consciousness of the special nature of aboriginal claims, and of the evidentiary difficulties in proving a right which originates in times where there were no written records of the practices, customs and traditions engaged in. The courts must not undervalue the evidence presented by aboriginal claimants simply because that evidence does not conform precisely with the evidentiary standards that would be applied in, for example, a private law torts case.

autochtone distinctive, le tribunal doit appliquer les règles de preuve et interpréter la preuve existante en étant conscient de la nature particulière des revendications des autochtones et des difficultés que soulève la preuve d'un droit qui remonte à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit. Les tribunaux doivent se garder d'accorder un poids insuffisant à la preuve présentée par les demandeurs autochtones simplement parce que cette preuve ne respecte pas de façon précise les normes qui seraient appliquées dans une affaire de responsabilité civile délictuelle par exemple.

1996 CanLII 216 (SCC)

Claims to aboriginal rights must be adjudicated on a specific rather than general basis

Les revendications de droits ancestraux doivent être tranchées de manière spécifique et non générale

Courts considering a claim to the existence of an aboriginal right must focus specifically on the practices, customs and traditions of the particular aboriginal group claiming the right. In the case of *Kruger*, *supra*, this Court rejected the notion that claims to aboriginal rights could be determined on a general basis. This position is correct; the existence of an aboriginal right will depend entirely on the practices, customs and traditions of the particular aboriginal community claiming the right. As has already been suggested, aboriginal rights are constitutional rights, but that does not negate the central fact that the interests aboriginal rights are intended to protect relate to the specific history of the group claiming the right. Aboriginal rights are not general and universal; their scope and content must be determined on a case-by-case basis. The fact that one group of aboriginal people has an aboriginal right to do a particular thing will not be, without something more, sufficient to demonstrate that another aboriginal community has the same aboriginal right. The existence of the right will be specific to each aboriginal community.

69

Le tribunal saisi d'une revendication fondée sur l'existence d'un droit ancestral doit s'attacher spécifiquement à l'examen des coutumes, pratiques et traditions du groupe autochtone qui revendique ce droit. Dans *Kruger*, précité, notre Cour a rejeté l'idée que les revendications de droits ancestraux pouvaient être tranchées de manière générale. Cette position est bien fondée. L'existence d'un droit ancestral dépend entièrement des coutumes, pratiques et traditions de la collectivité autochtone qui revendique le droit. Comme il a été dit plus tôt, même si les droits ancestraux sont des droits constitutionnels, cela n'enlève rien au fait capital que les intérêts que les droits ancestraux sont censés protéger se rapportent à l'histoire spécifique du groupe qui revendique le droit. Les droits ancestraux n'ont pas un caractère général et universel. Leur portée et leur contenu doivent être déterminés au cas par cas. Le fait qu'un groupe autochtone possède le droit ancestral de faire une chose donnée ne permet pas, à lui seul, d'établir qu'une autre collectivité autochtone a le même droit. L'existence du droit en question dépendra de la situation spécifique de chaque collectivité autochtone.

For a practice, custom or tradition to constitute an aboriginal right it must be of independent

Pour qu'une coutume, une pratique ou une tradition constitue un droit ancestral, elle doit avoir

significance to the aboriginal culture in which it exists

70 In identifying those practices, customs and traditions that constitute the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1), a court must ensure that the practice, custom or tradition relied upon in a particular case is independently significant to the aboriginal community claiming the right. The practice, custom or tradition cannot exist simply as an incident to another practice, custom or tradition but must rather be itself of integral significance to the aboriginal society. Where two customs exist, but one is merely incidental to the other, the custom which is integral to the aboriginal community in question will qualify as an aboriginal right, but the custom that is merely incidental will not. Incidental practices, customs and traditions cannot qualify as aboriginal rights through a process of piggybacking on integral practices, customs and traditions.

une importance particulière pour la culture autochtone où elle existe

Le tribunal appelé à identifier les coutumes, pratiques et traditions qui constituent les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doit s'assurer que la coutume, la pratique ou la tradition invoquée dans un cas donné revêt une importance particulière pour la collectivité autochtone qui revendique le droit. Il ne doit pas s'agir d'une coutume, pratique ou tradition simplement accessoire d'une autre coutume, pratique ou tradition, mais elle doit plutôt présenter elle-même une importance fondamentale pour la société autochtone concernée. Lorsqu'il existe deux coutumes, mais que l'une d'elles est simplement un accessoire de l'autre, la coutume qui fait partie intégrante de la culture de la collectivité autochtone en cause sera considérée comme un droit ancestral, mais pas celle qui a simplement un caractère accessoire. Les coutumes, pratiques et traditions accessoires ne peuvent être considérées comme des droits ancestraux du fait qu'elles se greffent sur des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante d'une culture.

The integral to a distinctive culture test requires that a practice, custom or tradition be distinctive; it does not require that that practice, custom or tradition be distinct

71 The standard which a practice, custom or tradition must meet in order to be recognized as an aboriginal right is not that it be distinct to the aboriginal culture in question; the aboriginal claimants must simply demonstrate that the practice, custom or tradition is distinctive. A tradition or custom that is distinct is one that is unique — "different in kind or quality; unlike" (*Concise Oxford Dictionary*, *supra*). A culture with a distinct tradition must claim that in having such a tradition it is different from other cultures; a claim of distinctness is, by its very nature, a claim relative to other cultures or traditions. By contrast, a culture that claims that a practice, custom or tradition is distinctive — "distinguishing, characteristic" — makes a claim that is not relative; the claim is rather one about the culture's own practices, customs or traditions considered apart from the prac-

Le critère de la partie intégrante d'une culture distinctive exige qu'une coutume, pratique ou tradition soit distinctive, non pas qu'elle soit distincte

La norme qui doit être respectée par une coutume, pratique ou tradition pour être reconnue comme un droit ancestral n'est pas qu'elle soit une coutume, pratique ou tradition distincte, propre à la culture autochtone en cause. Les demandeurs autochtones doivent simplement montrer que la coutume, pratique ou tradition en cause est distinctive. Est une coutume, pratique ou tradition distincte une coutume, pratique ou tradition qui est *unique* — [TRADUCTION] «qui se distingue par sa nature ou sa qualité; différente» (*Concise Oxford Dictionary*, *loc. cit.*) Une culture qui possède une tradition distincte doit affirmer que, du fait de cette tradition, elle est différente des autres cultures. Une prétention à la différence appelle, de par sa nature même, une comparaison avec d'autres cultures ou traditions. Par contraste, la culture qui prétend qu'une coutume, pratique ou tradition est dis-

1996 CanLII 216 (SCC)

tices, customs or traditions of any other culture. It is a claim that this tradition or custom makes the culture what it is, not that the practice, custom or tradition is different from the practices, customs or traditions of another culture. The person or community claiming the existence of an aboriginal right protected by s. 35(1) need only show that the particular practice, custom or tradition which it is claiming to be an aboriginal right is distinctive, not that it is distinct.

tinctive — «qui permet de distinguer, caractéristique» — ne fait pas de comparaison. Sa prétention se rapporte plutôt à ses propres coutumes, pratiques et traditions, considérées indépendamment de celles de toute autre culture. La culture en question prétend que cette coutume, pratique ou tradition fait d'elle ce qu'elle est, et non que la coutume, pratique ou tradition est différente de celles d'une autre culture. La personne ou la collectivité qui prétend à l'existence d'un droit ancestral protégé par le par. 35(1) n'a qu'à démontrer que la coutume, pratique ou tradition particulière qu'elle revendique comme un droit ancestral est distinctive, et non qu'elle est distincte.

That the standard an aboriginal community must meet is distinctiveness, not distinctness, arises from the recognition in *Sparrow*, *supra*, of an aboriginal right to fish for food. Certainly no aboriginal group in Canada could claim that its culture is "distinct" or unique in fishing for food; fishing for food is something done by many different cultures and societies around the world. What the Musqueam claimed in *Sparrow*, *supra*, was rather that it was fishing for food which, in part, made Musqueam culture what it is; fishing for food was characteristic of Musqueam culture and, therefore, a distinctive part of that culture. Since it was so it constituted an aboriginal right under s. 35(1).

Le fait que la norme à laquelle doit satisfaire une collectivité autochtone est celle du caractère distinctif et non du caractère distinct découle de la reconnaissance, dans *Sparrow*, précité, de l'existence d'un droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires. Il est certain qu'aucun groupe autochtone au Canada ne saurait prétendre que sa culture est «distincte» ou unique du fait qu'il pêche à des fins alimentaires. La pêche à des fins alimentaires est en effet pratiquée par bon nombre de cultures et de sociétés différentes aux quatre coins du monde. Ce que les Musqueams soutenaient dans *Sparrow*, précité, c'était plutôt que cette pêche contribuait à faire de la culture musqueam ce qu'elle est. La pêche à des fins alimentaires était caractéristique de la culture musqueam et, par conséquent, un élément distinctif de cette culture. De ce fait, elle constituait un droit ancestral visé au par. 35(1).

The influence of European culture will only be relevant to the inquiry if it is demonstrated that the practice, custom or tradition is only integral because of that influence

L'influence de la culture européenne n'est pertinente, dans le cadre de l'examen, que s'il est démontré que la coutume, la pratique ou la tradition ne fait partie intégrante de la culture qu'en raison de cette influence

The fact that Europeans in North America engaged in the same practices, customs or traditions as those under which an aboriginal right is claimed will only be relevant to the aboriginal claim if the practice, custom or tradition in question can only be said to exist because of the influence of European culture. If the practice, custom or tradition was an integral part of the aboriginal community's culture prior to contact with Europe-

Le fait que les Européens aient eu, en Amérique du Nord, des coutumes, pratiques ou traditions identiques à celles invoquées pour revendiquer un droit ancestral n'est pertinent pour l'appréciation de la revendication autochtone que s'il est possible d'affirmer que la coutume, pratique ou tradition en question n'existe qu'en raison de l'influence de la culture européenne. Si la coutume, pratique ou tradition faisait partie intégrante de la culture d'une

1996 CanLII 216 (SCC)

ans, the fact that that practice, custom or tradition continued after the arrival of Europeans, and adapted in response to their arrival, is not relevant to determination of the claim; European arrival and influence cannot be used to deprive an aboriginal group of an otherwise valid claim to an aboriginal right. On the other hand, where the practice, custom or tradition arose solely as a response to European influences then that practice, custom or tradition will not meet the standard for recognition of an aboriginal right.

collectivité autochtone avant le contact avec les Européens, le fait que cette coutume, pratique ou tradition se soit poursuivie après l'arrivée de ceux-ci et se soit adaptée en réaction à cet événement, n'est pas pertinent pour l'appréciation de la revendication. L'arrivée et l'influence des Européens ne peuvent être invoquées pour rejeter la revendication, par ailleurs valide, d'un droit ancestral présentée par un groupe autochtone. En revanche, si la coutume, pratique ou tradition n'est que le fruit des influences européennes, alors elle ne respecte pas la norme applicable pour la reconnaissance d'un droit ancestral.

1996 CanLII 216 (SCC)

Courts must take into account both the relationship of aboriginal peoples to the land and the distinctive societies and cultures of aboriginal peoples

Les tribunaux doivent tenir compte à la fois des rapports qu'entretiennent les peuples autochtones avec le territoire et des cultures et sociétés distinctives de ces peuples

74 As was noted in the discussion of the purposes of s. 35(1), aboriginal rights and aboriginal title are related concepts; aboriginal title is a subcategory of aboriginal rights which deals solely with claims of rights to land. The relationship between aboriginal title and aboriginal rights must not, however, confuse the analysis of what constitutes an aboriginal right. Aboriginal rights arise from the prior occupation of land, but they also arise from the prior social organization and distinctive cultures of aboriginal peoples on that land. In considering whether a claim to an aboriginal right has been made out, courts must look at both the relationship of an aboriginal claimant to the land and at the practices, customs and traditions arising from the claimant's distinctive culture and society. Courts must not focus so entirely on the relationship of aboriginal peoples with the land that they lose sight of the other factors relevant to the identification and definition of aboriginal rights.

Comme il a été dit durant l'examen des objets du par. 35(1), les droits ancestraux et le titre aborigène sont des notions connexes. En effet, le titre aborigène est une sous-catégorie de droits ancestraux qui concerne seulement les revendications de droits fonciers. Toutefois, le rapport entre le titre aborigène et les droits ancestraux ne doit pas embrouiller l'analyse de ce qui constitue un droit ancestral. Les droits ancestraux découlent non seulement de l'occupation antérieure du territoire, mais aussi de l'organisation sociale antérieure et des cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire. Pour déterminer si le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral a été établi, les tribunaux doivent considérer et les rapports qu'entretient le demandeur autochtone avec le territoire et les coutumes, pratiques et traditions de la société à laquelle il appartient et de la culture distinctive de cette société. Ils ne doivent pas se concentrer sur les rapports qu'entretiennent les peuples autochtones avec le territoire au point de négliger les autres facteurs pertinents pour l'identification et la définition des droits ancestraux.

75 With these factors in mind I will now turn to the particular claim made by the appellant in this case to have been acting pursuant to an aboriginal right.

Conscient de ces facteurs, je vais maintenant aborder la prétention particulière avancée par l'appelante en l'espèce, savoir qu'elle a agi en vertu d'un droit ancestral.

Application of the Integral to a Distinctive Culture Test to the Appellant's Claim

The first step in the application of the integral to a distinctive culture test requires the court to identify the precise nature of the appellant's claim to have been exercising an aboriginal right. In this case the most accurate characterization of the appellant's position is that she is claiming an aboriginal right to exchange fish for money or for other goods. She is claiming, in other words, that the practices, customs and traditions of the Sto:lo include as an integral part the exchange of fish for money or other goods.

That this is the nature of the appellant's claim can be seen through both the specific acts which led to her being charged and through the regulation under which she was charged. Mrs. Van der Peet sold 10 salmon for $50. Such a sale, especially given the absence of evidence that the appellant had sold salmon on other occasions or on a regular basis, cannot be said to constitute a sale on a "commercial" or market basis. These actions are instead best characterized in the simple terms of an exchange of fish for money. It follows from this that the aboriginal right pursuant to which the appellant is arguing that her actions were taken is, like the actions themselves, best characterized as an aboriginal right to exchange fish for money or other goods.

Moreover, the regulations under which the appellant was charged prohibit all sale or trade of fish caught pursuant to an Indian food fish licence. As such, to argue that those regulations implicate the appellant's aboriginal right requires no more of her than that she demonstrate an aboriginal right to the exchange of fish for money (sale) or other goods (trade). She does not need to demonstrate an aboriginal right to sell fish commercially.

Application à la revendication de l'appelante du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive

Conformément à la première étape de l'application du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive, le tribunal doit identifier la nature précise de la prétention de l'appelante qu'elle exerçait un droit ancestral. En l'espèce, la façon la plus précise de décrire la position de l'appelante consiste à dire qu'elle revendique un droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens. Autrement dit, elle soutient que les coutumes, pratiques et traditions des Sto:lo incluent, en tant que partie intégrante de leur culture, l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens. 76

Cette description de la nature de la revendication de l'appelante ressort à la fois des actes spécifiques qui ont conduit à son inculpation et du règlement en vertu duquel elle a été inculpée. Madame Van der Peet a vendu 10 saumons pour 50 $. Compte tenu particulièrement de l'absence de preuve indiquant que l'appelante avait déjà vendu du saumon ou qu'elle en vendait régulièrement, il est impossible d'affirmer qu'il s'agit d'une vente «commerciale» ou sur le marché. La meilleure façon de décrire ces actions est plutôt de les qualifier simplement d'échange de poisson contre de l'argent. Il s'ensuit que la meilleure façon de caractériser tant le droit ancestral en vertu duquel l'appelante prétend avoir accompli ces actions, que les actions elles-mêmes, est de les qualifier de droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens. 77

De plus, le règlement en application duquel l'appelante a été inculpée interdit complètement la vente ou l'échange de poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens. En conséquence, pour établir que ce règlement met en jeu son droit ancestral, l'appelante n'a qu'à démontrer l'existence d'un droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent (vente) ou d'autres biens (échange). Elle n'a pas à établir l'existence d'un droit ancestral de vendre du poisson commercialement. 78

1996 CanLII 216 (SCC)

79 The appellant herself characterizes her claim as based on a right "to sufficient fish to provide for a moderate livelihood". In so doing the appellant relies on the "social" test adopted by Lambert J.A. at the British Columbia Court of Appeal. As has already been noted, however, a claim to an aboriginal right cannot be based on the significance of an aboriginal practice, custom or tradition to the aboriginal community in question. The definition of aboriginal rights is determined through the process of determining whether a particular practice, custom or tradition is integral to the distinctive culture of the aboriginal group. The significance of the practice, custom or tradition is relevant to the determination of whether that practice, custom or tradition is integral, but cannot itself constitute the claim to an aboriginal right. As such, the appellant's claim cannot be characterized as based on an assertion that the Sto:lo's use of the fishery, and the practices, customs and traditions surrounding that use, had the significance of providing the Sto:lo with a moderate livelihood. It must instead be based on the actual practices, customs and traditions related to the fishery, here the custom of exchanging fish for money or other goods.

80 Having thus identified the nature of the appellant's claim, I turn to the fundamental question of the integral to a distinctive culture test: Was the practice of exchanging fish for money or other goods an integral part of the specific distinctive culture of the Sto:lo prior to contact with Europeans? In answering this question it is necessary to consider the evidence presented at trial, and the findings of fact made by the trial judge, to determine whether the evidence and findings support the appellant's claim that the sale or trade of fish is an integral part of the distinctive culture of the Sto:lo.

81 It is a well-settled principle of law that when an appellate court reviews the decision of a trial judge that court must give considerable deference to the

L'appelante elle-même soutient que sa revendication est fondée sur le droit à [TRADUCTION] «suffisamment de poisson pour assurer une subsistance convenable». Ce faisant, elle s'appuie sur le critère «social» adopté par le juge Lambert de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Toutefois, comme il a été dit précédemment, la revendication d'un droit ancestral ne peut pas être fondée sur l'importance d'une coutume, pratique ou tradition autochtone pour la collectivité autochtone en cause. Pour définir des droits ancestraux, il faut déterminer si une coutume, pratique ou tradition donnée fait partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone concerné. L'importance de cette coutume, pratique ou tradition est pertinente pour décider si celle-ci fait partie intégrante de la culture, mais elle ne peut à elle seule justifier le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral. Par conséquent, la revendication de l'appelante ne saurait être fondée sur l'assertion que l'utilisation de la pêcherie par les Sto:lo ainsi que les coutumes, pratiques et traditions rattachées à cette utilisation étaient importantes en ce qu'elles assuraient aux Sto:lo une subsistance convenable. Elle doit plutôt être fondée sur les coutumes, pratiques et traditions se rattachant concrètement à la pêcherie, en l'occurrence la coutume d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens.

Après avoir identifié de la sorte la nature de la revendication de l'appelante, j'aborde maintenant la question fondamentale que pose le critère de la partie intégrante d'une culture distinctive: La pratique d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait-elle partie intégrante de la culture distinctive spécifique des Sto:lo avant le contact avec les Européens? Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'examiner la preuve présentée au procès ainsi que les conclusions de fait tirées par le juge du procès afin de déterminer si cette preuve et ces conclusions étayent l'affirmation de l'appelante que la vente ou l'échange de poisson font partie intégrante de la culture distinctive des Sto:lo.

Selon un principe juridique bien établi, lorsqu'une cour d'appel examine la décision du juge du procès, elle doit faire montre d'une retenue con-

1996 CanLII 216 (SCC)

trial judge's findings of fact, particularly where those findings of fact are based on the trial judge's assessment of the testimony and credibility of witnesses. In *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, Ritchie J., speaking for the Court, held at p. 808 that absent a "palpable and overriding error" affecting the trial judge's assessment of the facts, an appellate court should not substitute its own findings of fact for those of the trial judge:

> These authorities are not to be taken as meaning that the findings of fact made at trial are immutable, but rather that they are not to be reversed unless it can be established that the learned trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts. While the Court of Appeal is seized with the duty of re-examining the evidence in order to be satisfied that no such error occurred, it is not, in my view, a part of its function to substitute its assessment of the balance of probability for the findings of the judge who presided at the trial.

This principle has also been followed in more recent decisions of this Court: *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2, at pp. 8-9; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at p. 794; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 426. In the recently released decision of *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, La Forest J. made the following observation at para. 32, with which I agree, regarding appellate court deference to findings of fact:

> Unlimited intervention by appellate courts would greatly increase the number and the length of appeals generally. Substantial resources are allocated to trial courts to go through the process of assessing facts. The autonomy and integrity of the trial process must be preserved by exercising deference towards the trial courts' findings of fact . . . This explains why the rule applies not only when the credibility of witnesses is at issue, although in such a case it may be more strictly applied, but also to all conclusions of fact made by the trial judge. . . .

I would also note that the principle of appellate court deference has been held to apply equally to findings of fact made on the basis of the trial

sidérable à l'égard des conclusions de fait du juge, en particulier lorsque ces conclusions de fait sont fondées sur son appréciation des témoignages et de la crédibilité des témoins. Dans l'arrêt *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, le juge Ritchie, au nom de la Cour, a conclu, à la p. 808, que, en l'absence d'«erreur manifeste et dominante» ayant faussé l'appréciation des faits par le juge du procès, une cour d'appel ne doit pas substituer ses propres conclusions sur les faits à celles tirées par ce dernier:

> On ne doit pas considérer que ces arrêts signifient que les conclusions sur les faits tirées en première instance sont intangibles, mais plutôt qu'elles ne doivent pas être modifiées à moins qu'il ne soit établi que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits. Bien que la Cour d'appel ait l'obligation de réexaminer la preuve afin de s'assurer qu'aucune erreur de ce genre n'a été commise, j'estime qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation de la prépondérance des probabilités aux conclusions tirées par le juge qui a présidé le procès.

Ce principe a également été suivi dans des arrêts plus récents de notre Cour: *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, aux pp. 8 et 9; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, à la p. 794; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, à la p. 426. Dans l'arrêt récent *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, le juge La Forest a, au par. 32, fait l'observation suivante, à laquelle je souscris, au sujet de la retenue dont doivent faire montre les cours d'appel à l'égard des conclusions de fait:

> Une intervention illimitée des cours d'appel ferait augmenter considérablement le nombre et la durée des appels en général. D'importantes ressources sont mises à la disposition des tribunaux de première instance pour qu'ils puissent évaluer les faits. Il faut préserver l'autonomie et l'intégrité du procès en faisant preuve de retenue à l'égard des conclusions de fait des tribunaux de première instance; [. . .] Cela explique pourquoi la règle s'applique non seulement lorsque la crédibilité des témoins est en cause, quoiqu'elle puisse alors s'appliquer plus strictement, mais également à toutes les conclusions de fait tirées par le juge de première instance. . .

Je souligne également qu'il a été décidé que le principe de la retenue par les cours d'appel s'applique aussi aux conclusions de fait du juge de pre-

1996 CanLII 216 (SCC)

judge's assessment of the credibility of the testimony of expert witnesses, *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247, at pp. 1249-50.

82 In the case at bar, Scarlett Prov. Ct. J., the trial judge, made findings of fact based on the testimony and evidence before him, and then proceeded to make a determination as to whether those findings of fact supported the appellant's claim to the existence of an aboriginal right. The second stage of Scarlett Prov. Ct. J.'s analysis — his determination of the scope of the appellant's aboriginal rights on the basis of the facts as he found them — is a determination of a question of law which, as such, mandates no deference from this Court. The first stage of Scarlett Prov. Ct. J.'s analysis, however — the findings of fact from which that legal inference was drawn — do mandate such deference and should not be overturned unless made on the basis of a "palpable and overriding error". This is particularly the case given that those findings of fact were made on the basis of Scarlett Prov. Ct. J.'s assessment of the credibility and testimony of the various witnesses appearing before him.

83 In adjudicating this case Scarlett Prov. Ct. J. obviously did not have the benefit of direction from this Court as to how the rights recognized and affirmed by s. 35(1) are to be defined, with the result that his legal analysis of the evidence was not entirely correct; however, that Scarlett Prov. Ct. J. was not entirely correct in his legal analysis of the facts as he found them does not mean that he made a clear and palpable error in reviewing the evidence and making those findings of fact. Indeed, a review of the transcript and exhibits submitted to this Court demonstrate that Scarlett Prov. Ct. J. conducted a thorough and compelling review of the evidence before him and committed no clear and palpable error which would justify this Court, or any other appellate court, in substituting its findings of fact for his. Moreover, I would note that the appellant, while disagreeing with Scarlett Prov. Ct. J.'s legal analysis of the facts, made no

mière instance qui sont fondées sur son appréciation de la crédibilité des témoignages d'experts: *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247, aux pp. 1249 et 1250.

Dans le cas qui nous occupe, le juge Scarlett de la Cour provinciale, juge du procès, a tiré des conclusions de fait fondées sur les témoignages et les autres éléments de preuve qui lui ont été présentés, puis il s'est demandé si ces conclusions de fait étayaient l'existence du droit ancestral revendiqué par l'appelante. Dans la deuxième étape de son analyse — la détermination de la portée des droits ancestraux de l'appelante à la lumière de ses conclusions de fait — le juge Scarlett tranche une question de droit qui, en tant que telle, ne commande aucune retenue de la part de notre Cour. Toutefois, la première étape de son analyse — savoir les conclusions de fait à partir desquelles cette inférence juridique est tirée — commande une telle retenue, et ces conclusions ne doivent pas être modifiées, sauf si elles résultent d'une «erreur manifeste et dominante». C'est particulièrement le cas, en l'espèce, étant donné que ces conclusions de fait sont fondées sur l'appréciation qu'a faite le juge Scarlett de la crédibilité des divers témoins qui ont comparu devant lui et de leurs dépositions.

Il va de soi que, lorsqu'il a statué sur la présente affaire, le juge Scarlett ne disposait pas des indications de notre Cour sur la façon dont il faut s'y prendre pour définir les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1), de sorte que son analyse juridique de la preuve n'était pas entièrement exacte. Cependant, le fait que l'analyse juridique des faits par le juge Scarlett n'ait pas été entièrement exacte ne signifie pas qu'il a fait une erreur manifeste en examinant la preuve et en tirant ces conclusions de fait. De fait, il ressort de l'examen de la transcription des débats et des pièces soumises à notre Cour que le juge Scarlett a fait une analyse approfondie et convaincante de la preuve qui lui a été présentée, et qu'il n'a commis aucune erreur manifeste qui justifierait notre Cour, ou toute autre cour d'appel, de substituer ses conclusions de fait aux siennes. De plus, je tiens à souligner que, même si elle a exprimé son désaccord

1996 CanLII 216 (SCC)

arguments suggesting that in making findings of fact from the evidence before him Scarlett Prov. Ct. J. committed a palpable and overriding error.

Scarlett Prov. Ct. J. carefully considered all of the testimony presented by the various witnesses with regards to the nature of Sto:lo society and came to the following conclusions at p. 160:

Clearly, the Sto:lo fish for food and ceremonial purposes. Evidence presented did not establish a regularized market system in the exchange of fish. Such fish as were exchanged through individual trade, gift, or barter were fish surplus from time to time. Natives did not fish to supply a market, there being no regularized trading system, nor were they able to preserve and store fish for extended periods of time. A market as such for salmon was not present but created by European traders, primarily the Hudson's Bay Company. At Fort Langley the Sto:lo were able to catch and deliver fresh salmon to the traders where it was salted and exported. This use was clearly different in nature and quantity from aboriginal activity. Trade in dried salmon with the fort was clearly dependent upon Sto:lo first satisfying their own requirements for food and ceremony.

This court was not satisfied upon the evidence that aboriginal trade in salmon took place in any regularized or market sense. Oral evidence demonstrated that trade was incidental to fishing for food purposes. Anthropological and archaeological evidence was in conflict. This Court accepts the evidence of Dr. Stryd and John Dewhurst [*sic*] in preference to Dr. Daly and therefore, accepts that the Sto:lo were a band culture as opposed to tribal. While bands were guided by siem or prominent families, no regularized trade in salmon existed in aboriginal times. Such trade as took place was either for ceremonial purposes or opportunistic exchanges taking place on a casual basis. Such trade as did take place was incidental only. Evidence led by the Crown that the Sto:lo had no access to salt for food preservation is accepted.

avec l'analyse juridique des faits du juge Scarlett, l'appelante n'a aucunement prétendu que le juge Scarlett aurait, en tirant ses conclusions de fait de la preuve qui lui a été soumise, commis une erreur manifeste et dominante.

Le juge Scarlett de la Cour provinciale a soigneusement étudié les dépositions des divers témoins quant à la nature de la société sto:lo et il a tiré les conclusions suivantes, à la p. 160:

[TRADUCTION] De toute évidence, les Sto:lo pêchent à des fins alimentaires et rituelles. La preuve présentée n'a pas établi l'existence d'un système de marché organisé d'échange du poisson. Le poisson qui changeait de mains par suite d'échange, de don ou de troc individuel était le poisson excédentaire disponible à l'occasion. Les autochtones ne pêchaient pas pour approvisionner un marché, puisqu'il n'existait aucun système de marché organisé, et qu'ils n'étaient pas capables de conserver et d'emmagasiner le poisson durant de longues périodes. Il n'existait pas comme tel de marché pour le saumon, celui-ci a été créé par les marchands européens, principalement la Compagnie de la Baie d'Hudson. À Fort Langley, les Sto:lo pouvaient prendre et livrer du saumon frais aux marchands, qui le salaient et l'exportaient. Cette utilisation de la ressource était manifestement différente des activités autochtones, tant de par sa nature que de par les quantités en cause. Le commerce du saumon séché avec le fort était manifestement subordonné à la satisfaction par les Sto:lo, en premier lieu, de leurs propres besoins alimentaires et rituels.

La présente cour n'est pas convaincue, à la lumière de la preuve, que le commerce du saumon existait chez les autochtones au sens d'un commerce organisé d'un marché. Il ressort des témoignages oraux que le commerce était un aspect accessoire de la pêche pratiquée à des fins alimentaires. Les éléments de preuve anthropologique et archéologique étaient contradictoires. La présente cour préfère les témoignages de M. Stryd et de John Dewhurst [*sic*] à celui de M. Daly et, en conséquence, accepte que la culture des Sto:lo était celle d'une bande plutôt que d'une tribu. Même si les bandes étaient guidées par des siem ou familles importantes, il n'y avait pas de commerce organisé du saumon au temps des aborigènes. Le commerce qui se faisait résultait soit d'échanges faits à des fins rituelles soit d'échanges découlant d'occasions fortuites. Ces échanges avaient seulement un caractère accessoire. La preuve présentée par le ministère public que les Sto:lo ne disposaient pas de sel permettant de conserver le poisson est acceptée.

84
1996 CanLII 216 (SCC)

Exchange of fish was subject to local conditions of availability, transportation and preservation. It was the establishment by the Hudson's Bay Company at the fort at Langley that created the market and trade in fresh salmon. Trade in dried salmon in aboriginal times was, as stated, minimal and opportunistic.

Les échanges de poisson étaient tributaires des conditions locales sur le plan de la disponibilité, du transport et de la conservation. C'est l'établissement de la Compagnie de la Baie d'Hudson au fort situé à Langley qui a créé le marché et le commerce du saumon frais. Les échanges de saumon séché au temps des aborigènes n'avaient, comme il a été dit plus tôt, qu'un caractère minimal et fortuit.

I would add to Scarlett Prov. Ct. J.'s summation of his findings only the observation, which does not contradict any of his specific findings, that the testimony of the experts appearing before him indicated that such limited exchanges of salmon as took place in Sto:lo society were primarily linked to the kinship and family relationships on which Sto:lo society was based. For example, under cross-examination Dr. Daly described trade as occurring through the "idiom" of maintaining family relationships:

J'ajouterais uniquement au résumé que le juge Scarlett fait de ses conclusions l'observation suivante, qui ne contredit aucune de ses conclusions spécifiques, savoir que les dépositions des experts qui ont comparu devant lui ont indiqué que ces échanges limités de saumon dans la société sto:lo étaient reliés principalement aux rapports familiaux et de parenté sur lesquels cette société était fondée. Par exemple, au cours de son contre-interrogatoire, M. Daly a dit que les échanges survenaient par l'intermédiaire de l'[TRADUCTION] «idiome» du maintien des rapports familiaux:

The medium or the idiom of much trade was the idiom of kinship, of providing hospitality, giving gifts, reciprocating in gifts. . . .

[TRADUCTION] La plupart des échanges survenaient par l'intermédiaire de l'idiome de la parenté, de l'hospitalité de l'échange de cadeaux. . .

Similarly, Mr. Dewhirst testified that the exchange of goods was related to the maintenance of family and kinship relations.

De même, M. Dewhirst a témoigné que l'échange de biens se rattachait au maintien des rapports familiaux et de parenté.

85 The facts as found by Scarlett Prov. Ct. J. do not support the appellant's claim that the exchange of salmon for money or other goods was an integral part of the distinctive culture of the Sto:lo. As has already been noted, in order to be recognized as an aboriginal right, an activity must be of central significance to the culture in question — it must be something which makes that culture what it is. The findings of fact made by Scarlett Prov. Ct. J. suggest that the exchange of salmon for money or other goods, while certainly taking place in Sto:lo society prior to contact, was not a significant, integral or defining feature of that society.

Les faits constatés par le juge Scarlett de la Cour provinciale n'appuient pas la prétention de l'appelante que l'échange de saumon contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la culture distinctive des Sto:lo. Comme il a été indiqué précédemment, pour être reconnue comme un droit ancestral, une activité doit avoir une importance fondamentale pour la culture concernée — elle doit être quelque chose qui fait de cette culture ce qu'elle est. Les conclusions de fait du juge Scarlett tendent à indiquer que les échanges de saumon contre de l'argent ou d'autres biens, quoiqu'il y en ait certainement eu dans la société sto:lo avant le contact avec les Européens, n'étaient pas une caractéristique déterminante ou importante de cette société, ni une partie intégrante de celle-ci.

86 First, Scarlett Prov. Ct. J. found that, prior to contact, exchanges of fish were only "incidental" to fishing for food purposes. As was noted above, to constitute an aboriginal right, a custom must

Premièrement, le juge Scarlett a conclu que, avant le contact avec les Européens, les échanges de poisson n'étaient qu'un aspect «accessoire» de la pêche pratiquée à des fins alimentaires. Comme

1996 CanLII 216 (SCC)

itself be integral to the distinctive culture of the aboriginal community in question; it cannot be simply incidental to an integral custom. Thus, while the evidence clearly demonstrated that fishing for food and ceremonial purposes was a significant and defining feature of the Sto:lo culture, this is not sufficient, absent a demonstration that the exchange of salmon was itself a significant and defining feature of Sto:lo society, to demonstrate that the exchange of salmon is an integral part of Sto:lo culture.

il a été dit précédemment, pour constituer un droit ancestral, une coutume doit elle-même faire partie intégrante de la culture distinctive de la collectivité autochtone en cause, et ne pas être simplement un aspect accessoire d'une coutume qui serait partie intégrante de la culture concernée. En conséquence, même si la preuve a clairement démontré que la pêche à des fins alimentaires et rituelles était une caractéristique importante et déterminante de la culture sto:lo, ce fait n'est pas suffisant, en l'absence de preuve que l'échange de saumon était en soi une caractéristique importante et déterminante de la société sto:lo, pour établir que l'échange de saumon fait partie intégrante de la culture sto:lo.

For similar reasons, the evidence linking the exchange of salmon to the maintenance of kinship and family relations does not support the appellant's claim to the existence of an aboriginal right. Exchange of salmon as part of the interaction of kin and family is not of an independent significance sufficient to ground a claim for an aboriginal right to the exchange of fish for money or other goods.

Pour des motifs analogues, la preuve rattachant l'échange de saumon au maintien de rapports familiaux et de parenté n'étaye pas l'existence du droit ancestral revendiqué par l'appelante. Les échanges de saumon qui surviennent dans le cadre des rapports entre les membres de la famille et la parenté ne revêtent pas en soi une importance suffisante pour fonder la revendication d'un droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent ou des biens.

Second, Scarlett Prov. Ct. J. found that there was no "regularized trading system" amongst the Sto:lo prior to contact. The inference drawn from this fact by Scarlett Prov. Ct. J., and by Macfarlane J.A. at the British Columbia Court of Appeal, was that the absence of a market means that the appellant could not be said to have been acting pursuant to an aboriginal right because it suggests that there is no aboriginal right to fish commercially. This inference is incorrect because, as has already been suggested, the appellant in this case has only claimed a right to exchange fish for money or other goods, not a right to sell fish in the commercial marketplace; the significance of the absence of regularized trading systems amongst the Sto:lo arises instead from the fact that it indicates that the exchange of salmon was not widespread in Sto:lo society. Given that the exchange of salmon was not widespread it cannot be said that, prior to contact, Sto:lo culture was defined by trade in salmon; trade or exchange of salmon took place, but the

Deuxièmement, le juge Scarlett a conclu qu'il n'existait pas de [TRADUCTION] «système de commerce organisé» chez les Sto:lo avant le contact avec les Européens. L'inférence qu'ont tirée de ce fait le juge Scarlett de la Cour provinciale et le juge Macfarlane de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique était que, vu l'absence d'un marché, il était impossible d'affirmer que l'appelante avait agi en vertu d'un droit ancestral, étant donné que ce fait tend à indiquer qu'il n'existe pas de droit ancestral de pêcher à des fins commerciales. Cette inférence est incorrecte parce que, comme il a déjà été indiqué, en l'espèce l'appelante a revendiqué seulement le droit d'échanger du saumon contre de l'argent ou d'autres biens, et non le droit de vendre du poisson sur le marché. L'importance de l'absence de systèmes de commerce organisés chez les Sto:lo découle plutôt du fait que cette absence indique que l'utilisation du poisson comme monnaie d'échange n'était pas un phénomène répandu dans la société sto:lo. Comme les

1996 CanLII 216 (SCC)

absence of a market demonstrates that this exchange did not take place on a basis widespread enough to suggest that the exchange was a defining feature of Sto:lo society.

89 Third, the trade engaged in between the Sto:lo and the Hudson's Bay Company, while certainly of significance to the Sto:lo society of the time, was found by the trial judge to be qualitatively different from that which was typical of the Sto:lo culture prior to contact. As such, it does not provide an evidentiary basis for holding that the exchange of salmon was an integral part of Sto:lo culture. As was emphasized in listing the criteria to be considered in applying the "integral to" test, the time relevant for the identification of aboriginal rights is prior to contact with European societies. Unless a post-contact practice, custom or tradition can be shown to have continuity with pre-contact practices, customs or traditions, it will not be held to be an aboriginal right. The trade of salmon between the Sto:lo and the Hudson's Bay Company does not have the necessary continuity with Sto:lo culture pre-contact to support a claim to an aboriginal right to trade salmon. Further, the exchange of salmon between the Sto:lo and the Hudson's Bay Company can be seen as central or significant to the Sto:lo primarily as a result of European influences; activities which become central or significant because of the influence of European culture cannot be said to be aboriginal rights.

90 Finally, Scarlett Prov. Ct. J. found that the Sto:lo were at a band level of social organization

échanges de saumon n'étaient pas une activité répandue, il est impossible d'affirmer que, avant le contact avec les Européens, la culture sto:lo était définie par l'utilisation du saumon comme monnaie d'échange. Il y avait bien des échanges de saumon, mais l'absence de marché pour ce produit démontre que ces échanges n'étaient pas suffisamment répandus pour indiquer qu'ils étaient une caractéristique déterminante de la société sto:lo.

Troisièmement, le commerce entre les Sto:lo et la Compagnie de la Baie d'Hudson, même s'il était certainement important pour la société sto:lo de cette époque, a été jugé par le juge du procès qualitativement différent de celui qui était typique de la culture sto:lo d'avant le contact avec les Européens. En conséquence, il ne constitue pas un élément de preuve permettant de conclure que l'échange de saumon faisait partie intégrante de la culture sto:lo. Comme il a été souligné dans l'énumération des facteurs à prendre en considération pour appliquer le critère de la «partie intégrante», la période pertinente pour l'identification des droits ancestraux est celle qui a précédé le contact avec les sociétés européennes. Sauf s'il est possible d'établir qu'une coutume, pratique ou tradition postérieure au contact avec les Européens marque une continuité avec les coutumes, pratiques ou traditions antérieures à cette période, la coutume, pratique ou tradition en question ne sera pas déclarée être à un droit ancestral. Le commerce du saumon entre les Sto:lo et la Compagnie de la Baie d'Hudson ne marque pas la continuité nécessaire avec la culture sto:lo antérieure au contact avec les Européens pour étayer la revendication d'un droit ancestral de faire le commerce du saumon. En outre, il est possible d'affirmer que le commerce du saumon entre les Sto:lo et la Compagnie de la Baie d'Hudson est devenu une activité fondamentale ou importante pour les Sto:lo principalement par suite des influences européennes. Les activités qui deviennent fondamentales ou importantes en raison de l'influence de la culture européenne ne peuvent être considérées comme des droits ancestraux.

Finalement, le juge Scarlett a conclu que l'organisation sociale des Sto:lo était celle d'une bande

1996 CanLII 216 (SCC)

rather than at a tribal level. As noted by the various experts, one of the central distinctions between a band society and a tribal society relates to specialization and division of labour. In a tribal society there tends to be specialization of labour — for example, specialization in the gathering and trade of fish — whereas in a band society division of labour tends to occur only on the basis of gender or age. The absence of specialization in the exploitation of the fishery is suggestive, in the same way that the absence of regularized trade or a market is suggestive, that the exchange of fish was not a central part of Sto:lo culture. I would note here as well Scarlett Prov. Ct. J.'s finding that the Sto:lo did not have the means for preserving fish for extended periods of time, something which is also suggestive that the exchange or trade of fish was not central to the Sto:lo way of life.

plutôt que d'une tribu. Comme l'ont indiqué les divers experts, l'une des distinctions principales entre les sociétés tribales et celles organisées en bande concerne la spécialisation et la division des tâches. Dans les sociétés tribales, il tend à y avoir spécialisation des tâches — par exemple, spécialisation dans la pêche et l'échange du poisson — alors que dans les sociétés organisées en bande, la division des tâches tend à refléter seulement le sexe ou l'âge des participants. Tout comme l'absence de commerce organisé ou de marché, l'absence de spécialisation dans l'exploitation des ressources de la pêche tend à indiquer que l'échange de poisson n'était pas un élément fondamental de la culture sto:lo. Je tiens à également souligner ici la conclusion du juge Scarlett que les Sto:lo n'avaient pas de moyens de conserver le poisson pendant de longues périodes, autre élément qui tend à indiquer que les échanges de poisson n'étaient pas un aspect fondamental du mode de vie des Sto:lo.

For these reasons, then, I would conclude that the appellant has failed to demonstrate that the exchange of fish for money or other goods was an integral part of the distinctive Sto:lo society which existed prior to contact. The exchange of fish took place, but was not a central, significant or defining feature of Sto:lo society. The appellant has thus failed to demonstrate that the exchange of salmon for money or other goods by the Sto:lo is an aboriginal right recognized and affirmed under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

91 Pour ces motifs, je conclurais donc que l'appelante n'a pas démontré que l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la société sto:lo distinctive qui existait avant le contact avec les Européens. Il y avait des échanges de poisson, mais il ne s'agissait pas d'une caractéristique fondamentale, importante ou déterminante de la société sto:lo. L'appelante n'a donc pas démontré que l'échange de saumon contre de l'argent ou d'autres biens par les Sto:lo est un droit ancestral reconnu et confirmé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

The Sparrow Test

Since the appellant has failed to demonstrate that the exchange of fish was an aboriginal right of the Sto:lo, it is unnecessary to consider the tests for extinguishment, infringement and justification laid out by this Court in *Sparrow*, *supra*.

Le critère établi dans Sparrow

92 Comme l'appelante n'a pas établi que l'échange de poisson était un droit ancestral des Sto:lo, il n'est pas nécessaire d'analyser les critères relatifs à l'extinction, à l'atteinte et à la justification énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Sparrow*, précité.

VI. Disposition

Having concluded that the aboriginal rights of the Sto:lo do not include the right to exchange fish for money or other goods, I would dismiss the

VI. Dispositif

93 Comme j'ai conclu que les droits ancestraux des Sto:lo ne comprennent pas le droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens, je suis

1996 CanLII 216 (SCC)

appeal and affirm the decision of the Court of Appeal restoring the trial judge's conviction of the appellant for violating s. 61(1) of the *Fisheries Act*. There will be no order as to costs.

94 For the reasons given above, the constitutional question must be answered as follows:

Question Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read on September 11, 1987, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, invoked by the appellant?

Answer No.

The following are the reasons delivered by

95 L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This appeal, as well as the appeals in *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, and *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, in which judgment is handed down concurrently, and the appeal in *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, concern the definition of aboriginal rights as constitutionally protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

96 While the narrow issue in this particular case deals with whether the Sto:lo, of which the appellant is a member, possess an aboriginal right to fish which includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes, the broader issue is the interpretation of the nature and extent of constitutionally protected aboriginal rights.

97 The Chief Justice concludes that the Sto:lo do not possess an aboriginal right to exchange fish for money or other goods and that, as a result, the appellant's conviction under the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, should be upheld. Not only do I disagree with the result he reaches, but I also diverge from his analysis of the issue at bar, spe-

d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la décision de la Cour d'appel qui a rétabli la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelante par le juge du procès à l'égard de la violation du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*. Il n'y aura pas d'ordonnance concernant les dépens.

Pour les motifs qui précèdent, la question constitutionnelle doit recevoir la réponse suivante:

Question Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait le 11 septembre 1987, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

Réponse Non.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Le présent pourvoi ainsi que les pourvois *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672 et *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, dans lesquels jugement est rendu en même temps, et l'arrêt *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013 portent sur la définition des droits ancestraux qui bénéficient de la protection de la Constitution en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Bien que la question restreinte qui se pose en l'espèce soit de savoir si les Sto:lo, dont l'appelante fait partie, possèdent un droit de pêche ancestral incluant le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, la question plus générale porte sur l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits ancestraux protégés par la Constitution.

Le Juge en chef conclut que les Sto:lo ne possèdent pas le droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens et que, en conséquence, la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelante en vertu de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14 devrait être confirmée. Je suis non seulement en désaccord avec ce résul-

1996 CanLII 216 (SCC)

cifically as to his approach to defining aboriginal rights and as to his delineation of the aboriginal right claimed by the appellant.

The Chief Justice has set out the facts and judgments and I will only briefly refer to them for a better understanding of what follows.

Dorothy Van der Peet, the appellant, was charged with violating s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, and, thereby, committing an offence contrary to s. 61(1) of the *Fisheries Act*. These charges arose out of the appellant's sale of 10 salmon caught by her common law spouse and his brother under the authority of an Indian food fish licence, issued pursuant to s. 27(1) of the Regulations. Section 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, is the provision here under constitutional challenge; it provides:

27. . . .

(5) No person shall sell, barter or offer to sell or barter any fish caught under the authority of an Indian food fish licence.

The appellant, her common law husband and his brother are all members of the Sto:lo Band, part of the Coast Salish Nation. Both parties to this dispute accept that the appellant sold the fish, that the sale of the fish was contrary to the Regulations and that the fish were caught pursuant to a recognized aboriginal right to fish. The parties disagree, however, as to the nature of the Sto:lo's relationship with the fishery, particularly whether their right to fish encompasses the right to sell, trade and barter fish.

Scarlett Prov. Ct. J., the trial judge found on the evidence, [1991] 3 C.N.L.R. 155, that trade by the Sto:lo was incidental to fishing for food and was either for ceremonial purposes or opportunistic exchanges taking place on a casual basis. He held,

tat, mais également avec l'analyse que fait le Juge en chef de la question en litige, tout particulièrement avec sa façon de définir les droits ancestraux et la définition qu'il donne du droit ancestral revendiqué par l'appelante.

Le Juge en chef a exposé les faits et les jugements, et je ne les rappellerai que brièvement, pour permettre une meilleure compréhension de ce qui suit. 98

L'appelante, Dorothy Van der Peet, a été accusée d'avoir contrevenu au par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, et d'avoir ainsi commis une infraction au par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*. Le fait à l'origine des accusations est la vente par l'appelante de 10 saumons qui avaient été pris par son conjoint de fait et le frère de celui-ci en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens délivré conformément au par. 27(1) du Règlement. Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, disposition qui fait l'objet de la contestation constitutionnelle en l'espèce, se lit ainsi: 99

27. . . .

(5) Il est interdit à quiconque de vendre, d'échanger ou d'offrir de vendre ou d'échanger du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens.

L'appelante, son conjoint de fait et le frère de celui-ci sont tous des membres de la bande des Sto:lo, qui fait partie de la nation des Salish de la côte. Les deux parties au présent pourvoi conviennent que l'appelante a vendu du poisson, que cette vente contrevenait au Règlement et que les poissons ont été pris conformément à un droit de pêche ancestral reconnu. Cependant, elles ne s'entendent pas sur la nature des rapports qu'entretiennent les Sto:lo avec la pêcherie, et tout particulièrement sur la question de savoir si le droit de pêche inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson. 100

Le juge du procès, le juge Scarlett de la Cour provinciale, a conclu que, à la lumière de la preuve, [1991] 3 C.N.L.R. 155, les échanges faits par les Sto:lo étaient un aspect accessoire de la pêche pratiquée à des fins alimentaires et qu'ils 101

1996 CanLII 216 (SCC)

therefore, that the aboriginal right to fish for food and ceremonial purposes did not include the right to sell and found the appellant guilty as charged.

102 On appeal to the British Columbia Supreme Court, (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392, Selbie J., the summary appeal judge, gave a different interpretation to the oral testimony, expert evidence and archaeological records. In his view, the evidence demonstrated that the Sto:lo's relationship with the fishery was broad enough to include the trade of fish since the Sto:lo who caught fish in their original aboriginal society could do whatever they wanted with that fish. He overturned the appellant's conviction and entered an acquittal.

103 At the British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, the findings and verdict of the trial judge were restored. The majority of the Court of Appeal, *per* Macfarlane J.A. (Taggart J.A. concurring) and Wallace J.A., found that the Sto:lo engaged only in casual exchanges of fish and that this was entirely different from fishing for commercial and market purposes. Lambert J.A., dissenting, held that the best description of the aboriginal practices, traditions and customs of the Sto:lo was one which included the sale, trade and barter of fish. Also dissenting, Hutcheon J.A. focused on the evidence demonstrating that by 1846, the date of British sovereignty, trade in salmon was taking place in the Sto:lo community.

104 Leave to appeal was granted by this Court and the Chief Justice stated the following constitutional question:

Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read on September 11, 1987, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, invoked by the appellant?

étaient effectués soit à des fins rituelles soit dans le cadre d'occasions fortuites. Il a en conséquence statué que le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires et rituelles n'incluait pas le droit de vendre le poisson, et il a déclaré l'appelante coupable des accusations dont elle faisait l'objet.

En appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392, le juge d'appel Selbie des poursuites sommaires a interprété différemment les dépositions orales, la preuve offerte par les experts et les documents archéologiques. À son avis, la preuve établissait que les rapports qu'entretenait la bande des Sto:lo avec la pêcherie étaient suffisamment larges pour inclure le commerce du poisson puisque les premiers Sto:lo pouvaient faire ce qu'ils voulaient avec ce poisson. Le juge Selbie a écarté la déclaration de culpabilité et acquitté l'appelante.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, a rétabli les conclusions et la décision du juge du procès. La Cour d'appel à la majorité — les juges Macfarlane (avec l'appui du juge Taggart) et Wallace — a conclu que les Sto:lo ne faisaient que des échanges fortuits de poisson, activité complètement différente de la pêche qui est pratiquée à des fins commerciales, pour approvisionner un marché. Le juge Lambert, dissident, a conclu que la meilleure façon de décrire les coutumes, pratiques et traditions autochtones des Sto:lo était de dire qu'elles incluaient les activités de vente et d'échange de poisson. Le juge Hutcheon, également dissident, s'est attaché à la preuve établissant que, en 1846, date d'affirmation de la souveraineté britannique, on faisait le commerce du saumon dans la collectivité Sto:lo.

Notre Cour a accueilli la demande d'autorisation de pourvoi et le Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante:

Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS-84-248, tel qu'il se lisait le 11 septembre 1987, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

1996 CanLII 216 (SCC)

In my view, the definition of aboriginal rights as to their nature and extent must be addressed in the broader context of the historical aboriginal reality in Canada. Therefore, before going into the specific analysis of aboriginal rights protected under s. 35(1), a review of the legal evolution of aboriginal history is in order.

I. Historical and General Background

It is commonly accepted that the first aboriginal people of North America came from Siberia, over the Bering terrestrial bridge, some 12,000 years ago. They found a *terra nullius* and gradually began to explore and populate the territory. These people have always enjoyed, whether as nomadic or sedentary communities, some kind of social and political structure. Accordingly, it is fair to say that prior to the first contact with the Europeans, the native people of North America were independent nations, occupying and controlling their own territories, with a distinctive culture and their own practices, traditions and customs.

In that regard, it is useful to acknowledge the findings of Marshall C.J. of the United States Supreme Court in the so-called trilogy, comprised of *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831), and *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832). Particularly in *Worcester*, Marshall C.J.'s general description of aboriginal societies in North America is apropos (at pp. 542-43):

> America, separated from Europe by a wide ocean, was inhabited by a distinct people, divided into separate nations, independent of each other and of the rest of the world, having institutions of their own, and governing themselves by their own laws.

This passage was quoted, with approval, by Hall J. in *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at p. 383. Also in *Calder*,

À mon avis, la détermination de la nature et de l'étendue des droits ancestraux doit se faire dans le contexte plus général de la réalité historique autochtone au Canada. En conséquence, avant d'entamer l'analyse spécifique des droits ancestraux protégés par le par. 35(1), il convient d'examiner l'évolution juridique de l'histoire autochtone. 105

I. Le contexte historique général

Il semble généralement reconnu que les premiers habitants de l'Amérique du Nord sont venus de Sibérie, il y a quelque 12,000 ans, par le pont terrestre de Béring. Ils ont trouvé une *terra nullius*, qu'ils ont progressivement explorée et peuplée. Ces gens ont toujours possédé, autant comme communautés nomades que comme communautés sédentaires, une certaine forme d'organisation sociale et politique. En conséquence, il est juste d'affirmer que les peuples autochtones d'Amérique du Nord étaient, avant les premiers contacts avec les Européens, des nations indépendantes qui occupaient et contrôlaient leur propre territoire et possédaient une culture distinctive ainsi que leurs propres coutumes, pratiques et traditions. 106

À cet égard, il est utile de faire état des conclusions du juge en chef Marshall de la Cour suprême des États-Unis dans ce qu'on appelle la trilogie, savoir les arrêts suivants: *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), *Cherokee Nation c. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831) et *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832). Dans *Worcester*, tout particulièrement, le juge en chef Marshall a donné une description générale pertinente des sociétés autochtones d'Amérique du Nord (aux pp. 542 et 543): 107

> [TRADUCTION] L'Amérique, séparée de l'Europe par un vaste océan, était habitée par un peuple différent, divisé en nations distinctes, indépendantes l'une de l'autre et vis-à-vis du reste du monde; elles avaient leurs propres institutions et se gouvernaient elles-mêmes en vertu de leurs propres lois.

Cet extrait a été cité et approuvé par le juge Hall dans l'arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, à la

1996 CanLII 216 (SCC)

Judson J., for the majority in the result, made the following observations at p. 328:

> Although I think that it is clear that Indian title in British Columbia cannot owe its origin to the Proclamation of 1763, the fact is that when the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries. [Emphasis added.]

See also, regarding the independent character of aboriginal nations, the remarks of Lamer J. (as he then was) in *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1053.

108 At the time of the first formal arrival of the Europeans, in the sixteenth century, most of the territory of what is now Canada was occupied and used by aboriginal people. From the earliest point, however, the settlers claimed sovereignty in the name of their home country. Traditionally, there are four principles upon which states have relied to justify the assertion of sovereignty over new territories: see Brian Slattery, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples, as Affected by the Crown's Acquisition of Their Territories* (1979). These are: (1) conquest, (2) cession, (3) annexation, and (4) settlement, i.e., acquisition of territory that was previously unoccupied or is not recognized as belonging to another political entity.

109 In the eyes of international law, the settlement thesis is the one rationale which can most plausibly justify European sovereignty over Canadian territory and the native people living on it (see Patrick Macklem, "Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government" (1995), 21 *Queen's L.J.* 173) although there is still debate as to whether the land was indeed free for occupation. See Brian Slattery, "Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 681, and Michael Asch, *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution* (1984).

110 In spite of the sovereignty proclamation, however, the early practices of the British recognized

p. 383. Dans ce même arrêt, le juge Judson, s'exprimant au nom de la majorité, a fait les observations suivantes, à la p. 328:

> Je crois qu'il est clair qu'en Colombie-Britannique, le titre indien ne peut pas avoir pour origine la Proclamation de 1763, mais il reste que lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles. [Je souligne.]

En ce qui concerne le caractère indépendant des nations autochtones, voir aussi les remarques du juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la p. 1053.

Au seizième siècle, à l'époque de l'arrivée officielle des Européens, la majeure partie du territoire qui est aujourd'hui le Canada était occupée et utilisée par les peuples autochtones. Cependant, dès leur arrivée, les colons ont affirmé la souveraineté de leur mère patrie sur ce territoire. Traditionnellement, quatre principes ont été invoqués par les États pour affirmer leur souveraineté sur de nouveaux territoires: voir Brian Slattery, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples, as Affected by the Crown's Acquisition of Their Territories* (1979). Ces principes sont: (1) la conquête, (2) la cession, (3) l'annexion, et (4) la colonisation, c'est-à-dire l'acquisition d'un territoire qui n'était pas occupé auparavant ou qui n'était pas reconnu comme appartenant à une autre entité politique.

En droit international, c'est le principe de la colonisation qui permet de justifier de la façon la plus plausible la souveraineté européenne sur le territoire canadien et les autochtones qui l'habitaient (voir Patrick Macklem, «Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government» (1995), 21 *Queen's L.J.* 173), quoique la question de savoir s'il s'agissait d'un territoire libre qui pouvait être occupé continue d'être débattue. (Voir Brian Slattery, «Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims» (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 681, et Michael Asch, *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution* (1984).

Malgré la proclamation de souveraineté, cependant, par les pratiques qu'ils ont appliquées au

1996 CanLII 216 (SCC)

aboriginal title or rights and required their extinguishment by cession, conquest or legislation: see André Émond, "Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763?" (1995), 41 *McGill L.J.* 59, at p. 62. This tradition of the British imperial power (either applied directly or after French capitulation) was crystallized in the *Royal Proclamation of 1763*, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.

In *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, Dickson C.J. and La Forest J. wrote the following regarding Crown sovereignty and British practices *vis-à-vis* aboriginal people at p. 1103:

> It is worth recalling that while British policy towards the native population was based on respect for their right to occupy their traditional lands, a proposition to which the Royal Proclamation of 1763 bears witness, there was from the outset never any doubt that sovereignty and legislative power, and indeed the underlying title, to such lands vested in the Crown. . . .

See also André Émond, "Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale" (1996), 30 *R.J.T.* 1, at p. 1.

As a result, it has become accepted in Canadian law that aboriginal title, and aboriginal rights in general, derive from historic occupation and use of ancestral lands by the natives and do not depend on any treaty, executive order or legislative enactment: see *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*, at p. 390, *per* Hall J., confirmed in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 379, *per* Dickson J. (as he then was), and *Sparrow*, *supra*; see also the decision of the High Court of Australia in *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1. See also Brian Slattery, "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights" (1983), 8 *Queen's L.J.* 232, at p. 242, and Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992) at p. 679. This position is known as the "inherent theory" of aboriginal rights, as contrasted with the "contingent theory" of aboriginal rights: see Michael Asch and Patrick Macklem,

départ les Britanniques reconnaissaient les titres aborigènes ou droits ancestraux et ils exigeaient qu'ils aient été éteints par cession, conquête ou législation: voir André Émond, «Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763?» (1995), 41 *R.D. McGill* 59, à la p. 62. La *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, nº 1, a cristallisé cette tradition du pouvoir impérial britannique (qui s'est appliquée soit directement, soit après la capitulation de la France).

Dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont écrit ce qui suit relativement à la souveraineté de Sa Majesté et aux pratiques britanniques vis-à-vis des peuples autochtones (à la p. 1103):

> Il convient de rappeler que bien que la politique britannique envers la population autochtone fût fondée sur le respect de leur droit d'occuper leurs terres ancestrales, comme en faisait foi la Proclamation royale de 1763, dès le départ, on n'a jamais douté que la souveraineté et la compétence législative, et même le titre sous-jacent, à l'égard de ces terres revenaient à Sa Majesté. . .

Voir aussi André Émond, «Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale» (1996), 30 *R.J.T.* 1, à la p. 1.

En conséquence, il est maintenant reconnu en droit canadien que le titre aborigène et les droits ancestraux en général découlent de l'occupation et de l'utilisation historiques des terres ancestrales par les autochtones et qu'ils ne sont pas tributaires de quelque traité, décret ou mesure législative: *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, à la p. 390, le juge Hall; confirmé dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 379, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) et *Sparrow*, précité; voir également l'arrêt *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1 de la High Court of Australia. Voir aussi Brian Slattery, «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights» (1983), 8 *Queen's L.J.* 232, à la p. 242, et Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3e éd. 1992), à la p. 679. Cette position est la [TRADUCTION] «théorie du caractère inhérent» des droits ancestraux, par

1996 CanLII 216 (SCC)

"Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R.* v. *Sparrow*" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498, Patrick Macklem, "First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination" (1991), 36 *McGill L.J.* 382, and Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989).

opposition à la «théorie du caractère conditionnel» des droits ancestraux: voir Michael Asch and Patrick Macklem, «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R.* v. *Sparrow*» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498, Patrick Macklem, «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination» (1991), 36 *R.D. McGill* 382, et Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989).

113 Aboriginal people's occupation and use of North American territory was not static, nor, as a general principle, should be the aboriginal rights flowing from it. Natives migrated in response to events such as war, epidemic, famine, dwindling game reserves, etc. Aboriginal practices, traditions and customs also changed and evolved, including the utilisation of the land, methods of hunting and fishing, trade of goods between tribes, and so on. The coming of Europeans increased this fluidity and development, bringing novel opportunities, technologies and means to exploit natural resources: see Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at pp. 741-42. Accordingly, the notion of aboriginal rights must be open to fluctuation, change and evolution, not only from one native group to another, but also over time.

L'occupation et l'utilisation du territoire de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones n'étaient pas statiques et, en règle générale, les droits ancestraux en découlant ne devraient pas l'être non plus. Poussés par divers événements, telles des guerres, des épidémies, des famines et la rareté du gibier, les autochtones migraient. De même, leurs coutumes, pratiques et traditions changeaient et évoluaient, notamment l'utilisation des terres, les méthodes de chasse et de pêche, l'échange de biens entre tribus. L'arrivée des Européens a accru ces déplacements et ces changements, créant de nouvelles occasions et introduisant de nouvelles techniques et méthodes d'exploitation des ressources naturelles: voir Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727, aux pp. 741 et 742. En conséquence, la notion de droits ancestraux doit pouvoir fluctuer, changer et évoluer, non seulement d'un groupe autochtone à l'autre, mais aussi dans le temps.

114 Aboriginal interests arising out of natives' original occupation and use of ancestral lands have been recognized in a body of common law rules referred to as the doctrine of aboriginal rights: see Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights", *supra*, at p. 732. These principles define the terms upon which the Crown acquired sovereignty over native people and their territories.

Les intérêts autochtones découlant de leur occupation et utilisation originales des terres ancestrales ont été reconnus dans un ensemble de règles de common law appelées doctrine des droits ancestraux; voir Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, à la p. 732. Ces principes définissent les conditions auxquelles Sa Majesté a acquis la souveraineté sur les autochtones et leur territoire.

115 The traditional and main component of the doctrine of aboriginal rights relates to aboriginal title, i.e., the *sui generis* proprietary interest which gives native people the right to occupy and use the land at their own discretion, subject to the Crown's ultimate title and exclusive right to purchase the land: see *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The*

La principale composante traditionnelle de la doctrine des droits ancestraux concerne le titre aborigène, c'est-à-dire le droit foncier *sui generis* qui confère aux autochtones le droit d'occuper et d'utiliser à leur gré les terres visées, sous réserve du fait que c'est Sa Majesté qui, en dernier ressort, en détient le titre et possède le droit exclusif

1996 CanLII 216 (SCC)

Queen (1888), 14 A.C. 46 (P.C.), at p. 54, *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*, at p. 328, *per* Judson J., and at p. 383, *per* Hall J., and *Guerin*, *supra*, at pp. 378 and 382, *per* Dickson J. (as he then was).

The concept of aboriginal title, however, does not capture the entirety of the doctrine of aboriginal rights. Rather, as its name indicates, the doctrine refers to a broader notion of aboriginal rights arising out of the historic occupation and use of native ancestral lands, which relate not only to aboriginal title, but also to the component elements of this larger right — such as aboriginal rights to hunt, fish or trap, and their accompanying practices, traditions and customs — as well as to other matters, not related to land, that form part of a distinctive aboriginal culture: see W. I. C. Binnie, "The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?" (1990), 15 *Queen's L.J.* 217, and Douglas Sanders, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 314.

This brings me to the different type of lands on which aboriginal rights can exist, namely reserve lands, aboriginal title lands, and aboriginal right lands: see Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights", *supra*, at pp. 743-44. The common feature of these lands is that the Canadian Parliament and, to a certain extent, provincial legislatures have a general legislative authority over the activities of aboriginal people, which is the result of the British assertion of sovereignty over Canadian territory. There are, however, important distinctions to draw between these types of lands with regard to the legislation applicable and claims of aboriginal rights.

Reserve lands are those lands reserved by the Federal Government for the exclusive use of Indian people; such lands are regulated under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5. On reserve lands, federal legislation, pursuant to s. 91(24) of the

d'acheter les terres en question: voir *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 A.C. 46 (C.P.), à la p. 54, *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, à la p. 328, le juge Judson et à la p. 383, le juge Hall, et *Guerin*, précité, aux pp. 378 et 382, le juge Dickson (plus tard Juge en chef).

Cependant, le titre aborigène ne représente pas l'ensemble de la doctrine des droits ancestraux. Au contraire, comme son nom l'indique, cette doctrine vise un ensemble plus grand de droits fondés sur l'occupation et l'utilisation historiques par les autochtones de leurs terres ancestrales, qui comprend non seulement le titre aborigène, mais aussi les éléments constitutifs de ce droit plus large — tels les droits de chasse, de pêche et de piégeage ancestraux, et les coutumes, pratiques et traditions connexes — ainsi que d'autres éléments qui font partie intégrante de la culture autochtone distinctive visée, mais ne se rapportent pas au territoire: voir W. I. C. Binnie, «The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?» (1990), 15 *Queen's L.J.* 217, et Douglas Sanders, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1983), 61 *R. du B. can.* 314.

Cela m'amène aux différents types de terres auxquelles peuvent se rattacher des droits ancestraux: les terres des réserves, les terres visées par un titre aborigène et les terres visées par un droit ancestral: voir Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, aux pp. 743 et 744. Ces terres ont en commun le fait que le législateur fédéral et, dans une certaine mesure, les assemblées législatives provinciales possèdent un pouvoir général de légiférer à l'égard des activités des autochtones, pouvoir qui découle de l'affirmation de la souveraineté britannique sur le territoire canadien. Cependant, des distinctions importantes doivent être faites entre ces divers types de terres quant aux lois qui leur sont applicables et aux droits ancestraux qui peuvent y être revendiqués.

Les terres des réserves sont les terres qui sont réservées par le gouvernement fédéral pour l'usage exclusif des Indiens. Ces terres sont régies par la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5. S'appliquent sur ces terres et les lois fédérales, conformé-

1996 CanLII 216 (SCC)

Constitution Act, 1867, as well as provincial laws of general application, pursuant to s. 88 of the *Indian Act*, are applicable. However, under s. 81 of the *Indian Act*, band councils can enact by-laws, for particular purposes specified therein, which supplant incompatible provincial legislation — even that enacted under s. 88 of the Act — as well as incompatible federal legislation — in so far as the Minister of Indian Affairs has not disallowed the by-laws pursuant to s. 82 of the Act. The latter scenario was the foundation of the claims in *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921, and partly in *R. v. Nikal*, *supra*.

119 Aboriginal title lands are lands which the natives possess for occupation and use at their own discretion, subject to the Crown's ultimate title (see *Guerin v. The Queen*, *supra*, at p. 382); federal and provincial legislation applies to aboriginal title lands, pursuant to the governments' respective general legislative authority. Aboriginal title of this kind is founded on the common law and strict conditions must be fulfilled for such title to be recognized: see *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*, and *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518. In fact, aboriginal title exists when the bundle of aboriginal rights is large enough to command the recognition of a *sui generis* proprietary interest to occupy and use the land. It follows that aboriginal rights can be incidental to aboriginal title but need not be; these rights are severable from and can exist independently of aboriginal title. As I have already noted elsewhere, the source of these rights is the historic occupation and use of ancestral lands by the natives.

120 Aboriginal title can also be founded on treaties concluded between the natives and the competent

ment au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et les lois provinciales d'application générale, conformément à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Cependant, les conseils de bande peuvent, en vertu de l'art. 81 de la *Loi sur les Indiens*, décréter des règlements administratifs pour les fins particulières précisées dans cette disposition. Ces règlements administratifs remplacent les lois provinciales incompatibles — même celles édictées en vertu de l'art. 88 de la Loi — ainsi que les lois fédérales incompatibles — dans la mesure où le ministre des Affaires indiennes ne désavoue pas les règlements administratifs en question conformément à l'art. 82 de la Loi. Ce dernier scénario était le fondement des réclamations à l'origine de l'arrêt *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921, et il l'était en partie dans *R. c. Nikal*, précité.

1996 CanLII 216 (SCC)

Les terres visées par un titre aborigène sont les terres que possèdent les autochtones et qu'ils peuvent occuper et utiliser à leur gré, sous réserve du fait que c'est Sa Majesté qui, en dernier ressort, en détient le titre (voir *Guerin c. La Reine*, précité, à la p. 382). Les lois fédérales et provinciales s'appliquent aux terres visées par un titre aborigène, conformément au pouvoir général de légiférer respectif de ces deux ordres de gouvernement. Un titre aborigène de cette nature est fondé sur la common law et doit respecter des conditions strictes pour être reconnu: voir *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité; et *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518. De fait, le titre aborigène existe lorsque l'ensemble des droits ancestraux est suffisamment important pour commander la reconnaissance d'un droit foncier *sui generis* d'occupation et d'utilisation des terres visées. Il s'ensuit que des droits ancestraux peuvent être des éléments accessoires d'un titre aborigène, mais pas nécessairement. Ces droits sont dissociables du titre aborigène et peuvent exister indépendamment de celui-ci. Comme je l'ai déjà mentionné, la source de ces droits est l'occupation et l'utilisation historiques par les autochtones de leurs terres ancestrales.

Un titre aborigène peut également être fondé sur un traité entre les autochtones concernés et le gou-

government: see *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, and *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901. Where this occurs, the aboriginal rights crystallized in the treaty become treaty rights and their scope must be delineated by the terms of the agreement. The rights arising out of a treaty are immune from provincial legislation — even that enacted under s. 88 of the *Indian Act* — unless the treaty incorporates such legislation, as in *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771. A treaty, however, does not exhaust aboriginal rights; such rights continue to exist apart from the treaty, provided that they are not substantially connected to the rights crystallized in the treaty or extinguished by its terms.

Finally, aboriginal right lands are those lands on which only specific aboriginal rights exist (e.g., the right to hunt for food, social and ceremonial purposes) because the occupation and use by the particular group of aboriginal people is too limited and, as a result, does not meet the criteria for the recognition, at common law, of aboriginal title. In these cases, the aboriginal rights on the land are restricted to residual portions of the aboriginal title — such as the rights to hunt, fish or trap — or to other matters not connected to land; they do not, therefore, entail the full *sui generis* proprietary right to occupy and use the land.

Both the Canadian Parliament and provincial legislatures can enact legislation, pursuant to their respective general legislative competence, that affect native activities on aboriginal right lands. As Cory J. puts it in *Nikal*, *supra* (at para. 92): "[t]he government must ultimately be able to determine and direct the way in which these rights [of the natives and of the rest of Canadian society] should interact". See also, *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*, at pp. 328-29, *per* Judson J., and at p. 401, *per* Hall J; *Guerin*, *supra*, at pp. 377-78, *Sparrow*, *supra*, at p. 1103, and

vernement compétent: voir *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, et *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901. Dans un tel cas, les droits ancestraux cristallisés dans le traité deviennent des droits issus de traités et leur portée doit être déterminée eu égard aux conditions de cet accord. Les droits découlant d'un traité sont soustraits à l'application des lois provinciales — même celles édictées en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* — sauf si le traité incorpore ces lois, voir l'arrêt *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771. Cependant, un traité ne fait pas disparaître les droits ancestraux. De tels droits continuent d'exister, indépendamment du traité, pourvu qu'ils ne se rattachent pas de façon importante aux droits qui ont été cristallisés dans le traité ou éteints par les conditions de celui-ci.

Enfin, les terres visées par un droit ancestral 121
sont les terres auxquelles ne peuvent se rattacher que des droits ancestraux spécifiques (p. ex., le droit de chasser à des fins alimentaires, sociales et rituelles), parce que l'occupation et l'utilisation des terres par le groupe autochtone concerné sont trop limitées et, en conséquence, ne respectent pas le critère applicable en vue de la reconnaissance, en common law, d'un titre aborigène. Dans de tels cas, les droits ancestraux visant ces terres se limitent aux aspects résiduels du titre aborigène — tel le droit de chasser, de pêcher ou de piéger — ou à d'autres aspects ne se rapportant pas au territoire. Ces droits ne comportent donc pas le plein droit de propriété *sui generis* d'occuper et d'utiliser les terres.

Tant le législateur fédéral que les assemblées 122
législatives provinciales peuvent édicter, conformément à leur pouvoir général respectif de légiférer, des mesures législatives applicables aux activités des autochtones sur les terres visées par des droits ancestraux. Comme le dit le juge Cory dans l'arrêt *R. c. Nikal*, précité (au par. 92): «[l]e gouvernement doit, en dernier ressort, être capable d'établir ou de régir la façon dont ces droits [ceux des autochtones et du reste de la société canadienne] devraient interagir». Voir aussi *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, aux pp. 328 et 329, le juge Judson, et à la p. 401, le juge Hall, *Guerin*, précité, aux pp. 377 et

1996 CanLII 216 (SCC)

Mitchell v. Peguis Indian Band, [1990] 2 S.C.R. 85, at p. 109.

123 These types of lands are not static or mutually exclusive. A piece of land can be conceived of as aboriginal title land and later become reserve land for the exclusive use of Indians; such land is then, reserve land on aboriginal title land. Further, aboriginal title land can become aboriginal right land because the occupation and use by the particular group of aboriginal people has narrowed to specific activities. The bottom line is this: on every type of land described above, to a larger or smaller degree, aboriginal rights can arise and be recognized.

124 This being said, the instant case is confined to the recognition of an aboriginal right and does not involve by-laws on a reserve or claims of aboriginal title, nor does it relate to any treaty rights. The contention of the appellant is simply that the Sto:lo, of which she is one, possess an aboriginal right to fish — arising out of the historic occupation and use of their lands — which includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes.

125 Prior to 1982, the doctrine of aboriginal rights was founded only on the common law and aboriginal rights could be extinguished by treaty, conquest and legislation as they were "dependent upon the good will of the Sovereign": see *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen*, *supra*, at p. 54, also *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267, *Sikyea v. The Queen*, [1964] S.C.R. 642, and *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*; see also, regarding the mode of extinguishing aboriginal rights, Kenneth Lysyk, "The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of Calder" (1973), 51 *Can. Bar Rev.* 450.

378, *Sparrow*, précité, à la p. 1103 et *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, à la p. 109.

Le classement d'une terre dans un type donné n'est pas immuable. De plus, une terre peut appartenir à plus d'un type. Ainsi, on peut imaginer que des terres qualifiées de terres visées par un titre aborigène deviennent par la suite des terres de réserve mises de côté pour l'usage exclusif des Indiens. Ces terres sont alors des terres de réserve situées sur des terres visées par un titre aborigène. Par ailleurs, des terres visées par un titre aborigène peuvent devenir des terres visées par un droit ancestral, si le groupe autochtone concerné ne les occupent et ne les utilisent que pour des activités spécifiques. Bref, la situation est la suivante: sur chacun des types de terres que j'ai décrits précédemment, des droits ancestraux peuvent naître et être reconnus, dans une plus ou moins grande mesure.

Cela dit, le présent pourvoi ne vise qu'à faire reconnaître un droit ancestral et il ne met en jeu ni règlement administratif décrété dans une réserve ni revendication d'un titre aborigène, et il ne concerne aucun droit issu de traité. L'appelante soutient simplement que le peuple Sto:lo, dont elle fait partie, possède — du fait de l'occupation et de l'utilisation historiques de ses terres — un droit de pêche ancestral qui inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance.

Avant 1982, la doctrine des droits ancestraux n'était fondée que sur la common law, et les droits ancestraux pouvaient en conséquence être éteints par traité, par conquête et par voie législative puisqu'ils [TRADUCTION] «dépendaient de la bonne volonté du Souverain»: voir *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen*, précité, à la p. 54, *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267, *Sikyea c. The Queen*, [1964] R.C.S. 642 et *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité; voir aussi, en ce qui concerne le mode d'extinction des droits ancestraux, Kenneth Lysyk, «The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of Calder» (1973), 51 *R. du B. can.* 450.

1996 CanLII 216 (SCC)

Since then, however, s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* provides constitutional protection to aboriginal interests arising out of the native historic occupation and use of ancestral lands through the recognition and affirmation of "existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada": see Brian Slattery, "First Nations and the Constitution: A Question of Trust" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 261, at p. 263. Consequently, as I shall examine in some detail, the general legislative authority over native activities is now limited and legislation which infringes upon existing aboriginal or treaty rights must be justified.

The general analytical framework developed under s. 35(1) will now be outlined before proceeding with the interpretation of the nature and extent of constitutionally protected aboriginal rights.

II. Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and the *Sparrow* Test

The analysis of the issue before us must start with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, found in Part II of that Act entitled "Rights of the Aboriginal Peoples of Canada", which provides:

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

The scope of s. 35(1) was discussed in *Sparrow*, *supra*. In that case, a member of the Musqueam Band, Ronald Edward Sparrow, was charged under s. 61(1) of the *Fisheries Act* with the offence of fishing with a drift-net in excess of the 25-fathom depth permitted by the terms of the band's Indian food fishing licence. The fishing occurred in a narrow channel of the Fraser River, a few miles upstream from Vancouver International Airport. Sparrow readily admitted having fished as alleged, but he contended that, because the Musqueam had an aboriginal right to fish, the attempt to regulate net length was inconsistent with s. 35(1) and was

Depuis ce temps, cependant, le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* confère la protection de la Constitution aux intérêts des autochtones qui découlent de l'occupation et de l'utilisation historiques par ceux-ci de leurs terres ancestrales, en reconnaissant et en confirmant «[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada»: voir Brian Slattery, «First Nations and the Constitution: A Question of Trust» (1992), 71 *R. du B. can.* 261, à la p. 263. En conséquence, comme je l'examinerai de façon approfondie, le pouvoir général de légiférer à l'égard des activités des autochtones est maintenant limité, et toute mesure législative portant atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités doit être justifiée. 126

Avant de passer à l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits ancestraux protégés par la Constitution, je vais exposer ci-après le cadre d'analyse général qui a été élaboré pour l'application du par. 35(1). 127

II. Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et le test établi dans *Sparrow*

L'analyse de la question dont nous sommes saisis commence par l'examen du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui figure à la partie II de cette loi et qui est intitulée «Droits des peuples autochtones du Canada». Ce paragraphe est ainsi rédigé: 128

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

La portée du par. 35(1) a été examinée dans *Sparrow*, précité. Dans cette affaire, un membre de la bande indienne des Musqueams, Ronald Edward Sparrow, avait été accusé, en vertu du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*, d'avoir pêché avec un filet dérivant plus long que les 25 brasses autorisées par le permis de pêche de subsistance des Indiens de la bande. L'accusé avait pêché dans un étroit passage du fleuve Fraser, à quelques milles en amont de l'Aéroport international de Vancouver. Sparrow a volontiers reconnu avoir pêché de la manière reprochée, mais il a prétendu que, en raison du droit de pêche ancestral des Musqueams, les 129

1996 CanLII 216 (SCC)

thus rendered of no force or effect by s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

130 I pause here to note that in *Sparrow*, Dickson C.J. and La Forest J. stressed the importance of taking a case-by-case approach to the interpretation of the rights involved in s. 35(1). They stated at p. 1111:

> We wish to emphasize the importance of context and a case-by-case approach to s. 35(1). Given the generality of the text of the constitutional provision, and especially in light of the complexities of aboriginal history, society and rights, the contours of a justificatory standard must be defined in the specific factual context of each case.

See also *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, and *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (Ont. C.A.).

131 The Court, nevertheless, developed a basic analytical framework for constitutional claims of aboriginal right protection under s. 35(1). The test set out in *Sparrow* includes three steps, namely: (1) the assessment and definition of an existing aboriginal right (including extinguishment); (2) the establishment of a *prima facie* infringement of such right; and (3) the justification of the infringement. I shall briefly discuss each of them in turn.

132 The rights of aboriginal people constitutionally protected in s. 35(1) are those in existence at the time of the enactment of the *Constitution Act, 1982*. However, the manner in which they were regulated in 1982 is irrelevant to the definition of aboriginal rights because they must be assessed in their contemporary form; aboriginal rights are not frozen in time: see *Sparrow*, at p. 1093; see also Brian Slattery, "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights", *supra*, Kent McNeil, "The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255, and William Pentney, "The Rights of the

mesures visant à réglementer la longueur des filets étaient incompatibles avec le par. 35(1) et, par conséquent, inopérantes en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Je m'arrête ici un moment pour signaler que, dans *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont souligné l'importance de procéder à un examen cas par cas en matière d'interprétation des droits visés par le par. 35(1). Ils ont affirmé ce qui suit, à la p. 1111:

> Nous tenons à souligner relativement au par. 35(1) l'importance du contexte et d'un examen cas par cas. Étant donné la généralité du texte de la disposition constitutionnelle en cause et compte tenu surtout des complexités que présentent l'histoire, la société et les droits des autochtones, les limites d'une norme justificative doivent être fixées dans le contexte factuel particulier de chaque cas.

Voir également *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104 et *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (C.A. Ont.).

Notre Cour a néanmoins élaboré un cadre fondamental d'analyse des affaires constitutionnelles dans lesquelles on demande qu'un droit soit protégé en tant que droit ancestral en vertu du par. 35(1). Le test énoncé dans *Sparrow* comporte trois étapes: (1) l'évaluation et la définition d'un droit ancestral existant (y compris son extinction), (2) l'établissement d'une atteinte *prima facie* à ce droit, et (3) la justification de cette atteinte. Je vais examiner brièvement chacune de ces étapes à tour de rôle.

Les droits des peuples autochtones qui sont protégés par la Constitution au par. 35(1) sont ceux qui existaient au moment de l'édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cependant, la façon dont ces droits étaient réglementés en 1982 n'est pas pertinente pour la définition des droits ancestraux, étant donné que ceux-ci doivent être appréciés dans leur état actuel; les droits ancestraux ne sont pas figés dans le temps: voir *Sparrow*, à la p. 1093; voir aussi Brian Slattery, «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights», *loc. cit.*; Kent McNeil, «The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1982), 4

1996 CanLII 216 (SCC)

Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee" (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207. The onus is on the claimant to prove that he or she benefits from an existing aboriginal right. I will return later to this first step to elaborate on the interpretation of the nature and extent of aboriginal rights.

Also, the Crown could extinguish aboriginal rights by legislation prior to 1982, but its intention to do so had to be clear and plain. Therefore, the regulation of an aboriginal activity does not amount to its extinguishment (*Sparrow*, at p. 1097) and legislation necessarily inconsistent with the continued enjoyment of aboriginal rights is not sufficient to meet the test. The "clear and plain" hurdle for extinguishment is, as a result, quite high: see *Simon*, *supra*. The onus of proving extinguishment is on the party alleging it, that is, the Crown.

As regards the second step of the *Sparrow* test, when an existing aboriginal right has been established, the claimant must demonstrate that the impugned legislation constitutes a *prima facie* infringement of the right. Put another way, the question becomes whether the legislative provision under scrutiny is in conflict with the recognized aboriginal right, either because of its object or its effects. In *Sparrow*, Dickson C.J. and La Forest J. provided the following guidelines, at p. 1112, regarding infringement:

To determine whether the fishing rights have been interfered with such as to constitute a *prima facie* infringement of s. 35(1), certain questions must be asked. First, is the limitation unreasonable? Second, does the regulation impose undue hardship? Third, does the regulation deny to the holders of the right their preferred means of exercising that right? The onus of proving a *prima facie* infringement lies on the individual or group challenging the legislation. In relation to the facts of this appeal, the regulation would be found to be a *prima facie* interference if it were found to be an adverse restriction on the Musqueam exercise of their

Sup. Ct. L. Rev. 255 et William Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee» (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207. Il incombe au demandeur de prouver qu'il bénéficie d'un droit ancestral existant. Je reviendrai plus loin sur cette première étape pour élaborer sur l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits ancestraux.

De plus, avant 1982, Sa Majesté pouvait éteindre des droits ancestraux par une mesure législative, mais son intention de le faire devait être claire et expresse. Par conséquent, la réglementation d'une activité autochtone n'équivaut pas à son extinction (*Sparrow*, à la p. 1097), et une mesure législative nécessairement incompatible avec la jouissance continue de droits ancestraux ne suffit pas pour satisfaire au test. La condition relative à l'intention «claire et expresse» d'éteindre un droit est, en conséquence, très exigeante: voir *Simon*, précité. Le fardeau de prouver l'extinction des droits visés incombe à la partie qui l'allègue, en l'occurrence Sa Majesté.

En ce qui concerne la deuxième étape du test formulé dans *Sparrow*, une fois qu'il a établi l'existence d'un droit ancestral, le demandeur doit démontrer que la mesure législative contestée porte atteinte *prima facie* à ce droit. Autrement dit, la question est alors de savoir si la disposition législative examinée est, de par son objet ou de par ses effets, incompatible avec le droit ancestral reconnu. Dans *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont formulé les lignes directrices suivantes relativement à la question de l'atteinte, aux pp. 1112 et 1113:

Pour déterminer si les droits de pêche ont subi une atteinte constituant une violation à première vue du par. 35(1), on doit poser certaines questions. Premièrement, la restriction est-elle déraisonnable? Deuxièmement, le règlement est-il indûment rigoureux? Troisièmement, le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer? C'est au particulier ou au groupe qui conteste la mesure législative qu'il incombe de prouver qu'il y a eu violation à première vue. En ce qui concerne les faits du présent pourvoi, le règlement serait jugé constituer une atteinte à première vue si on concluait qu'il impose une restriction néfaste à

133

134

1996 CanLII 216 (SCC)

right to fish for food. We wish to note here that the issue does not merely require looking at whether the fish catch has been reduced below that needed for the reasonable food and ceremonial needs of the Musqueam Indians. Rather the test involves asking whether either the purpose or the effect of the restriction on net length unnecessarily infringes the interests protected by the fishing right.

135 Thirdly, after the claimant has demonstrated that the legislation in question constitutes a *prima facie* infringement of his or her aboriginal right, the onus then shifts again to the Crown to prove that the infringement is justified. Courts will be asked, at this stage, to balance and reconcile the conflicting interests of native people, on the one hand, and of the rest of Canadian society, on the other. Specifically, this last step of the *Sparrow* test requires the assessment of both the validity of the objective of the legislation and the reasonableness of the limitation.

136 As to the objective, there is no doubt that a legislative scheme aimed at conservation and management of natural resources will suffice (*Sparrow*, at p. 1113). Other legislative objectives found to be substantial and compelling, such as the security of the public, can also be valid, depending on the circumstances of each case. The notion of public interest, however, is too vague and broad to constitute a valid objective to justify the infringement of an aboriginal right (*Sparrow*, at p. 1113).

137 With respect to the reasonableness of the limits upon the existing aboriginal right, the special trust relationship and the responsibility of the Crown *vis-à-vis* aboriginal people have to be contemplated. At a minimum, this fiduciary duty commands that some priority be afforded to the natives in the regulatory scheme governing the activity recognized as aboriginal right: see *Sparrow*, at pp. 1115-17, also *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294, and *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322 (N.S.C.A.).

l'exercice par les Musqueams de leur droit de pêcher à des fins de subsistance. Nous tenons à souligner ici que la question en litige n'exige pas simplement qu'on examine si la prise autorisée de poissons a été réduite au-dessous de ce qui est requis pour subvenir aux besoins alimentaires et rituels raisonnables des Musqueams. Le critère nécessite plutôt qu'on se demande si, de par son objet ou son effet, la restriction imposée quant à la longueur des filets porte atteinte inutilement aux intérêts protégés par le droit de pêche.

Troisièmement, après que le demandeur a établi que la mesure législative en question constitue une atteinte *prima facie* à son droit ancestral, le fardeau de la preuve se déplace à nouveau et il incombe alors à Sa Majesté de prouver que cette atteinte est justifiée. À cette étape, les tribunaux sont appelés à mettre en équilibre et à concilier les intérêts opposés des peuples autochtones d'une part, et ceux du reste de la société canadienne d'autre part. De façon plus particulière, il faut, au cours de la dernière étape du test établi dans *Sparrow*, apprécier la validité de l'objectif de la mesure législative ainsi que le caractère raisonnable de la restriction.

En ce qui concerne l'objectif de la mesure législative, il ne fait aucun doute que si celle-ci vise la conservation et la gestion des ressources naturelles, il s'agira là d'un objectif suffisant (*Sparrow*, à la p. 1113). D'autres objectifs législatifs jugés impérieux et réels, comme la sécurité du public, peuvent être également valides, compte tenu des circonstances de chaque cas. Cependant, la notion d'intérêt public est trop vague et générale pour constituer un objectif valide justifiant une atteinte à un droit ancestral (*Sparrow*, à la p. 1113).

En ce qui concerne le caractère raisonnable des restrictions imposées au droit ancestral existant, il faut examiner les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité de Sa Majesté envers les autochtones. Cette obligation de fiduciaire commande à tout le moins que soit accordée une certaine priorité aux autochtones dans le cadre du régime de réglementation régissant l'activité reconnue comme un droit ancestral: voir *Sparrow*, aux pp. 1115 à 1117; aussi *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294 et *R. c. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322 (C.A.N.-É.).

1996 CanLII 216 (SCC)

A number of other elements may have to be weighed in the assessment of justification. In *Sparrow*, Dickson C.J. and La Forest J. drew up the following non-exhaustive list of factors relating to justification at p. 1119:

> Within the analysis of justification, there are further questions to be addressed, depending on the circumstances of the inquiry. These include the questions of whether there has been as little infringement as possible in order to effect the desired result; whether, in a situation of expropriation, fair compensation is available; and, whether the aboriginal group in question has been consulted with respect to the conservation measures being implemented. The aboriginal peoples, with their history of conservation-consciousness and interdependence with natural resources, would surely be expected, at the least, to be informed regarding the determination of an appropriate scheme for the regulation of the fisheries.

In the case at bar, the issue relates only to the interpretation of the nature and extent of the Sto:lo's aboriginal right to fish and whether it includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes; i.e., the very first step of the *Sparrow* test, dealing with the assessment and definition of aboriginal rights. If it becomes necessary to proceed to extinguishment or to the questions of *prima facie* infringement and justification, the parties agreed that the case should be remitted to trial, as the summary appeal judge did, given that there is insufficient evidence to enable this Court to decide those issues.

In order to determine whether the Sto:lo benefit from an existing aboriginal right to fish which includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes, it is necessary to elaborate on the appropriate approach to interpreting the nature and extent of aboriginal rights in general. That I now propose to do.

De plus, il pourrait également être nécessaire de 138
tenir compte d'un certain nombre d'autres éléments dans l'appréciation de la justification. Dans *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont dressé une liste non exhaustive de facteurs à prendre en considération relativement à la justification, à la p. 1119:

> Il y a, dans l'analyse de la justification, d'autres questions à aborder, selon les circonstances de l'enquête. Il s'agit notamment des questions de savoir si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre. On s'attendrait certainement à ce que les peuples autochtones, traditionnellement sensibilisés à la conservation et ayant toujours vécu dans des rapports d'interdépendance avec les ressources naturelles, soient au moins informés relativement à la conception d'un régime approprié de réglementation de la pêche.

Ceci dit, la question en litige en l'espèce con- 139
cerne uniquement l'interprétation de la nature et de l'étendue du droit de pêche ancestral des Sto:lo et la question de savoir si ce droit inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, c'est-à-dire la première étape même du test établi dans *Sparrow*, qui porte sur l'évaluation et la définition des droits ancestraux. S'il devient nécessaire d'examiner la question de l'extinction d'un droit ou celles de l'atteinte *prima facie* et de la justification, les parties ont convenu que, comme la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de trancher ces questions, l'affaire devrait être renvoyée pour la tenue d'un nouveau procès, comme l'a fait le juge d'appel des poursuites sommaires.

Pour déterminer si les Sto:lo bénéficient d'un 140
droit de pêche ancestral existant qui inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, il est nécessaire d'expliciter la méthode qu'il convient d'appliquer pour interpréter la nature et l'étendue des droits ancestraux en général. C'est ce que je me propose de faire maintenant.

1996 CanLII 216 (SCC)

III. Interpretation of Aboriginal Rights

141 While I am in general agreement with the Chief Justice on the fundamental interpretative canons relating to aboriginal law which he discussed, the application of those rules to his definition of aboriginal rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* does not, in my view, sufficiently reflect them. For the sake of convenience, I will summarize them here.

142 First, as with all constitutional provisions, s. 35(1) must be given a generous, large and liberal interpretation in order to give full effect to its purposes: see, regarding the *Constitution Act, 1867*, *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), *Attorney General of Quebec v. Blaikie (No. 1)*, [1979] 2 S.C.R. 1016, *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; in the context of the *Charter*, *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; and, particular to aboriginal rights in s. 35(1), *Sparrow*, *supra*, at p. 1108, where Dickson C.J. and La Forest J. wrote that "s. 35(1) is a solemn commitment that must be given meaningful content".

143 Further, the very nature of ancient aboriginal records, such as treaties, agreements with the Crown and other documentary evidence, commands a generous interpretation, and uncertainties, ambiguities or doubts should be resolved in favour of the natives: see *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282, *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, *Simon*, *supra*, *Horseman*, *supra*, *Sioui*, *supra*, *Sparrow*, *supra*, and *Mitchell*, *supra*; see also William Pentney, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee", *supra*, at p. 255.

144 Second, aboriginal rights must be construed in light of the special trust relationship and the responsibility of the Crown *vis-à-vis* aboriginal

III. Interprétation des droits ancestraux

Bien que je sois dans l'ensemble d'accord avec les règles fondamentales d'interprétation du droit relatif aux autochtones qu'a examinées le Juge en chef, l'application qu'il a fait de ces règles pour définir les droits ancestraux visés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'en tient pas suffisamment compte à mon avis. Pour plus de commodité, je vais résumer ces règles ici.

Premièrement, le par. 35(1) doit, comme toutes les autres dispositions constitutionnelles, recevoir une interprétation généreuse, large et libérale permettant la réalisation de ses objectifs: relativement à la *Loi constitutionnelle de 1867*, voir les arrêts *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), *Procureur général du Québec c. Blaikie (nº 1)*, [1979] 2 R.C.S. 1016, *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, dans le contexte de la *Charte*, *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; et en ce qui concerne tout particulièrement les droits ancestraux visés au par. 35(1), *Sparrow*, précité, à la p. 1108, où le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont écrit que «le par. 35(1) constitue un engagement solennel qui doit avoir un sens utile».

Qui plus est, la nature même des documents autochtones anciens tels que les traités, les accords avec Sa Majesté et les autres éléments de preuve documentaire commandent une interprétation généreuse, et les ambiguïtés, doutes ou incertitudes doivent être résolus en faveur des autochtones: voir *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282, *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, *Simon*, précité, *Horseman*, précité, *Sioui*, précité, *Sparrow*, précité et *Mitchell*, précité; voir aussi William Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee», *loc. cit.*, à la p. 255.

Deuxièmement, les droits ancestraux doivent être interprétés à la lumière des rapports spéciaux de fiduciaire et de la responsabilité de Sa Majesté

1996 CanLII 216 (SCC)

people: see *Taylor*, *supra*, and *Guerin*, *supra*. This fiduciary obligation attaches because of the historic power and responsibility assumed by the Crown over aboriginal people. In *Sparrow*, *supra*, the Court succinctly captured this obligation at p. 1108:

> That is, the Government has the responsibility to act in a fiduciary capacity with respect to aboriginal peoples. The relationship between the Government and aboriginals is trust-like, rather than adversarial, and contemporary recognition and affirmation of aboriginal rights must be defined in light of this historic relationship. [Emphasis added.]

See also Alain Lafontaine, "La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones" (1995), 36 *C. de D.* 669.

Finally, but most importantly, aboriginal rights protected under s. 35(1) have to be interpreted in the context of the history and culture of the specific aboriginal society and in a manner that gives the rights meaning to the natives. In that respect, the following remarks of Dickson C.J. and La Forest J. in *Sparrow*, at p. 1112, are particularly apposite:

> While it is impossible to give an easy definition of fishing rights, it is possible, and, indeed, crucial, to be sensitive to the aboriginal perspective itself on the meaning of the rights at stake. [Emphasis added.]

Unlike the Chief Justice, I do not think it appropriate to qualify this proposition by saying that the perspective of the common law matters as much as the perspective of the natives when defining aboriginal rights.

These principles of interpretation are important to keep in mind when determining the proper approach to the question of the nature and extent of aboriginal rights protected in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, to which I now turn.

The starting point in contemplating whether an aboriginal practice, tradition or custom warrants

envers les autochtones: voir *Taylor* et *Guerin*, précités. Cette obligation de fiduciaire existe en raison du pouvoir et de la responsabilité historiques assumés par Sa Majesté vis-à-vis des autochtones. Dans *Sparrow*, précité, notre Cour a exprimé succinctement cette obligation, à la p. 1108:

> ... savoir, le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques. [Je souligne.]

Voir également Alain Lafontaine, «La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones» (1995), 36 *C. de D.* 669.

Enfin, la dernière et la plus importante de ces règles est que les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) doivent être interprétés dans le contexte de l'histoire et de la culture de la société autochtone concernée, de manière à leur donner un sens pour les autochtones. À cet égard, les observations suivantes du juge en chef Dickson et du juge La Forest dans *Sparrow* sont particulièrement à propos, à la p. 1112: 145

> S'il est impossible de donner une définition simple des droits de pêche, il est possible et même crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause. [Je souligne.]

Contrairement au Juge en chef, je n'estime pas approprié de restreindre la portée de cet énoncé en affirmant que, dans la définition des droits ancestraux, la perspective de la common law importe autant que celle des autochtones.

Il faut garder ces principes d'interprétation à l'esprit en déterminant la méthode qu'il convient de suivre dans l'examen de la nature et de l'étendue des droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, question que j'aborde maintenant. 146

Dans *Sparrow*, précité, notre Cour a fait allusion au point de départ de l'examen de la question de 147

1996 CanLII 216 (SCC)

constitutional protection under s. 35(1) was hinted at by this Court in *Sparrow*, *supra*. Dickson C.J. and La Forest J. made this observation, at p. 1099, regarding the role of the fishery in Musqueam life:

> The scope of the existing Musqueam right to fish must now be delineated. The anthropological evidence relied on to establish the existence of the right suggests that, for the Musqueam, the salmon fishery has always constituted an integral part of their distinctive culture. [Emphasis added.]

148 The crux of the debate at the British Columbia Court of Appeal in the present appeal, and in most of the appeals heard contemporaneously, lies in the application of this standard of "integral part of their distinctive culture" to defining the nature and extent of the particular aboriginal right claimed to be protected in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. This broad statement of what characterizes aboriginal rights must be elaborated and made more specific so that it becomes a defining criterion. In particular, two aspects must be examined in detail, namely (1) what are the necessary characteristics of aboriginal rights, and (2) what is the period of time relevant to the assessment of such characteristics.

Characteristics of aboriginal rights

149 The issue of the nature and extent of aboriginal rights protected under s. 35(1) is fundamentally about characterization. Which aboriginal practices, traditions and customs warrant constitutional protection? It appears from the jurisprudence developed in the courts below (see the reasons of the British Columbia Court of Appeal and the decision in *Delgamuukw v. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470) that two approaches to this difficult question have emerged. The first one, which the Chief Justice endorses, focuses on the particular aboriginal practice, tradition or custom. The second approach, more generic, describes aboriginal rights in a fairly high level of abstraction. For the reasons that follow, I favour the latter approach.

savoir s'il est justifié d'accorder à une coutume, pratique ou tradition autochtone la protection de la Constitution en vertu du par. 35(1). Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont fait l'observation suivante relativement au rôle de la pêche dans la vie des Musqueams à la p. 1099:

> Il nous faut maintenant préciser la portée du droit de pêche existant des Musqueams. D'après la preuve anthropologique produite pour établir l'existence de ce droit, la pêche au saumon a toujours fait partie intégrante de la culture distinctive des Musqueams. [Je souligne.]

Le cœur du débat en Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans la présente affaire, ainsi que dans la plupart des appels entendus concurremment, porte sur l'application de la norme de «la partie intégrante de la culture distinctive concernée» en vue de définir la nature et l'étendue du droit ancestral qui, prétend-on, est protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cet énoncé général des caractéristiques des droits ancestraux doit être précisé davantage pour devenir le test de leur définition. Deux aspects en particulier doivent être examinés en profondeur: (1) les caractéristiques nécessaires des droits ancestraux, et (2) la période pertinente pour l'appréciation de ces caractéristiques.

Les caractéristiques des droits ancestraux

La question de la nature et de l'étendue des droits ancestraux protégés par le par. 35(1) est fondamentalement une question de caractérisation. Lesquelles des coutumes, pratiques et traditions autochtones nécessitent la protection de la Constitution? Deux méthodes d'analyse de cette difficile question semblent se dégager des jugements des tribunaux inférieurs (voir les motifs de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans la présente affaire, et l'arrêt *Delgamuukw c. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470). La première, à laquelle souscrit le Juge en chef, est axée sur la coutume, pratique ou tradition en cause. La deuxième, plus générale, décrit les droits ancestraux avec un degré d'abstraction assez élevé. Pour les motifs qui suivent, je préfère cette deuxième méthode.

1996 CanLII 216 (SCC)

The approach based on aboriginal practices, traditions and customs considers only discrete parts of aboriginal culture, separating them from the general culture in which they are rooted. The analysis turns on the manifestations of the "integral part of [aboriginals'] distinctive culture" introduced in *Sparrow*, *supra*, at p. 1099. Further, on this view, what makes aboriginal culture distinctive is that which differentiates it from non-aboriginal culture. The majority of the Court of Appeal adopted this position, as the following passage from Macfarlane J.A.'s reasons reveals (at para. 37):

> What was happening in the aboriginal society before contact with the Europeans is relevant in identifying the unique traditions of the aborigines which deserved protection by the common law. It is also necessary to separate those traditions from practices which are not a unique part of Indian culture, but which are common to Indian and non-Indian alike. [Emphasis added.]

Accordingly, if an activity is integral to a culture other than that of aboriginal people, it cannot be part of aboriginal people's distinctive culture. This approach should not be adopted for the following reasons.

First, on the pure terminology angle of the question, this position misconstrues the words "distinctive culture", used in the above excerpt of *Sparrow*, by interpreting it as if it meant "distinct culture". These two expressions connote quite different meanings and must not be confused. The word "distinctive" is defined in *The Concise Oxford Dictionary* (9th ed. 1995) as "distinguishing, characteristic" where the word "distinct" is described as "1 (often foll. by *from*) a not identical; separate; individual. b different in kind or quality; unlike". While "distinct" mandates comparison and evaluation from a separate vantage point, "distinctive" requires the object to be observed on its own. While describing an object's "distinctive" qualities may entail describing how the object is different from others (i.e., "distinguishing"), there is nothing in the term that requires it to be plainly different. In fact, all that "distinctive culture" requires is the characterization of aboriginal cul-

La méthode fondée sur l'examen des coutumes, pratiques et traditions autochtones ne s'attache qu'à des éléments distincts de la culture autochtone, et les isolent de la culture générale dans laquelle elles sont enracinées. L'analyse porte sur les manifestations de la «partie intégrante de la culture distinctive [des autochtones visés]» formulée dans *Sparrow*, à la p. 1099. De plus, suivant ce point de vue, ce qui rend la culture autochtone distinctive c'est ce qui la distingue de la culture non autochtone. La Cour d'appel à la majorité a adopté ce point de vue, comme le révèle l'extrait qui suit des motifs du juge Macfarlane (au par. 37): 150

> [TRADUCTION] Il est pertinent d'examiner ce qui se passait dans la société autochtone avant le contact avec les Européens pour établir quelles étaient les traditions uniques qui valaient d'être protégées par la common law. Il est également nécessaire de séparer ces traditions des pratiques qui ne constituent pas un aspect propre à la culture indienne, mais qui sont communes aux Indiens et aux non-Indiens. [Je souligne.]

En conséquence, si une activité fait partie intégrante d'une culture autre que celle des autochtones, elle ne peut faire partie de la culture distinctive de ceux-ci. Cette méthode ne devrait pas être adoptée, et ce pour les motifs suivants.

Premièrement, sous l'angle de pure terminologie, cette méthode décrit mal l'expression «culture distinctive» utilisée dans l'extrait précité de l'arrêt *Sparrow*, en lui donnant le sens de «culture distincte». Il ne faut pas confondre ces deux expressions qui ont des sens fort différents. Dans *The Concise Oxford Dictionary* (9e éd. 1995), le terme «*distinctive*» est défini ainsi: [TRADUCTION] «ce qui distingue, une caractéristique», alors qu'on y définit de la manière suivante le mot «*distinct*»: [TRADUCTION] «1 (souvent suivi de la préposition «*de*») a qui n'est pas identique; séparé; individuel. b de qualité ou d'espèce différentes; différent». Alors que le mot «*distinct*» appelle une comparaison et une évaluation d'un point de vue particulier, le mot «*distinctive*» exige que l'objet soit observé individuellement. Même si la description des qualités «distinctives» d'un objet peut amener à décrire en quoi celui-ci diffère d'autres objets («ce qui distingue»), le mot «*distinctive*» ne demande 151

1996 CanLII 216 (SCC)

ture, not its differentiation from non-aboriginal cultures.

152 While the Chief Justice recognizes the difference between "distinctive" and "distinct", he applies it only as regards the manifestations of the distinctive aboriginal culture, i.e., the individualized practices, traditions and customs of a particular group of aboriginal people. As I will examine in more detail in a moment, the "distinctive" aboriginal culture has, in my view, a generic and much broader application.

153 Second, holding that what is common to both aboriginal and non-aboriginal cultures must necessarily be non-aboriginal and thus not aboriginal for the purpose of s. 35(1) is, to say the least, an overly majoritarian approach. This is diametrically opposed to the view propounded in *Sparrow*, *supra*, that the interpretation of aboriginal rights be informed by the fiduciary responsibility of the Crown *vis-à-vis* aboriginal people as well as by the aboriginal perspective on the meaning of the rights. Such considerations command that practices, traditions and customs which characterize aboriginal societies as the original occupiers and users of Canadian lands be protected, despite their common features with non-aboriginal societies.

154 Finally, an approach based on a dichotomy between aboriginal and non-aboriginal practices, traditions and customs literally amounts to defining aboriginal culture and aboriginal rights as that which is left over after features of non-aboriginal cultures have been taken away. Such a strict construction of constitutionally protected aboriginal rights flies in the face of the generous, large and liberal interpretation of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* advocated in *Sparrow*.

pas que l'objet soit nettement différent. De fait, tout ce qu'exige l'expression «culture distinctive» c'est que l'on caractérise la culture autochtone et non qu'on la différencie des cultures non autochtones.

Bien que le Juge en chef reconnaisse la différence entre les mots «*distinctive*» et «*distinct*», il n'applique cette différence qu'à l'égard des manifestations de la culture autochtone distinctive, c'est-à-dire les coutumes, pratiques et traditions propres à un groupe particulier d'autochtones. Comme je vais l'examiner plus en détail dans un moment, l'expression culture autochtone «distinctive» a, à mon avis, une application générale et beaucoup plus large.

Deuxièmement, affirmer que ce qui est commun aux cultures autochtones et non autochtones est nécessairement non autochtone et donc non ancestral pour l'application du par. 35(1) est, pour le moins, une analyse qui accorde beaucoup trop d'importance au point de vue de la majorité. Cette conception est diamétralement opposée au point de vue avancé dans *Sparrow*, précité, suivant lequel l'interprétation des droits ancestraux doit tenir compte de la responsabilité de fiduciaire de Sa Majesté vis-à-vis les peuples autochtones, ainsi que de la perspective autochtone quant à la signification des droits en cause. Ces considérations exigent que soient protégées, malgré leurs points communs avec les sociétés non autochtones, les coutumes, pratiques et traditions qui caractérisent les sociétés autochtones en tant que premiers occupants et usagers du territoire canadien.

Enfin, une analyse fondée sur la dichotomie entre les coutumes, pratiques et traditions autochtones et non autochtones revient à définir la culture autochtone et les droits ancestraux comme étant ce qu'il en reste après qu'on en ait retranché les caractéristiques des cultures non autochtones. Une interprétation aussi rigide des droits ancestraux protégés par la Constitution est contraire à l'interprétation généreuse, large et libérale du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* préconisée dans *Sparrow*.

1996 CanLII 216 (SCC)

A better approach, in my view, is to examine the question of the nature and extent of aboriginal rights from a certain level of abstraction and generality.

A generic approach to defining the nature and extent of aboriginal rights starts from the proposition that the notion of "integral part of [aboriginals'] distinctive culture" constitutes a general statement regarding the purpose of s. 35(1). Instead of focusing on a particular practice, tradition or custom, this conception refers to a more abstract and profound concept. In fact, similar to the values enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, aboriginal rights protected under s. 35(1) should be contemplated on a multi-layered or multi-faceted basis: see Andrea Bowker, "*Sparrow*'s Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal" (1995), 53 *Toronto Fac. L. Rev.* 1, at pp. 28-29.

Accordingly, s. 35(1) should be viewed as protecting, not a catalogue of individualized practices, traditions or customs, as the Chief Justice does, but the "distinctive culture" of which aboriginal activities are manifestations. Simply put, the emphasis would be on the significance of these activities to natives rather than on the activities themselves.

Although I do not claim to examine the question in terms of liberal enlightenment, an analogy with freedom of expression guaranteed in s. 2(*b*) of the *Charter* will illustrate this position. Section 2(*b*) of the *Charter* does not refer to an explicit catalogue of protected expressive activities, such as political speech, commercial expression or picketing, but involves rather the protection of the ability to express: see *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, *Keegstra*, *supra*; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, and *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199. In other words, the constitutional guarantee of

155 À mon avis, il vaut mieux examiner la question de la nature et de l'étendue des droits ancestraux à partir d'un certain degré d'abstraction et de généralité.

156 L'application d'une analyse générale pour définir la nature et l'étendue des droits ancestraux repose sur le principe que la notion de «partie intégrante de la culture distinctive [des autochtones visés]» constitue un énoncé général de l'objet du par. 35(1). Au lieu de mettre l'accent sur une coutume, pratique ou tradition particulière, ce principe renvoie à un concept plus abstrait et plus profond. De fait, à l'instar des valeurs constitutionnalisées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, les droits ancestraux protégés au par. 35(1) devraient être examinés au moyen d'une analyse tenant compte d'une multiplicité d'aspects ou de facettes: voir Andrea Bowker, «*Sparrow*'s Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal» (1995), 53 *Toronto Fac. L. Rev.* 1, aux pp. 28 et 29.

157 En conséquence, il faudrait considérer que le par. 35(1) protège non pas une liste de coutumes, pratiques ou traditions propres, comme le soutient le Juge en chef, mais plutôt la «culture distinctive» dont les activités autochtones sont des manifestations. Bref, l'accent serait mis sur l'importance de ces activités pour les autochtones plutôt que sur les activités elles-mêmes.

158 Même si je ne prétends pas examiner la question selon la philosophie libérale des Lumières, une analogie avec la liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte* permettra d'illustrer cette position. L'alinéa 2*b*) de la *Charte* ne dresse pas une liste précise de formes d'expression protégées, comme le discours politique, l'expression commerciale ou le piquetage, mais il vise plutôt à protéger la capacité de s'exprimer: voir *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, *Keegstra*, précité; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139 et *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199. En d'autres mots, la liberté d'expres-

1996 CanLII 216 (SCC)

freedom of expression is conceptualized, not as protecting the possible manifestations of expression, but as preserving the fundamental purposes for which one may express oneself, i.e., the rationales supporting freedom of expression.

159 Similarly, aboriginal practices, traditions and customs protected under s. 35(1) should be characterized by referring to the fundamental purposes for which aboriginal rights were entrenched in the *Constitution Act, 1982*. As I have already noted elsewhere, s. 35(1) constitutionalizes the common law doctrine of aboriginal rights which recognizes aboriginal interests arising out of the historic occupation and use of ancestral lands by natives. This, in my view, is how the notion of "integral part of a distinctive aboriginal culture" should be contemplated. The "distinctive aboriginal culture" must be taken to refer to the reality that, despite British sovereignty, aboriginal people were the original organized society occupying and using Canadian lands: *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*, at p. 328, *per* Judson J., and *Guerin*, *supra*, at p. 379, *per* Dickson J. (as he then was).

160 This rationale should inform the characterization of aboriginal activities which warrant constitutional protection as aboriginal rights. The practices, traditions and customs protected under s. 35(1) should be those that are sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of a particular group of aboriginal people. See *Delgamuukw v. British Columbia*, *supra*, at pp. 646-47, *per* Lambert J.A., dissenting; see also Asch and Macklem, "Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R.* v. *Sparrow*", *supra*, at p. 505, and Pentney, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee", *supra*, at pp. 258-59.

161 Put another way, the aboriginal practices, traditions and customs which form the core of the lives

sion garantie par la Constitution est conceptualisée non pas comme une façon de protéger les manifestations possibles de cette liberté, mais plutôt comme un moyen de préserver les raisons fondamentales pour lesquelles une personne s'exprime, c'est-à-dire, les motifs qui sont le fondement de la liberté d'expression.

De même, les coutumes, pratiques et traditions autochtones protégées en vertu du par. 35(1) devraient être caractérisées au regard des objets fondamentaux de la constitutionnalisation des droits ancestraux dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme je l'ai déjà mentionné, le par. 35(1) constitutionnalise la doctrine de common law des droits ancestraux, qui reconnaît les intérêts des autochtones qui découlent de l'occupation et de l'utilisation historiques par ceux-ci de leurs terres ancestrales. À mon avis, c'est ainsi que devrait être envisagée la notion de «partie intégrante d'une culture autochtone distinctive». L'expression «culture autochtone distinctive» doit être considérée comme tenant compte du fait que, en dépit de la souveraineté britannique, les autochtones ont constitué la première société organisée à occuper et à utiliser le territoire canadien: *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, à la p. 328, le juge Judson; et *Guerin*, précité, à la p. 379, le juge Dickson J. (plus tard Juge en chef).

Ce raisonnement devrait être appliqué dans la caractérisation des activités autochtones qui commandent la protection de la Constitution en tant que droits ancestraux. Les coutumes, pratiques et traditions protégées en vertu du par. 35(1) devraient être celles qui sont suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture d'un groupe particulier d'autochtones. Voir *Delgamuukw c. British Columbia*, précité, aux pp. 646 et 647, le juge Lambert, dissident; voir aussi Asch et Macklem, «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R.* v. *Sparrow*», *loc. cit.*, à la p. 505 et Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee», *loc. cit.*, aux pp. 258 et 259.

En d'autres mots, les coutumes, pratiques et traditions qui sont au centre de la vie des peuples

1996 CanLII 216 (SCC)

of native people and which provide them with a way and means of living as an organized society will fall within the scope of the constitutional protection under s. 35(1). This was described by Lambert J.A., dissenting at the Court of Appeal, as the "social" form of description of aboriginal rights (see para. 140), a formulation the Chief Justice rejects. Lambert J.A. distinguished these aboriginal activities from the practices or habits which were merely incidental to the lives of a particular group of aboriginal people and, as such, would not warrant protection under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. I agree with this description which, although flexible, provides a defining criterion for the interpretation of the nature and extent of aboriginal rights and, contrary to what my colleague McLachlin J. suggests, does not suffer from vagueness or overbreadth, as defined by this Court (see *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, and *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031).

autochtones et qui leur assurent les moyens de vivre en société organisée relèveront du champ d'application de la protection constitutionnelle offerte par le par. 35(1). C'est ce que le juge Lambert, dans sa dissidence en Cour d'appel, a décrit comme étant la forme «sociale» de description des droits ancestraux (au par. 140), énoncé que rejette le Juge en chef. Le juge Lambert a distingué ces activités autochtones des pratiques ou habitudes qui étaient simplement des aspects accessoires de la vie d'un groupe particulier d'autochtones et qui, en tant que telles, ne commanderaient pas la protection du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je suis d'accord avec cette description qui, quoique souple, constitue un critère qui délimite l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits ancestraux, et qui, contrairement à ce qu'affirme ma collègue le juge McLachlin, ne souffre pas d'imprécision et n'a pas une portée excessive, suivant le sens donné à ces termes par notre Cour (voir les arrêts *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 et *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031).

Further comments regarding this approach are in order. The criterion of "distinctive aboriginal culture" should not be limited to those activities that only aboriginal people have undertaken or that non-aboriginal people have not. Rather, all practices, traditions and customs which are connected enough to the self-identity and self-preservation of organized aboriginal societies should be viewed as deserving the protection of s. 35(1). Further, a generous, large and liberal construction should be given to these activities in order to give full effect to the constitutional recognition of the distinctiveness of aboriginal culture. Finally, it is almost trite to say that what constitutes a practice, tradition or custom distinctive to native culture and society must be examined through the eyes of aboriginal people, not through those of the non-native majority or the distorting lens of existing regulations.

162 D'autres commentaires s'imposent relativement à cette analyse. Le test de la «culture autochtone distinctive» ne devrait pas être restreint aux activités exercées uniquement par les autochtones et non par les non-autochtones. Au contraire, toutes les coutumes, pratiques et traditions ayant un lien suffisant avec le sentiment d'identité et le désir de préservation des sociétés autochtones organisées devraient être considérées comme valant d'être protégées en vertu du par. 35(1). Qui plus est, il faudrait interpréter ces activités de façon généreuse, large et libérale afin de donner plein effet à la reconnaissance constitutionnelle du caractère distinctif de la culture autochtone. Enfin, c'est presque un truisme de dire que ce qui constitue une coutume, pratique ou tradition distinctive pour une culture et une société autochtones doit être examiné avec les yeux des autochtones, plutôt qu'avec ceux de la majorité non autochtone ou encore à travers le prisme déformant des règlements existants.

It is necessary to discuss at this point the period of time relevant to the assessment of the practices,

163 Il faut maintenant examiner la question de la période pertinente pour apprécier les coutumes,

1996 CanLII 216 (SCC)

traditions and customs which form part of the distinctive culture of a particular group of aboriginal people.

Period of time relevant to aboriginal rights

164 The question of the period of time relevant to the recognition of aboriginal rights relates to whether the practice, tradition or custom has to exist prior to a specific date, and also to the length of time necessary for an aboriginal activity to be recognized as a right under s. 35(1). Here, again, two basic approaches have been advocated in the courts below (see the decisions of the British Columbia Court of Appeal in this case, and in *Delgamuukw v. British Columbia*, *supra*), namely the "frozen right" approach and the "dynamic right" approach. An examination of each will show that the latter view is to be preferred.

165 The "frozen right" approach would recognize practices, traditions and customs — forming an integral part of a distinctive aboriginal culture — which have long been in existence at the time of British sovereignty: see Slattery, "Understanding Aboriginal Rights", *supra*, at pp. 758-59. This requires the aboriginal right claimant to prove two elements: (1) that the aboriginal activity has continuously existed for "time immemorial", and (2) that it predated the assertion of sovereignty. Defining existing aboriginal rights by referring to pre-contact or pre-sovereignty practices, traditions and customs implies that aboriginal culture was crystallized in some sort of "aboriginal time" prior to the arrival of Europeans. Contrary to the Chief Justice, I do not believe that this approach should be adopted, for the following reasons.

166 First, relying on the proclamation of sovereignty by the British imperial power as the "cut-off" for the development of aboriginal practices, traditions and customs overstates the impact of European influence on aboriginal communities: see Bowker,

pratiques et traditions qui font partie de la culture distinctive d'un groupe particulier d'autochtones.

Période pertinente pour l'examen des droits ancestraux

La question de la période pertinente pour la reconnaissance de droits ancestraux amène à se demander si la coutume, pratique ou tradition doit avoir existé avant une date spécifique, et quelle est la période nécessaire pendant laquelle une activité autochtone doit avoir été exercée pour être reconnue comme un droit visé au par. 35(1). Une fois encore, deux méthodes principales ont été préconisées devant les tribunaux inférieurs (voir les arrêts de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce et dans *Delgamuukw c. British Columbia*, précité): la méthode fondée sur les «droits figés» et celle fondée sur le «caractère dynamique des droits». L'examen de chacune de ces méthodes démontrera qu'il y a lieu de préférer la dernière.

Suivant la méthode fondée sur les «droits figés», seraient reconnues les coutumes, pratiques et traditions — faisant partie intégrante d'une culture autochtone distinctive — qui existaient depuis longtemps au moment de la souveraineté britannique: voir Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, aux pp. 758 et 759. Il s'ensuit que la personne qui revendique les droits ancestraux doit prouver deux choses: (1) que l'activité autochtone existe «de temps immémorial», et (2) qu'elle existait avant l'affirmation de la souveraineté. Déterminer les droits ancestraux existants en fonction des coutumes, pratiques et traditions antérieures au contact avec les Européens ou à l'affirmation de la souveraineté britannique sous-entend que la culture autochtone s'est cristallisée au cours d'une sorte d'«époque aborigène», avant l'arrivée des Européens. Contrairement au Juge en chef, je ne crois pas, pour les motifs qui suivent, qu'il y a lieu d'adopter cette méthode.

Premièrement, le fait de s'appuyer sur la proclamation de souveraineté par l'empire britannique comme «date limite» de formation des coutumes, pratiques et traditions autochtones exagère l'incidence de l'influence européenne sur les collecti-

1996 CanLII 216 (SCC)

"*Sparrow*'s Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal", *supra*, at p. 22. From the native people's perspective, the coming of the settlers constitutes one of many factors, though a very significant one, involved in their continuing societal change and evolution. Taking British sovereignty as the turning point in aboriginal culture assumes that everything that the natives did after that date was not sufficiently significant and fundamental to their culture and social organization. This is no doubt contrary to the perspective of aboriginal people as to the significance of European arrival on their rights.

Second, crystallizing aboriginal practices, traditions and customs at the time of British sovereignty creates an arbitrary date for assessing existing aboriginal rights: see Sébastien Grammond, "La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*" (1991), 36 *McGill L.J.* 1382, at pp. 1403-4. In effect, how would one determine the crucial date of sovereignty for the purpose of s. 35(1)? Is it the very first European contacts with native societies, at the time of the Cabot, Verrazzano and Cartier voyages? Is it at a later date, when permanent European settlements were founded in the early seventeenth century? In British Columbia, did sovereignty occur in 1846 — the year in which the *Oregon Boundary Treaty, 1846* was concluded — as held by the Court of Appeal for the purposes of this litigation? No matter how the deciding date is agreed upon, it will not be consistent with the aboriginal view regarding the effect of the coming of Europeans.

As a third point, in terms of proof, the "frozen right" approach imposes a heavy and unfair burden on the natives: the claimant of an aboriginal right must prove that the aboriginal practice, tradition or custom is not only sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the aboriginal group, but has also been continuously in existence, but as the Chief Justice stresses,

vités autochtones: voir Bowker, «*Sparrow*'s Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal», *loc. cit.*, à la p. 22. Du point de vue des autochtones, l'arrivée des colons est un des nombreux facteurs — facteur très important évidemment — qui ont marqué l'évolution constante de leur société. Le fait de considérer la souveraineté britannique comme le point tournant de la culture autochtone suppose que tout ce que les autochtones ont fait après cette date n'était pas suffisamment important et fondamental pour leur culture et leur organisation sociale. Cette prémisse est sans aucun doute à l'opposé du point de vue des autochtones sur l'importance qu'a eue l'arrivée des Européens sur leurs droits.

Deuxièmement, la cristallisation des coutumes, pratiques et traditions autochtones au moment de la souveraineté britannique a pour effet de fixer une date arbitraire pour l'appréciation des droits ancestraux existants: voir Sébastien Grammond, «La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*» (1991), 36 *R.D. McGill* 1382, aux pp. 1403 et 1404. En effet, comment déterminerait-on la date cruciale de la souveraineté pour l'application du par. 35(1)? S'agit-il des tout premiers contacts entre les Européens et les sociétés autochtones, à l'époque des voyages de Cabot, de Verrazzano et de Cartier? Est-ce plutôt à une date ultérieure, à la date de la fondation des colonies européennes permanentes au début du XVII[e] siècle? En Colombie-Britannique, la souveraineté est-elle survenue en 1846 — année de la signature du Traité Oregon — comme l'a conclu la Cour d'appel en l'espèce? Peu importe la façon dont on convient de la date déterminante, celle-ci sera incompatible avec le point de vue des autochtones sur l'effet de la venue des Européens.

Troisièmement, sur le plan de la preuve, la méthode fondée sur les «droits figés» impose aux autochtones un fardeau lourd et injuste. En effet, le demandeur qui revendique un droit ancestral doit prouver que la coutume, pratique ou tradition autochtone est non seulement suffisamment importante et fondamentale pour l'organisation sociale et la culture du groupe autochtone, mais aussi qu'elle

1996 CanLII 216 (SCC)

even if interrupted for a certain length of time, for an indeterminate long period of time prior to British sovereignty. This test embodies inappropriate and unprovable assumptions about aboriginal culture and society. It forces the claimant to embark upon a search for a pristine aboriginal society and to prove the continuous existence of the activity for "time immemorial" before the arrival of Europeans. This, to say the least, constitutes a harsh burden of proof, which the relaxation of evidentiary standards suggested by the Chief Justice is insufficient to attenuate. In fact, it is contrary to the interpretative approach propounded by this Court in *Sparrow*, *supra*, which commands a purposive, liberal and favourable construction of aboriginal rights.

a existé de façon ininterrompue pendant une longue période indéterminée avant la souveraineté britannique, quoique, comme le souligne le Juge en chef, il ait pu y avoir interruption pendant un certain temps. Ce critère intègre des hypothèses inappropriées et improuvables en ce qui concerne la culture et la société autochtones. Il oblige le demandeur à se lancer à la recherche d'une société autochtone originale et à prouver que l'activité existait «de temps immémorial» avant l'arrivée des Européens. Il s'agit là, pour le moins, d'un fardeau de preuve exigeant, que l'assouplissement des normes de preuve suggéré par le Juge en chef ne permet pas d'atténuer. De fait, ce critère va à l'encontre de la méthode d'interprétation avancée par notre Cour dans *Sparrow*, précité, qui commande une interprétation des droits ancestraux libérale, favorable et fondée sur l'objet.

1996 CanLII 216 (SCC)

169 Moreover, when examining the wording of the constitutional provisions regarding aboriginal rights, it appears that the protection should not be limited to pre-contact or pre-sovereignty practices, traditions and customs. Section 35(2) of the *Constitution Act, 1982* provides that the "'aboriginal peoples of Canada' includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada" (emphasis added). Obviously, there were no Métis people prior to contact with Europeans as the Métis are the result of intermarriage between natives and Europeans: see Pentney, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee", *supra*, at pp. 272-74. Section 35(2) makes it clear that aboriginal rights are indeed guaranteed to Métis people. As a result, according to the text of the Constitution of Canada, it must be possible for aboriginal rights to arise after British sovereignty, so that Métis people can benefit from the constitutional protection of s. 35(1). The case-by-case application of s. 35(2) of the *Constitution Act, 1982* proposed by the Chief Justice does not address the issue of the interpretation of s. 35(2).

De plus, l'examen du texte des dispositions constitutionnelles concernant les droits ancestraux tend à indiquer que la protection ne devrait pas s'appliquer uniquement aux coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens ou l'affirmation de la souveraineté. En effet, le par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* dit que l'expression ««peuples autochtones du Canada» s'entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada»» (je souligne). Il n'existait évidemment pas de Métis avant le contact avec les Européens, puisque les premiers sont issus de mariages entre autochtones et Européens: voir Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee», *loc. cit.*, aux pp. 272 à 274. Le paragraphe 35(2) indique clairement que les droits ancestraux sont effectivement garantis aux Métis. En conséquence, selon le texte de la Constitution du Canada, il faut que des droits ancestraux puissent être nés après l'affirmation de la souveraineté britannique pour que les Métis puissent bénéficier de la protection constitutionnelle offerte par le par. 35(1). L'application cas par cas du par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* que propose le Juge en chef ne règle pas la question de l'interprétation de cette disposition.

Finally, the "frozen right" approach is inconsistent with the position taken by this Court in *Sparrow*, *supra*, which refused to define existing aboriginal rights so as to incorporate the manner in which they were regulated in 1982. The following passage from Dickson C.J. and La Forest J.'s reasons makes this point (at p. 1093):

> Far from being defined according to the regulatory scheme in place in 1982, the phrase "existing aboriginal rights" must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time. To use Professor Slattery's expression, in "Understanding Aboriginal Rights," *supra*, at p. 782, the word "existing" suggests that those rights are "affirmed in a contemporary form rather than in their primeval simplicity and vigour". Clearly, then, an approach to the constitutional guarantee embodied in s. 35(1) which would incorporate "frozen rights" must be rejected. [Emphasis added.]

This broad proposition should be taken to relate, not only to the meaning of the word "existing" found in s. 35(1), but also to the more fundamental question of the time at which the content of the rights themselves is determined. Accordingly, the interpretation of the nature and extent of aboriginal rights must "permit their evolution over time".

The foregoing discussion shows that the "frozen right" approach to defining aboriginal rights as to their nature and extent involves several important restrictions and disadvantages. A better position, in my view, would be evolutive in character and give weight to the perspective of aboriginal people. As the following analysis will demonstrate, a "dynamic right" approach to the question will achieve these objectives.

The "dynamic right" approach to interpreting the nature and extent of aboriginal rights starts from the proposition that "the phrase 'existing aboriginal rights' must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time" (*Sparrow*, at p. 1093). According to this view, aboriginal rights must be permitted to maintain contemporary rele-

Enfin, la méthode fondée sur les «droits figés» est incompatible avec la position adoptée par notre Cour dans *Sparrow*, précité, où elle a refusé de définir les droits ancestraux existants de façon à intégrer la manière dont ils étaient réglementés en 1982. L'extrait suivant des motifs du juge en chef Dickson et du juge La Forest exprime ce point (à la p. 1093): 170

> Loin d'être définie selon le régime de réglementation en vigueur en 1982, l'expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps. Pour reprendre l'expression du professeur Slattery, dans «Understanding Aboriginal Rights,» précité, à la p. 782, le mot «existants» laisse supposer que ces droits sont [TRADUCTION] «confirmés dans leur état actuel plutôt que dans leur simplicité et vigueur primitives». Il est alors évident qu'il faut rejeter une interprétation de la garantie constitutionnelle énoncée au par. 35(1) qui engloberait des «droits figés». [Je souligne.]

Cette proposition générale doit être considérée comme visant non seulement le sens du mot «existants» qui figure au par. 35(1), mais aussi la question plus fondamentale de la période servant à la détermination du contenu des droits eux-mêmes. En conséquence, l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits ancestraux doit «permettre leur évolution dans le temps».

Il ressort de l'examen qui précède que l'application de la méthode fondée sur les «droits figés», afin de définir la nature et l'étendue des droits ancestraux, comporte plusieurs restrictions et inconvénients importants. À mon avis, une meilleure méthode en serait une qui tiendrait compte de l'évolution des droits et de la perspective autochtone. Comme le démontrera l'analyse qui suit, l'application d'une méthode fondée sur le «caractère dynamique des droits» permettra d'atteindre ces objectifs. 171

L'interprétation de la nature et de l'étendue des droits ancestraux par la méthode fondée sur le «caractère dynamique des droits» repose sur le principe que «l'expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps» (*Sparrow*, à la p. 1093). Selon ce principe, 172

1996 CanLII 216 (SCC)

vance in relation to the needs of the natives as their practices, traditions and customs change and evolve with the overall society in which they live. This generous, large and liberal interpretation of aboriginal rights protected under s. 35(1) would ensure their continued vitality.

il faut permettre aux droits ancestraux de conserver une pertinence contemporaine par rapport aux besoins des autochtones, au fur et à mesure que leurs coutumes, pratiques et traditions changent et évoluent en même temps que l'ensemble de la société dans laquelle ils vivent. Cette interprétation généreuse, large et libérale des droits ancestraux protégés en vertu du par. 35(1) garantirait leur vitalité continue.

173 Distinctive aboriginal culture would not be frozen as of any particular time but would evolve so that aboriginal practices, traditions and customs maintain a continuing relevance to the aboriginal societies as these societies exist in the contemporary world. Instead of considering it as the turning point in aboriginal culture, British sovereignty would be regarded as having recognized and affirmed practices, traditions and customs which are sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of aboriginal people. This idea relates to the "doctrine of continuity", founded in British imperial constitutional law, to the effect that when new territory is acquired the *lex loci* of organized societies, here the aboriginal societies, continues at common law.

La culture autochtone distinctive ne serait pas figée à un moment donné, mais elle évoluerait, de sorte que les coutumes, pratiques et traditions conserveraient leur pertinence pour les sociétés autochtones qui vivent dans le monde d'aujourd'hui. Au lieu d'être perçue comme le point tournant pour la culture autochtone, la souveraineté britannique serait plutôt considérée comme ayant reconnu et confirmé les coutumes, pratiques et traditions qui sont suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture des autochtones. Cette idée se rattache à la [TRADUCTION] «doctrine de la continuité», fondée sur le droit constitutionnel impérial britannique et selon laquelle, en cas d'acquisition de nouveaux territoires, la *lex loci* des sociétés organisées, en l'occurrence les sociétés autochtones, continue de s'appliquer en vertu de la common law.

174 See, on the doctrine of continuity in general, Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1769), vol. 2, at p. 51, Joseph Chitty, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown* (1820), at p. 119, and Sir William Searle Holdsworth, *A History of English Law* (1938), vol. 11, at pp. 3-274. See also, in the context of Canadian aboriginal law, Brian Slattery, *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title* (1983), Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989), Mark Walters, "British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*" (1992), 17 *Queen's L.J.* 350, Lafontaine, "La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones", *supra*, at p. 719; and Émond, "Le sable dans l'engrenage du droit

Voir, sur la doctrine de la continuité en général, Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1769), vol. 2, à la p. 51; Joseph Chitty, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown* (1820), à la p. 119; et Sir William Searle Holdsworth, *A History of English Law* (1938), vol. 11, aux pp. 3 à 274. Voir aussi dans le contexte du droit canadien en matière autochtone, Brian Slattery, *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title* (1983), Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989), Mark Walters, «British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*» (1992), 17 *Queen's L.J.* 350; Lafontaine, «La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones», *loc. cit.*, à la p. 719; et Émond, «Le sable

1996 CanLII 216 (SCC)

inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale", *supra*, at p. 96.

Consequently, in order for an aboriginal right to be recognized and affirmed under s. 35(1), it is not imperative for the practices, traditions and customs to have existed prior to British sovereignty and, *a fortiori*, prior to European contact, which is the cut-off date favoured by the Chief Justice. Rather, the determining factor should only be that the aboriginal activity has formed an integral part of a distinctive aboriginal culture — i.e., to have been sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the aboriginal group — for a substantial continuous period of time as defined above.

Such a temporal requirement is less stringent than the "time immemorial" criterion developed in the context of aboriginal title: see *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*; and, *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, *supra*; see also Grammond, "La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*", *supra*, at p. 1394. This qualification of the time immemorial test finds support in the *obiter dicta* of this Court in *Sparrow*, *supra*, at p. 1095, regarding the Musqueam Band's aboriginal right to fish:

> It is true that for the period from 1867 to 1961 the evidence is scanty. But the evidence was not disputed or contradicted in the courts below and there is evidence of sufficient continuity of the right to support the Court of Appeal's finding, and we would not disturb it. [Emphasis added.]

The substantial continuous period of time for which the aboriginal practice, tradition or custom must have been engaged in will depend on the circumstances and on the nature of the aboriginal right claimed. However, as proposed by Professor Slattery, in "Understanding Aboriginal Rights", *supra*, at p. 758, in the context of aboriginal title, "in most cases a period of some twenty to fifty years would seem adequate". This, in my view, should constitute a reference period to determine

dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale», *loc. cit.*, à la p. 96.

175 En conséquence, pour qu'un droit ancestral soit reconnu et confirmé en vertu du par. 35(1), il n'est pas impératif que les coutumes, pratiques et traditions aient existé avant l'affirmation de la souveraineté britannique et, a fortiori, avant le contact avec les Européens, date limite préconisée par le Juge en chef. De fait, le facteur déterminant devrait uniquement être le fait que l'activité autochtone ait fait partie intégrante d'une culture autochtone distinctive — c'est-à-dire avoir été suffisamment importante et fondamentale pour l'organisation sociale et la culture du groupe autochtone visé — pendant une période considérable et ininterrompue, au sens indiqué précédemment.

176 Cette exigence temporelle est moins rigoureuse que le critère du «temps immémorial» fixé dans le contexte du titre aborigène: voir *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, et *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, précité; voir aussi Grammond, «La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*», *loc. cit.*, à la p. 1394. Cette réserve apportée au critère du temps immémorial trouve appui dans les *obiter dicta* de notre Cour dans *Sparrow*, précité, à la p. 1095, relativement au droit de pêche ancestral de la bande des Musqueams:

> Il est vrai qu'en ce qui concerne la période de 1867 à 1961 la preuve est sommaire. Mais la preuve n'a pas été contestée ni contredite devant les tribunaux d'instance inférieure et il y a preuve d'un exercice ininterrompu suffisant du droit pour justifier la conclusion de la Cour d'appel et nous n'y toucherons pas. [Je souligne.]

177 En ce qui concerne la période considérable et ininterrompue au cours de laquelle la coutume, pratique ou tradition doit avoir été suivie, elle dépendra des circonstances et de la nature du droit ancestral revendiqué. Cependant, comme l'a proposé le professeur Slattery dans «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, à la p. 758, à l'égard du titre aborigène, [TRADUCTION] «dans la plupart des cas, il semble qu'une période de vingt à cinquante ans serait suffisante». Cette période devrait,

1996 CanLII 216 (SCC)

whether an aboriginal activity has been in existence for long enough to warrant constitutional protection under s. 35(1).

178 In short, the substantial continuous period of time necessary to the recognition of aboriginal rights should be assessed based on (1) the type of aboriginal practices, traditions and customs, (2) the particular aboriginal culture and society, and (3) the reference period of 20 to 50 years. Such a time frame does not minimize the fact that in order to benefit from s. 35(1) protection, aboriginal activities must still form the core of the lives of native people; this surely cannot be characterized as an extreme position, as my colleague Justice McLachlin affirms.

179 The most appreciable advantage of the "dynamic right" approach to defining the nature and extent of aboriginal rights is the proper consideration given to the perspective of aboriginal people on the meaning of their existing rights. It recognizes that distinctive aboriginal culture is not a reality of the past, preserved and exhibited in a museum, but a characteristic that has evolved with the natives as they have changed, modernized and flourished over time, along with the rest of Canadian society. This, in the aboriginal people's perspective, is no doubt the true sense of the constitutional protection provided to aboriginal rights through s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Summary

180 In the end, the proposed general guidelines for the interpretation of the nature and extent of aboriginal rights constitutionally protected under s. 35(1) can be summarized as follows. The characterization of aboriginal rights should refer to the rationale of the doctrine of aboriginal rights, i.e., the historic occupation and use of ancestral lands by the natives. Accordingly, aboriginal practices,

à mon avis, constituer la période de référence pour déterminer si une activité autochtone existe depuis assez longtemps pour justifier que lui soit accordée la protection de la Constitution en vertu du par. 35(1).

Bref, la période considérable et ininterrompue nécessaire pour la reconnaissance des droits ancestraux devrait être appréciée en fonction des critères suivants: (1) le type de coutumes, pratiques et traditions autochtones en cause, (2) la culture et la société autochtones particulières visées, et (3) la période de référence de 20 à 50 ans. Une telle période ne minimise pas le fait que, pour profiter de la protection du par. 35(1), les activités autochtones visées doivent être au centre de la vie des autochtones concernés. Une telle position ne peut certainement pas être qualifiée d'extrême, comme l'affirme ma collègue madame le juge McLachlin.

L'avantage le plus appréciable de la méthode fondée sur le «caractère dynamique des droits» pour interpréter la nature et l'étendue des droits ancestraux est qu'elle permet de tenir compte, comme il se doit, de la perspective des autochtones en ce qui concerne la signification de leurs droits existants. Elle reconnaît que la culture autochtone distinctive n'est pas une chose du passé, préservée et exposée dans un musée, mais bien une caractéristique qui a évolué en même temps que les autochtones, au fur et à mesure que ceux-ci ont changé, se sont modernisés et ont prospéré au fil du temps, parallèlement au reste de la société canadienne. Voilà manifestement quel est, du point de vue des autochtones, le sens véritable de la protection constitutionnelle accordée aux droits ancestraux par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Résumé

En définitive, les lignes directrices générales proposées pour l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits protégés constitutionnellement par le par. 35(1) peuvent être résumées ainsi. La caractérisation des droits ancestraux devrait se faire en fonction du fondement de la doctrine des droits ancestraux, c.-à-d. l'occupation et l'utilisation historiques par les autochtones de leurs terres

1996 CanLII 216 (SCC)

traditions and customs would be recognized and affirmed under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* if they are sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of a particular group of aboriginal people. Furthermore, the period of time relevant to the assessment of aboriginal activities should not involve a specific date, such as British sovereignty, which would crystallize aboriginal's distinctive culture in time. Rather, as aboriginal practices, traditions and customs change and evolve, they will be protected in s. 35(1) provided that they have formed an integral part of the distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time.

This approach being set out, I will turn to the specific issue raised by this case, namely whether the Sto:lo's aboriginal right to fish includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes. Before examining the distinctive aboriginal culture of the Sto:lo people in that respect, a brief review of the case law on aboriginal trade activities, which shows that aboriginal practices, traditions and customs can have different purposes, will be helpful to delineate the issue at bar.

IV. Case Law on Aboriginal Trade Activities

At the British Columbia Court of Appeal, the majority framed the issue as being whether the Sto:lo possess an aboriginal right to fish which includes the right to make commercial use of the fish. Macfarlane J.A. put the question that way because "[i]n essence, [this case] is about an asserted Indian right to sell fish allocated for food purposes on a commercial basis" (see para. 30). I leave aside for the moment the delineation of the aboriginal right claimed in this case in order, first, to examine the case law on treaty and aboriginal rights regarding trade to demonstrate that there is an important distinction to be drawn between, on the one hand, the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes and,

ancestrales. En conséquence, les coutumes, pratiques et traditions autochtones seront reconnues et confirmées en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* si elles sont suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture d'un groupe particulier d'autochtones. De plus, la période pertinente pour l'appréciation des activités autochtones ne devrait pas être fonction d'une date spécifique, par exemple l'affirmation de la souveraineté britannique, car cela aurait pour effet de cristalliser dans le temps la culture autochtone distinctive. Au contraire, comme les coutumes, pratiques et traditions autochtones changent et évoluent, elles seront protégées par le par. 35(1) si elles ont fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive pendant une période considérable et ininterrompue.

Après avoir exposé cette méthode, je vais maintenant aborder la question précise qui se soulève en l'espèce. Est-ce que le droit de pêche ancestral des Sto:lo inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance? Avant d'examiner la culture autochtone distinctive des Sto:lo à cet égard, il est utile, pour bien cerner la question en litige, de passer brièvement en revue la jurisprudence concernant les activités d'échange des autochtones, jurisprudence qui montre que les coutumes, pratiques et traditions autochtones peuvent avoir des fins différentes.

IV. La jurisprudence concernant les activités d'échange des autochtones

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité a indiqué que la question en litige était de savoir si les Sto:lo possèdent un droit de pêche ancestral incluant le droit de faire une utilisation commerciale du poisson. Le juge Macfarlane a formulé la question en ces termes parce que [TRADUCTION] «[e]ssentiellement, [la présente affaire] porte sur la revendication par des Indiens du droit de vendre commercialement du poisson attribué à des fins alimentaires» (par. 30). Je laisse de côté pour le moment la définition du droit ancestral revendiqué en l'espèce afin d'examiner la jurisprudence relative aux droits ancestraux ou issus de traités concernant les échanges pour montrer qu'il faut faire une distinction importante entre, d'une part,

1996 CanLII 216 (SCC)

on the other, the sale, trade and barter of fish for purely commercial purposes.

183 This Court, in *Sparrow*, *supra*, proposed to leave to another day the discussion of commercial aspects of the right to fish, since (at p. 1101) "the case at bar was not presented on the footing of an aboriginal right to fish for commercial or livelihood purposes" (emphasis added). Accordingly, Dickson C.J. and La Forest J. confined their reasons to the aboriginal right to fish for food, social and ceremonial purposes. In so doing, however, it appears that they implicitly distinguished between (1) the right to fish for food, social and ceremonial purposes (which was recognized for the Musqueam Band), (2) the right to fish for livelihood, support and sustenance purposes, and (3) the right to fish for purely commercial purposes (see *Sparrow*, at pp. 1100-1101). The differentiation between the last two classes of purposes, which is of key interest here, was discussed and elaborated upon by Wilson J. in *Horseman*, *supra*.

184 In *Horseman*, this Court examined the scope of the Horse Lakes Indian Band's right to hunt under *Treaty No. 8*, 1899, as amended by the *Natural Resources Transfer Agreement*, 1930 (Alberta) ("*NRTA*"). In that case, the appellant, Bert Horseman, was charged with the offence of unlawfully "trafficking" in wildlife, contrary to s. 42 of the *Wildlife Act*, R.S.A. 1980, c. W-9, which was defined as "any single act of selling, offering for sale, buying, bartering, soliciting or trading". The appellant had killed a grizzly bear in self-defence, while legally hunting moose for food, and he sold the bear hide because he was in need of money to support his family. Horseman argued that the *Wildlife Act* did not apply to him because he was within his *Treaty No. 8* rights when he sold the grizzly hide.

185 Cory J. (Lamer, La Forest and Gonthier JJ. concurring), for the majority, held that the *Treaty*

la vente, l'échange et le troc de poisson à des fins de subsistance, et, d'autre part, la vente et l'échange de poisson à des fins purement commerciales.

Dans *Sparrow*, précité, notre Cour a remis à une autre occasion l'examen des aspects commerciaux du droit de pêche, puisque cette (à la p. 1101) «affaire n'a[vait] pas été débattue en fonction de l'existence d'un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales ou de subsistance» (je souligne). En conséquence, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont limité leurs motifs au droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles. Cependant, ce faisant, ils semblent avoir implicitement établi une distinction entre (1) le droit de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles (qui a été reconnu à la bande des Musqueams), (2) le droit de pêcher à des fins de subsistance, et (3) le droit de pêcher à des fins purement commerciales (voir *Sparrow*, aux pp. 1100 et 1101). La distinction entre ces deux dernières catégories, qui revêt une importance capitale en l'espèce, a été examinée et précisée par le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Horseman*, précité.

Dans *Horseman*, notre Cour a examiné la portée du droit de chasse de la bande indienne de Horse Lakes en vertu du *Traité nº 8*, 1899, modifié par la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* de 1930 (Alberta) (la «*Convention*»). Dans cette affaire, l'appelant, Bert Horseman, avait été accusé d'avoir illégalement [TRADUCTION] «fait le trafic» d'un animal sauvage en contravention de l'art. 42 de la *Wildlife Act*, R.S.A. 1980, ch. W-9, infraction définie comme étant [TRADUCTION] «le fait de vendre, d'acheter, de troquer, de solliciter ou d'échanger». L'appelant a, dans un acte de légitime défense, tué un grizzli pendant qu'il chassait légalement l'orignal pour se nourrir. Il a par la suite vendu la peau du grizzli, car il avait besoin d'argent pour subvenir aux besoins de sa famille. Horseman a plaidé que la *Wildlife Act* ne s'appliquait pas à lui parce qu'il avait exercé des droits que lui conférait le *Traité nº 8* quand il a vendu la peau de l'ours.

Le juge Cory (avec l'appui des juges Lamer, La Forest et Gonthier), s'exprimant au nom de la

1996 CanLII 216 (SCC)

No. 8 right to hunt generally has been circumscribed by the *NRTA* to the right to hunt for "food" only. He made it clear, however, that before the *NRTA* (1930), the Horse Lakes people had the right to hunt for commercial purposes under *Treaty No. 8* (at pp. 928-29):

> The economy of the Indian population at the time of the Treaty had clearly evolved to such a degree that hunting and fishing for commercial purposes was an integral part of their way of life.
>
> . . .
>
> I am in complete agreement with the finding of the trial judge that the original Treaty right clearly included hunting for purposes of commerce. The next question that must be resolved is whether or not that right was in any way limited or affected by the Transfer Agreement of 1930. [Emphasis added.]

This passage recognizes that the practices, traditions and customs of the Horse Lakes people were not frozen at the time of British sovereignty and that when *Treaty No. 8* was concluded in 1899, their activities had evolved so that commercial hunting and fishing formed an "integral part" of their culture and society.

Furthermore, Cory J. upheld the findings of the courts below that the sale of the grizzly hide constituted a commercial hunting activity which, as a consequence, fell outside the ambit of the treaty rights to hunt. He wrote at p. 936:

> It has been seen that the Treaty No. 8 hunting rights have been limited by the provisions of the 1930 Transfer Agreement to the right to hunt for food, that is to say, for sustenance for the individual Indian or the Indian's family. In the case at bar the sale of the bear hide was part of a "multi-stage process" whereby the product was sold to obtain funds for purposes which might include purchasing food for nourishment. The courts below correctly found that the sale of the bear hide constituted a hunting activity that had ceased to be that of hunting "for food" but rather was an act of commerce. As a result it was no longer a right protected by Treaty No. 8, as amended by the 1930 Transfer Agreement. [Emphasis added.]

majorité, a statué que la *Convention* avait limité le droit général de chasse énoncé au *Traité nº 8* au droit de chasser pour «se nourrir» seulement. Cependant, il a clairement indiqué que, avant la *Convention* (1930), les Indiens de Horse Lakes avaient le droit de chasser à des fins commerciales en vertu du *Traité nº 8* (aux pp. 928 et 929):

> De toute évidence, au moment de la signature du traité, l'économie de la population indienne avait évolué au point où la chasse et la pêche à des fins commerciales faisaient partie intégrante du mode de vie des Indiens.
>
> . . .
>
> Je souscris entièrement à la conclusion du juge de première instance que le droit initial conféré par le traité comprenait manifestement la chasse à des fins du commerce. La prochaine question à laquelle il faut répondre est de savoir si ce droit a été de quelque manière limité ou modifié par la Convention de transfert de 1930. [Je souligne.]

Ce passage reconnaît le fait que les coutumes, pratiques et traditions des Indiens de Horse Lakes n'ont pas été figées au moment de l'affirmation de la souveraineté britannique, et que leurs activités avaient, lors de la signature du *Traité nº 8* en 1899, évolué au point où la chasse et la pêche commerciales faisaient «partie intégrante» de leur culture et de leur société.

En outre, le juge Cory a confirmé les conclusions des tribunaux inférieurs que la vente de la peau du grizzli constituait une activité de chasse commerciale qui, en conséquence, n'était pas visée par les droits de chasse conférés par le Traité. Il a écrit ceci, à la p. 936: 186

> Nous avons constaté que la Convention de transfert de 1930 a limité les droits de chasse conférés par le Traité nº 8 au droit de chasser pour se nourrir, c'est-à-dire pour la subsistance de l'Indien ou de sa famille. En l'espèce, la vente de la peau de l'ours s'inscrivait dans un «processus à plusieurs étapes», la vente ayant pour but l'obtention d'argent pour des fins pouvant comprendre l'achat de denrées alimentaires. Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu, à juste titre, que la vente de la peau de l'ours constituait un acte relié à la chasse qui n'était plus de la chasse «pour se nourrir», mais plutôt un acte de commerce. Il ne s'agissait plus en conséquence d'un droit protégé par le Traité nº 8, modifié par la Convention de transfert de 1930. [Je souligne.]

1996 CanLII 216 (SCC)

Cory J. concluded that the *Wildlife Act* applied and found the appellant guilty of unlawfully trafficking in wildlife.

187 Wilson J. (Dickson C.J. and L'Heureux-Dubé J. concurring), dissenting, was of the view that, from an aboriginal perspective, a simple dichotomy between hunting for domestic use and hunting for commercial purposes should not be determinative of the treaty rights. Rather, *Treaty No. 8* and the *NRTA* should be interpreted so as to preserve the Crown's commitment to respecting the lifestyle of the Horse Lakes people and the way in which they had traditionally pursued their livelihood.

188 Contrary to Cory J., Wilson J. held that the words "for food" in the *NRTA* did not have the effect of placing substantial limits on the range of hunting activities permitted under *Treaty No. 8*. After reviewing the decisions of this Court in *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95, and *Moosehunter*, *supra*, Wilson J. found that the treaty right to hunt "for food" amounted to a right to hunt for support and sustenance. She explained her view as follows, at p. 919:

> And if we are to give para. 12 [of the *NRTA*] the "broad and liberal" construction called for in *Sutherland*, a construction that reflects the principle enunciated in *Nowegijick* and *Simon* that statutes relating to Indians must be given a "fair, large and liberal construction", then we should be prepared to accept that the range of activity encompassed by the term "for food" extends to hunting for "support and subsistence", i.e. hunting not only for direct consumption but also hunting in order to exchange the product of the hunt for other items as was their wont, as opposed to purely commercial or sport hunting.
>
> And, indeed, when one thinks of it this makes excellent sense. The whole emphasis of Treaty No. 8 was on the preservation of the Indian's traditional way of life. But this surely did not mean that the Indians were to be forever consigned to a diet of meat and fish and were to have no opportunity to share in the advances of modern

Le juge Cory a conclu que la *Wildlife Act* s'appliquait et il a déclaré l'appelant coupable d'avoir illégalement fait le trafic d'un animal sauvage.

Le juge Wilson (avec l'appui du juge en chef Dickson et de moi-même), dissidente, était d'avis que, du point de vue des autochtones, la simple dichotomie entre la chasse pratiquée pour subvenir à des besoins domestiques et celle pratiquée à des fins commerciales ne devrait pas être déterminante en ce qui concerne les droits issus de traités. Le *Traité nº 8* et la *Convention* devaient plutôt être interprétés de façon à préserver l'engagement solennel que Sa Majesté avait pris de respecter le mode de vie des Indiens de Horse Lakes et la façon dont ceux-ci avaient traditionnellement gagné leur vie.

Contrairement au juge Cory, le juge Wilson a statué que l'expression «pour se nourrir» dans la Convention n'avait pas eu pour effet d'imposer des limites importantes à l'étendue des pratiques de chasse autorisées par le *Traité nº 8*. Après avoir examiné les arrêts de notre Cour *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95, et *Moosehunter*, précité, le juge Wilson a conclu que le droit de chasser «pour se nourrir» prévu au *Traité* équivalait à un droit de chasse à des fins de subsistance. Elle a expliqué ainsi son point de vue, à la p. 919:

> Et si nous voulons donner à l'art. 12 [de la *Convention*] l'interprétation «large et libérale» qu'exige l'arrêt *Sutherland*, une interprétation qui reflète le principe énoncé dans les arrêts *Nowegijick* et *Simon* que les lois relatives aux Indiens doivent être «interprétées de façon juste, large et libérale», nous devrions alors être prêts à accepter que l'étendue des activités visées par l'expression «pour se nourrir» s'étend à la chasse à des fins de «support et [de] subsistance», c'est-à-dire à la chasse non seulement en vue de la consommation directe mais également à la chasse en vue d'échanger le produit de la chasse pour d'autres articles comme c'était leur habitude, par opposition à la chasse purement commerciale ou sportive.
>
> Et d'ailleurs, quand on y pense, cela est tout à fait logique. Le Traité nº 8 était axé principalement sur la préservation du mode de vie traditionnel des Indiens. Mais cela ne voulait certainement pas dire que les Indiens devraient à tout jamais s'astreindre à un régime de viande et de poisson et qu'ils ne pourraient pas béné-

1996 CanLII 216 (SCC)

civilization over the next one hundred years. Of course, the Indians' hunting and fishing rights were to be preserved and protected; the Indians could not have survived otherwise. But this cannot mean that in 1990 they are to be precluded from selling their meat and fish to buy other items necessary for their sustenance and the sustenance of their children. Provided the purpose of their hunting is either to consume the meat or to exchange or sell it in order to support themselves and their families, I fail to see why this is precluded by any common sense interpretation of the words "for food". It will, of course, be a question of fact in each case whether a sale is made for purposes of sustenance or for purely commercial profit. [Emphasis added.]

ficier eux aussi des progrès de la civilisation moderne au cours du siècle suivant. Les droits de chasse et de pêche des Indiens devaient évidemment être conservés et protégés; les Indiens n'auraient pu survivre autrement. Mais cela ne signifie pas qu'en 1990 ils ne peuvent vendre leur viande et leur poisson pour acheter d'autres articles nécessaires à leur subsistance et à celle de leurs enfants. Pourvu qu'ils chassent en vue de consommer la viande, de l'échanger ou de la vendre pour se nourrir et nourrir leur famille, je ne vois pas comment une interprétation conforme au bon sens de l'expression «pour se nourrir» peut interdire cela. Il va sans dire que la question de savoir si une vente est faite à des fins de subsistance ou à des fins purement commerciales est une question de fait à trancher dans chaque cas. [Je souligne.]

Wilson J. concluded that the *Wildlife Act* could not forbid the activities which fall within the aboriginal traditional way of life and that are linked to the Horse Lakes people's support and sustenance. Consequently, she would have acquitted the appellant because he sold the grizzly hide to buy food for his family, not for commercial profit.

Le juge Wilson a statué que la *Wildlife Act* ne pouvait interdire les activités faisant partie du mode de vie autochtone traditionnel et qui sont liées à la subsistance des Indiens de Horse Lakes. En conséquence, elle aurait acquitté l'appelant, étant donné qu'il avait vendu la peau du grizzli non pas à des fins commerciales, mais pour acheter de la nourriture pour sa famille.

As far as this case is concerned, there are two points which stand out from the foregoing review of the reasons in *Horseman*, *supra*. First, the Horse Lakes people's original practices, traditions and customs regarding hunting were held to have evolved to include, at the time *Treaty No. 8* was concluded, the right to make some commercial use of the game. Second, and more importantly, when determining whether a treaty right exists (which no doubt extends to aboriginal rights), there should be a distinction drawn between, on the one side, activities relating to the support and sustenance of the natives and, on the other, ventures undertaken purely for commercial profit. Such a differentiation is far from being artificial, as McLachlin J. seems to suggest, and, in fact, this distinction ought to be used in the context of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* as in other contexts; in short, there are sales which do not qualify as commercial sales (see, for example, *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. 1977, c. P-40.1).

189

En ce qui concerne le présent pourvoi, deux points ressortent de l'analyse qui précède des motifs prononcés dans *Horseman*, précité. Premièrement, il a été jugé que les coutumes, pratiques et traditions originales des Indiens de Horse Lakes en matière de chasse avaient évolué et incluaient, au moment de la conclusion du *Traité nº 8*, le droit de faire une certaine utilisation commerciale du gibier. Deuxièmement, point encore plus important, pour déterminer si un droit issu de traité existe (principe qui s'applique sans aucun doute aussi aux droits ancestraux), il faut établir une distinction entre, d'une part, les activités de subsistance des autochtones, et, d'autre part, celles exercées à des fins purement commerciales. Une telle distinction est loin d'être artificielle, comme semble le suggérer le juge McLachlin, et, de fait, elle devrait être utilisée dans le contexte du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* tout comme dans d'autres contextes. Bref, il y a des ventes qui n'ont pas un caractère commercial (voir, par exemple, la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. 1977, ch. P-40.1).

1996 CanLII 216 (SCC)

190 This differentiation was adopted by the Ontario Court (Prov. Div.) in *R. v. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421. In that case, the defendants, members of the Chippewas of Nawash, were charged with the offence of taking more lake trout than permitted by the band's commercial fishing licence, contrary to the *Ontario Fishery Regulations, 1989*, authorized by the *Fisheries Act*. The defendants argued that the quota imposed by the Band's licence interfered with their protected aboriginal right or treaty right to engage in commercial fishing. After referring to both the reasons of Cory J. and of Wilson J. in *Horseman*, *supra*, Fairgrieve Prov. Ct. J. reached the following conclusions at pp. 440-41:

> Consideration of the historical, anthropological and archival evidence leaves an existing aboriginal right to fish for commercial purposes that essentially coincides with the treaty right already stated: the Saugeen have a collective ancestral right to fish for sustenance purposes in their traditional fishing grounds. Apart from the waters adjacent to the two reserves and their unsurrendered islands, the aboriginal commercial fishing right is not exclusive, but does allow them to fish throughout their traditional fishing grounds on both sides of the peninsula. To use Ms. Blair's language [for the Defendants], the nature of the aboriginal right exercised is one directed "to a subsistence use of the resource as opposed to a commercially profitable enterprise". It is the band's continuing communal right to continue deriving "sustenance" from the fishery resource which has always been an essential part of the community's economic base. [Emphasis added.]

See also, *R. v. King*, [1993] O.J. No. 1794 (Ont. Ct. Prov. Div.), at para. 51, and *R. v. Fraser*, [1994] 3 C.N.L.R. 139 (B.C. Prov. Ct.), at p. 145, as well as the commentators Binnie, "The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?", *supra*, at pp. 234-35, and Bowker, "*Sparrow*'s Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal", *supra*, at p. 8.

191 In sum, as *Sparrow*, *supra*, suggests, when assessing whether aboriginal practices, traditions and customs have been sufficiently significant and

Cette distinction a été adoptée par la Cour de l'Ontario (Div. prov.) dans l'affaire *R. c. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421. Dans cette affaire, les défendeurs, membres des Chippewas de Nawash, avaient été accusés de l'infraction d'avoir pêché un nombre de truites supérieur à celui autorisé par le permis de pêche commerciale de la bande, en contravention du *Règlement de pêche de l'Ontario de 1989*, pris en vertu de la *Loi sur les pêches*. Les défendeurs ont prétendu que le contingent imposé par le permis de la bande portait atteinte au droit ancestral ou issu de traité qui leur était garanti en matière de pêche commerciale. Après s'être référé aux motifs du juge Cory et à ceux du juge Wilson dans *Horseman*, précité, le juge Fairgrieve de la Cour provinciale a formulé les conclusions suivantes, aux pp. 440 et 441:

> [TRADUCTION] L'examen de la preuve historique, anthropologique et archivistique révèle l'existence d'un droit ancestral existant de pêcher à des fins commerciales qui coïncide essentiellement avec le droit issu de traité déjà mentionné: les Saugeens possèdent un droit ancestral collectif de pêche à des fins de subsistance dans leurs secteurs de pêche traditionnels. Sauf dans les eaux adjacentes aux deux réserves et à leurs îles non cédées, le droit ancestral de pêche à des fins commerciales n'a pas un caractère exclusif, mais il autorise néanmoins les Saugeens à pêcher partout dans leurs secteurs de pêche des deux côtés de la péninsule. Pour employer les termes de M^me^ Blair [pour les défendeurs], la nature du droit ancestral exercé vise «une utilisation de la ressource à des fins de subsistance par opposition à une entreprise commercialement rentable». C'est le droit collectif continu de la bande de continuer de tirer sa «subsistance» des ressources de la pêcherie, qui a toujours constitué un élément essentiel de la base économique de la collectivité. [Je souligne.]

Voir aussi *R. c. King*, [1993] O.J. No. 1794 (C. Ont. Div. prov.), au par. 51; et *R. c. Fraser*, [1994] 3 C.N.L.R. 139 (C. prov. C.-B.), à la p. 145; ainsi que les auteurs Binnie, «The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?», *loc. cit.*, aux pp. 234 et 235, et Bowker, «*Sparrow*'s Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal», *loc. cit.*, à la p. 8.

Bref, comme l'indique l'arrêt *Sparrow*, précité, les fins pour lesquelles sont exercées les activités en cause sont considérées comme hautement perti-

1996 CanLII 216 (SCC)

fundamental to the culture and social organization of a particular group of aboriginal people for a substantial continuing period of time, the purposes for which such activities are undertaken should be considered highly relevant. An aboriginal activity can form an integral part of the distinctive culture of a group of aboriginal people if it is done for certain purposes — e.g., for livelihood, support and sustenance purposes. However, the same activity could be considered not to be part of their distinctive aboriginal culture if it is done for other purposes — e.g., for purely commercial purposes. The Chief Justice fails to draw this distinction, which I believe to be highly relevant, although he agrees that the Court of Appeal mischaracterized the aboriginal right here claimed.

nentes dans l'examen de la question de savoir si les coutumes, pratiques et traditions autochtones ont été suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture d'un groupe particulier d'autochtones, et ce pendant une période considérable et ininterrompue. Une activité autochtone peut faire partie intégrante de la culture distinctive d'un groupe d'autochtones si elle est exercée pour certaines fins, par exemple à des fins de subsistance. Toutefois, la même activité pourrait être considérée comme ne faisant pas partie de cette culture autochtone distinctive si elle vise d'autres fins, par exemple des fins purement commerciales. Le Juge en chef omet d'établir cette distinction, que j'estime hautement pertinente, quoiqu'il reconnaisse que la Cour d'appel a mal caractérisé le droit ancestral revendiqué en l'espèce.

1996 CanLII 216 (SCC)

This contemplation of aboriginal or treaty rights based on the purpose of the activity is aimed at facilitating the delineation of the rights claimed as well as the identification and evaluation of the evidence presented in their support. However, as in *Horseman*, *supra*, to respect aboriginal perspective on the matter, the purposes for which aboriginal activities are undertaken cannot and should not be strictly compartmentalized. Rather, in my view, such purposes should be viewed on a spectrum, with aboriginal activities undertaken solely for food, at one extreme, those directed to obtaining purely commercial profit, at the other extreme, and activities relating to livelihood, support and sustenance, at the centre.

192 Cet examen des droits ancestraux ou issus de traités, qui est fondé sur la fin visée par l'activité en cause, a pour objet de faciliter la définition des droits revendiqués, de même que la détermination et l'appréciation de la preuve présentée au soutien de ces droits. Cependant, tout comme dans *Horseman*, précité, afin de respecter la perspective autochtone sur la question, les fins pour lesquelles les activités autochtones sont exercées ne peuvent pas et ne devraient pas être compartimentées de manière stricte. À mon avis, ces fins devraient plutôt être considérées comme les divers éléments d'une gamme sur laquelle les activités autochtones exercées seulement à des fins alimentaires se trouveraient à une extrémité et celles visant des fins purement commerciales à l'autre extrémité, alors que les activités faites à des fins de subsistance occuperaient le centre.

This being said, in this case, as I have already noted elsewhere, the British Columbia Court of Appeal framed the issue as being one of whether the Sto:lo possess an aboriginal right to fish which includes the right to make commercial use of the fish. To state the question in that fashion not only disregards the above distinction between the purposes for which fish can be sold, traded and bartered but also mischaracterizes the facts of this case, misconceives the contentions of the appellant

193 Cela dit, en l'espèce, comme je l'ai déjà affirmé, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a dit que la question était de savoir si les Sto:lo possèdent un droit de pêche ancestral incluant le droit de faire une utilisation commerciale du poisson. Non seulement une telle formulation ne tient pas compte de la distinction établie précédemment entre les fins pour lesquelles le poisson peut être vendu et échangé, mais elle caractérise erronément les faits de l'espèce, interprète mal les prétentions

and overlooks the legislative provision here under constitutional challenge.

194 First, the facts giving rise to this case do not support the Court of Appeal's framing of the issue in terms of commercial fishing. The appellant, Dorothy Van der Peet, was charged with the offence of selling salmon which were legally caught by her common law spouse and his brother. The appellant sold 10 salmon. There is no evidence as to the purposes of the sale or as to what the money was going to be used for. It is clear, however, that the offending transaction proven by the Crown is not part of a commercial venture, nor does it constitute an act directed at profit. It would be different if the Crown had shown, for instance, that the appellant sold 10 salmon every day for a year or that she was selling fish to provide for commercial profit. This is not, however, the scenario presented to us and, as the facts stand on the record, it is reasonable to infer from them that the appellant sold the 10 salmon, not for profit, but for the support and sustenance of herself and her family.

195 Furthermore, the appellant did not argue in the courts below or before this Court that the Sto:lo possess an aboriginal right to fish for commercial purposes. The submissions were only to the effect that the Sto:lo's aboriginal right to fish includes the right to sell, trade and barter fish for their livelihood, support and sustenance. In fact, before this Court, the appellant relied on the dissenting opinion of Lambert J.A., at the Court of Appeal, who stated (at para. 150) that the Sto:lo had the right to "catch and, if they wish, sell, themselves and through other members of the Sto:lo people, sufficient salmon to provide all the people who wish to be personally engaged in the fishery, and their dependent families, when coupled with their other financial resources, with a moderate livelihood" (italics omitted, underlining added). It is well settled that in framing the issue in a case courts cannot overlook the contentions of the parties; in the

de l'appelante et fait abstraction de la disposition législative visée par la présente contestation constitutionnelle.

Premièrement, les faits à l'origine de la présente affaire ne permettent pas, comme l'a fait la Cour d'appel, de formuler la question sous l'angle de la pêche commerciale. L'appelante, Dorothy Van der Peet, a été accusée d'avoir vendu des saumons qui avaient été pêchés légalement par son conjoint de fait et le frère de celui-ci. L'appelante a vendu 10 saumons. Il n'existe pas de preuve concernant les fins de la vente ou l'utilisation qu'on entendait faire du produit de celle-ci. Cependant, il est clair que l'opération reprochée et dont le ministère public a fait la preuve, ne s'inscrit pas dans le cadre d'une entreprise commerciale et ne constitue pas non plus un acte visant à réaliser un profit. Toutefois, la situation serait différente si le ministère public avait démontré, par exemple, que l'appelante avait vendu 10 saumons par jour pendant une année, ou encore qu'elle vendait du poisson à des fins commerciales. Cependant, ce n'est pas le scénario qui nous a été présenté et, suivant les faits au dossier, il est raisonnable d'inférer de ceux-ci que l'appelante a vendu les 10 saumons non pas à des fins commerciales, mais pour subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille.

Qui plus est, l'appelante n'a pas plaidé devant les tribunaux inférieurs ni devant notre Cour que les Sto:lo possèdent un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales. Elle a seulement prétendu que le droit de pêche ancestral des Sto:lo inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. De fait, devant notre Cour, l'appelante s'est fondée sur l'opinion dissidente du juge Lambert de la Cour d'appel qui a affirmé (au par. 150) que les Sto:lo avaient le droit [TRADUCTION] «de prendre et, s'ils le désirent, de vendre eux-mêmes et par l'entremise d'autres Sto:lo, suffisamment de saumon pour assurer à tous ceux qui souhaitent pêcher — ainsi qu'aux personnes à leur charge —, compte tenu de leurs autres ressources financières, une subsistance convenable» (j'ai omis les italiques et je souligne). Il est bien établi que, dans la formulation de la question en litige, les tribunaux ne peuvent faire abstraction des prétentions

1996 CanLII 216 (SCC)

case at bar, the appellant did not seek the recognition and affirmation of an aboriginal right to fish for commercial purposes.

Finally, the legislative provision under constitutional challenge is not only aimed at commercial fishing, but also forbids both commercial and non-commercial sale, trade and barter of fish. For convenience, here is again s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*:

27. . . .

(5) No person shall sell, barter or offer to sell or barter any fish caught under the authority of an Indian food fish licence. [Emphasis added.]

The scope of s. 27(5) encompasses any sale, trade or barter of fish caught under an Indian food fish licence. If the prohibition were directed at the sale, trade and barter of fish for commercial purposes, the question of the validity of the Regulations would raise a different issue, one which does not arise on the facts of this case since an aboriginal right to fish commercially is not claimed here. Section 27(5) prohibits the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance, and we must determine whether, as it stands, this provision complies with the constitutional protection afforded to aboriginal rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

An aboriginal activity does not need to be undertaken for livelihood, support and sustenance purposes to benefit from s. 35(1) protection. In other words, the above distinction based on the purposes of aboriginal activities does not impose an additional burden on the claimant of an aboriginal right. It may be that, for a particular group of aboriginal people, the practices, traditions and customs relating to some commercial activities meet the test for the recognition of an aboriginal right, i.e., to be sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization for a substantial continuing period of time. This will have to be

des parties. En l'espèce, l'appelante n'a pas demandé que soit reconnu et confirmé un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales.

196 Enfin, la disposition législative visée par la présente contestation constitutionnelle ne concerne pas seulement la pêche commerciale, mais elle interdit de vendre et d'échanger du poisson tant à des fins commerciales que non commerciales. Par souci de commodité, je reproduis à nouveau le par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*:

27. . . .

(5) Il est interdit à quiconque de vendre, d'échanger ou d'offrir de vendre ou d'échanger du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens. [Je souligne.]

Le paragraphe 27(5) vise la vente et l'échange de poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens. Si l'interdiction visait la vente et l'échange de poisson à des fins commerciales, la question de la validité du Règlement soulèverait une question différente, qui ne se présente pas compte tenu des faits de la présente affaire, étant donné qu'aucun droit ancestral de pêcher à des fins commerciales n'est revendiqué en l'espèce. Le paragraphe 27(5) interdit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, et il nous faut déterminer si cette disposition, de la façon dont elle est libellée, est compatible avec la protection constitutionnelle accordée aux droits ancestraux par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

197 Cela dit, il n'est pas nécessaire qu'une activité autochtone soit accomplie à des fins de subsistance pour bénéficier de la protection du par. 35(1). En d'autres termes, la distinction faite précédemment et fondée sur les fins visées par les activités autochtones n'impose pas un fardeau additionnel au demandeur qui revendique un droit ancestral. Il est possible que, pour un groupe particulier d'autochtones, les coutumes, pratiques et traditions se rapportant à certaines activités commerciales respectent le critère applicable en vue de la reconnaissance d'un droit ancestral, c'est-à-dire avoir été suffisamment importantes et fondamentales pour

1996 CanLII 216 (SCC)

determined on the specific facts giving rise to each case, as proven by the Crown, in view of the particular aboriginal culture and the evidence supporting the recognition of such right. In fact, the consideration of aboriginal activities based on their purposes is simply aimed at facilitating the delineation of the aboriginal rights claimed as well as the identification and evaluation of the evidence presented in support of the rights.

198 In the instant case, this Court is only required to decide whether the Sto:lo's right to fish includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes, and not whether it includes the right to make commercial use of the fish. In that respect, it is necessary to review the evidence to determine whether such activities have formed an integral part of the Sto:lo's distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time so as to give rise to an aboriginal right. That is what I now propose to do.

V. The Case

199 The question here is whether the particular group of aboriginal people, the Sto:lo Band, of which the appellant is a member, has engaged in the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes, in a manner sufficiently significant and fundamental to their culture and social organization, for a substantial continuous period of time, entitling them to benefit from a constitutionally protected aboriginal right to that extent.

200 At trial, after having examined the historical evidence presented by the parties, Scarlett Prov. Ct. J. arrived at the following conclusions (at p. 160):

> This court was not satisfied upon the evidence that aboriginal trade in salmon took place in any regularized or market sense. Oral evidence demonstrated that trade was incidental to fishing for food purposes. Anthropological and archaeological evidence was in conflict. This court accepts the evidence of Dr. Stryd and John

leur organisation sociale et leur culture pendant une période considérable et ininterrompue. Cette question doit être tranchée à partir des faits propres à chaque cas et prouvés par le ministère public, compte tenu de la culture autochtone en cause et de la preuve étayant la reconnaissance du droit revendiqué. De fait, l'examen des activités autochtones en fonction des fins visées par celles-ci a tout simplement pour but de faciliter la définition des droits ancestraux revendiqués, ainsi que la détermination et l'appréciation de la preuve présentée à l'appui de ces droits.

En l'espèce, notre Cour est uniquement appelée à décider si le droit de pêche des Sto:lo inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, et non pas si ce droit inclut celui de faire une utilisation commerciale du poisson. À cet égard, il est nécessaire d'examiner la preuve afin de déterminer si ces activités ont fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive des Sto:lo pendant une période considérable et ininterrompue, de façon à donner naissance à un droit ancestral. C'est maintenant ce que je me propose de faire.

V. Le présent pourvoi

En l'espèce, la question est de savoir si le groupe particulier d'autochtones, la bande Sto:lo, dont fait partie l'appelante, a vendu et échangé du poisson à des fins de subsistance, et ce d'une manière suffisamment importante et fondamentale pour son organisation sociale et sa culture pendant une période considérable et ininterrompue, de sorte que ce groupe bénéficierait à cet égard d'un droit ancestral protégé par la Constitution.

Au procès, après avoir examiné la preuve de nature historique présentée par les parties, le juge Scarlett de la Cour provinciale est arrivé aux conclusions suivantes (à la p. 160):

> [TRADUCTION] La présente cour n'est pas convaincue, à la lumière de la preuve, que le commerce du saumon existait chez les autochtones au sens d'un commerce organisé, d'un marché. Il ressort des témoignages oraux que le commerce était un aspect accessoire de la pêche pratiquée à des fins alimentaires. Les éléments de

1996 CanLII 216 (SCC)

Dewhurst [*sic*] in preference to Dr. Daly and therefore, accepts that the Sto:lo were a band culture as opposed to tribal. While bands were guided by siem or prominent families, no regularized trade in salmon existed in aboriginal times. Such trade as took place was either for ceremonial purposes or opportunistic exchanges taking place on a casual basis. Such trade as did take place was incidental only. Evidence led by the Crown that the Sto:lo had no access to salt for food preservation is accepted.

Exchange of fish was subject to local conditions of availability, transportation and preservation. It was the establishment by the Hudson's Bay Company at the fort at Langley that created the market and trade in fresh salmon. Trade in dried salmon in aboriginal times was, as stated, minimal and opportunistic. This court concludes on the evidence, therefore, that the Sto:lo aboriginal right to fish for food and ceremonial purposes does not include the right to sell such fish. [Emphasis added.]

preuve anthropologique et archéologique étaient contradictoires. La présente cour préfère les témoignages de M. Stryd et de John Dewhurst [*sic*] à celui de M. Daly et, en conséquence, accepte que la culture des Sto:lo était celle d'une bande plutôt que d'une tribu. Même si les bandes étaient guidées par des siem ou familles importantes, il n'y avait pas de commerce organisé du saumon au temps des aborigènes. Le commerce qui se faisait résultait soit d'échanges faits à des fins rituelles soit d'échanges découlant d'occasions fortuites. Ces échanges avaient seulement un caractère accessoire. La preuve présentée par le ministère public que les Sto:lo ne disposaient pas de sel permettant de conserver le poisson est acceptée.

Les échanges de poisson étaient tributaires des conditions locales sur le plan de la disponibilité, du transport et de la conservation. C'est l'établissement de la Compagnie de la Baie d'Hudson au fort situé à Langley qui a créé le marché et le commerce du saumon frais. Les échanges de saumon séché au temps des aborigènes n'avaient, comme il a été dit plus tôt, qu'un caractère minimal et fortuit. Par conséquent, la Cour conclut, à la lumière de la preuve, que le droit ancestral des Sto:lo de pêcher à des fins alimentaires et rituelles n'inclut pas le droit de vendre le poisson ainsi pris [Je souligne.]

I agree with the Chief Justice that it is well established, both in criminal and civil contexts, that an appellate court will not disturb the findings of fact made by a trial judge in the absence of "some palpable and overriding error which affected his [or her] assessment of the facts" (emphasis added): see *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808; see also *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2, *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672, *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570, *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351, *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, and *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254. 201

Je suis d'accord avec le Juge en chef qu'il est bien établi, tant en matière criminelle que civile, qu'une cour d'appel ne modifie pas les conclusions de fait du juge du procès en l'absence d'une «erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits» (je souligne): voir *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la p. 808; voir aussi *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672, *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351, *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377 et *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254.

At the British Columbia Supreme Court, Selbie J. was of the view that the trial judge committed such an error and, as a consequence, substituted his own findings of fact (at paras. 15 and 16): 202

Le juge Selbie de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a estimé que le juge du procès avait commis une telle erreur et il a en conséquence substitué ses propres conclusions de fait (aux par. 15 et 16):

1996 CanLII 216 (SCC)

With respect, in my view the learned judge erred in using contemporary tests for "marketing" to determine whether the aboriginal acted in ways which were consistent with trade albeit in a rudimentary way as dictated by the times.

In my view, the evidence in this case, oral, historical and opinion, looked at in the light of the principles of interpreting aboriginal rights referred to earlier, is more consistent with the aboriginal right to fish including the right to sell, barter or exchange than otherwise and must be found so. We are, after all, basically considering the existence in antiquity of an aboriginal's right to dispose of his fish other than by eating it himself or using it for ceremonial purposes — the words "sell", "barter", "exchange", "share", are but variations on the theme of "disposing". It defies common sense to think that if the aboriginal did not want the fish for himself, there would be some stricture against him disposing of it by some other means to his advantage. We are speaking of an aboriginal "right" existing in antiquity which should not be restrictively interpreted by today's standards. I am satisfied that when the first Indian caught the first salmon he had the "right" to do anything he wanted with it — eat it, trade it for deer meat, throw it back or keep it against a hungrier time. As time went on and for an infinite variety of reasons, that "right" to catch the fish and do anything he wanted with it became hedged in by rules arising from religion, custom, necessity and social change. One such restriction requiring an adjustment to his rights was the need dictated by custom or religion to share the first catch — to do otherwise would court punishment by his god and by the people. One of the social changes that occurred was the coming of the white man, a circumstance, as any other, to which he must adjust. With the white man came new customs, new ways and new incentives to colour and change his old life, including his trading and bartering ways. The old customs, rightly or wrongly, for good or for bad, changed and he must needs change with them — and he did. A money economy eventually developed and he adjusted to that also — he traded his fish for money. This was a long way from his ancient sharing, bartering and trading practices but it was the logical progression of such. It has been held that the aboriginal right to hunt is not frozen in time so that only the bow and arrow can be used in exercising it — the right evolves with the times: see *Simon v. R.*, [1985] 2 S.C.R. 387 .... So, in my view, with the right to fish and dispose of them, which I find on the evidence includes the right to trade and barter them. The Indian right to trade his fish is not frozen in time to doing so only by the medium of the potlatch and

[TRADUCTION] Avec égards, je suis d'avis que le juge du procès a commis une erreur en utilisant des critères contemporains de «commercialisation» pour déterminer si l'autochtone avait agi d'une façon compatible avec les usages du commerce, quoique de la manière rudimentaire dictée par l'époque.

À mon avis, lorsqu'on examine la preuve en l'espèce — orale, historique et d'opinion — à la lumière des principes d'interprétation des droits ancestraux qui ont été mentionnés plus tôt, on constate qu'elle est davantage compatible avec l'existence d'un droit de pêche ancestral incluant le droit de vendre ou d'échanger le produit de la pêche, que le contraire, et il faut conclure en ce sens. Après tout, fondamentalement nous examinons l'existence, dans les temps anciens, du droit d'un autochtone de disposer de son poisson autrement qu'en le consommant lui-même ou en l'utilisant à des fins rituelles — les termes «vendre», «troquer», «échanger», «partager» n'étant que des variantes de l'idée de «disposer». Il est contraire au bon sens de penser que si un autochtone ne voulait pas le poisson pour lui-même, — quelque chose l'empêchait d'en disposer d'une façon qui l'avantagerait. Nous parlons d'un «droit» autochtone qui existait dans les temps anciens et qui ne devrait pas être interprété restrictivement par rapport aux normes actuelles. Je suis convaincu que quand le premier Indien a pris le premier saumon il avait le «droit» d'en faire ce qu'il voulait — le manger, l'échanger contre de la viande de chevreuil, le remettre à l'eau ou le garder pour les temps plus difficiles. Au fil du temps, et pour une gamme de raisons, ce «droit» de prendre du poisson et d'en disposer à sa guise a été circonscrit par des règles fondées sur la religion, la coutume, la nécessité et les changements sociaux. L'une de ces restrictions, qui a entraîné une adaptation des droits du premier Indien, a été l'obligation dictée par la coutume ou la religion de partager la première capture — ne pas le faire l'aurait exposé au châtiment de son dieu ou du peuple. L'un des changements sociaux a été l'arrivée des Blancs, circonstance à laquelle, comme toutes les autres, l'Indien a dû s'adapter. Les Blancs sont arrivés avec de nouvelles coutumes, de nouvelles manières de faire et de nouveaux incitatifs à modifier son mode de vie, y compris ses méthodes de troc et d'échange. À tort ou à raison, pour le meilleur ou pour le pire, les vieilles coutumes ont changé et l'Indien a dû évoluer avec elles — ce qu'il a fait. Une économie monétaire s'est éventuellement établie et l'Indien s'y est également adapté — commençant à vendre du poisson pour de l'argent. Il s'agissait d'un changement considérable par rapport à ses anciennes pratiques de partage, d'échange et de troc, mais néanmoins d'une progression logique. Il a été sta-

1996 CanLII 216 (SCC)

the like; he is entitled, subject to extinguishment or justifiable restrictions, to evolve with the times and dispose of them by modern means, if he so chooses, such as the sale of them for money. It is thus my view that the aboriginal right of the Sto:lo peoples to fish includes the right to sell, trade or barter them after they have been caught. It is my view that the learned judge imposed a verdict inconsistent with the evidence and the weight to be given it. [Emphasis added.]

tué que le droit de chasse ancestral n'est pas figé dans le temps — sinon, l'autochtone ne pourrait se servir que d'un arc et des flèches pour l'exercer — que le droit évolue avec le temps: voir *Simon c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 387 . . . . En conséquence, à mon avis, le droit de prendre du poisson et d'en disposer inclut, selon la preuve, le droit de l'échanger ou de le troquer. Le droit de l'Indien d'échanger le poisson n'est pas figé dans le temps — sinon il ne pourrait en disposer que dans le cadre de potlatch et d'autres occasions du genre; de fait, sous réserve d'extinction du droit ou de restrictions justifiables de celui-ci, l'Indien peut profiter des progrès réalisés avec le temps et disposer du poisson par des méthodes modernes, s'il le désire, comme le fait de le vendre contre de l'argent. Je suis donc d'avis que le droit de pêche ancestral des Sto:lo inclut le droit de vendre et d'échanger le poisson pris. A mon avis, le juge a rendu une décision incompatible avec la preuve et l'importance qui devait lui être accordée. [Je souligne.]

1996 CanLII 216 (SCC)

At the British Columbia Court of Appeal, Macfarlane J.A. (Taggart J.A. concurring) and Wallace J.A., for the majority, took the position that an aboriginal right would be recognized only if the manifestations of the distinctive aboriginal culture — i.e., the particular aboriginal practices, traditions or customs — were particular to native culture and not common to non-aboriginal societies. Further, the evidence would need to show that the activities in question have been engaged in for time immemorial at the time sovereignty was asserted by Britain. Macfarlane J.A. wrote (at para. 21):

S'exprimant au nom de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité, le juge Macfarlane (avec l'appui du juge Taggart) et le juge Wallace ont exprimé le point de vue qu'un droit ancestral ne sera reconnu que si les manifestations de la culture autochtone distinctive — les coutumes, pratiques ou traditions autochtones particulières — étaient propres à la culture autochtone et non communes aux sociétés non autochtones. De plus, il faudrait que la preuve établisse que, au moment de l'affirmation de la souveraineté britannique, les activités en question étaient exercées de temps immémorial. Le juge Macfarlane a écrit ce qui suit (au par. 21):

To be so regarded those practices must have been integral to the distinctive culture of the aboriginal society from which they were said to have arisen. A modernized form of such a practice would be no less an aboriginal right. A practice which had not been integral to the organized society and its distinctive culture, but which became prevalent merely as a result of European influences, would not qualify for protection as an aboriginal right. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Pour être considérées comme telles, ces pratiques doivent avoir fait partie intégrante de la culture distinctive de la société autochtone qui leur aurait donné naissance. Une forme modernisée d'une telle pratique n'en constituerait pas moins un droit ancestral. Une pratique qui n'aurait pas fait partie intégrante de la société organisée et de sa culture distinctive, mais qui ne se serait répandue [que] du seul fait des influences européennes, ne pourrait pas être protégée en tant que droit ancestral. [Je souligne.]

The majority of the Court of Appeal agreed with the trial judge's findings and held that the Sto:lo's practices, traditions and customs did not justify the recognition of an aboriginal right to fish for commercial purposes.

La Cour d'appel à la majorité a souscrit aux conclusions du juge du procès et statué que les coutumes, pratiques et traditions des Sto:lo ne justifiaient pas la reconnaissance d'un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales.

204 Lambert J.A., in dissent, applied what he called a "social" form of description of aboriginal rights, one which does not "freeze" native practices, traditions and customs in time. In light of the evidence, he concluded that the distinctive aboriginal culture of the Sto:lo warranted the recognition of an aboriginal right to sell, trade and barter fish in order to provide them with a "moderate livelihood". He stated (at para. 150):

For those reasons I conclude that the best description of the aboriginal customs, traditions and practices of the Sto:lo people in relation to the sockeye salmon run on the Fraser River is that their aboriginal customs, traditions and practices have given rise to an aboriginal right, to be exercised in accordance with their rights of self-regulation including recognition of the need for conservation to catch and, if they wish, sell, themselves and through other members of the Sto:lo people, sufficient salmon to provide all the people who wish to be personally engaged in the fishery, and their dependent families, when coupled with their other financial resources, with a moderate livelihood, and, in any event, not less than the quantity of salmon needed to provide every one of the collective holders of the aboriginal right with the same amount of salmon per person per year as would have been consumed or otherwise utilized by each of the collective holders of the right, on average, from a comparable year's salmon run, in, say, 1800. [Italics in original; emphasis added.]

205 It appears from the foregoing review of the judgments that the conclusions on the findings of fact relating to whether the Sto:lo possess an aboriginal right to sell, trade and barter fish varied depending on the delineation of the aboriginal right claimed and on the approach used to interpreting such right. The trial judge, as well as the majority of the Court of Appeal, framed the issue as being whether the Sto:lo possess an aboriginal right to fish for commercial purposes and used an approach based on the manifestations of distinctive aboriginal culture which differentiates between aboriginal and non-aboriginal practices and which "freezes" aboriginal rights in a pre-contact or pre-sovereignty aboriginal time. The summary appeal judge, as well as Lambert J.A. at the Court of Appeal, described the issue in terms of whether the Sto:lo possess an aboriginal right to sell, trade and

Le juge Lambert, dissident, a appliqué ce qu'il a appelé une forme «sociale» de description des droits ancestraux n'ayant pas pour effet de «figer» les coutumes, pratiques et traditions autochtones. Au vu de la preuve, il a conclu que la culture autochtone distinctive des Sto:lo justifiait de leur reconnaître un droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson de manière à s'assurer «une subsistance convenable». Il a déclaré ceci (au par. 150):

[TRADUCTION] *Pour ces motifs, je conclus que la meilleure façon de décrire les coutumes, pratiques et traditions autochtones des Sto:lo relativement à la remonte de saumon rouge dans le fleuve Fraser est de dire que leurs coutumes, pratiques et traditions ont donné naissance à un droit ancestral, qui doit être exercé conformément à leurs droits à l'autoréglementation, y compris la reconnaissance des besoins de conservation, de prendre et, s'ils le désirent, de vendre eux-mêmes et par l'entremise d'autres Sto:lo suffisamment de saumon pour assurer à tous ceux qui veulent pêcher — ainsi qu'aux personnes à leur charge—, compte tenu de leurs autres ressources financières, une subsistance convenable; la quantité de saumon ne devant pas, quoi qu'il en soit, être inférieure à la quantité requise pour fournir à chacun des détenteurs à titre collectif du droit ancestral la même quantité annuelle de saumon par personne que ces derniers auraient pu consommer ou utiliser par ailleurs, en moyenne, lors d'une remonte annuelle comparable de saumon, disons en 1800.* [En italique dans l'original; je souligne.]

Il ressort de l'examen que je viens de faire des jugements des tribunaux inférieurs que les conclusions tirées des constatations de fait touchant la question de savoir si les Sto:lo possèdent un droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson ont varié en fonction de la définition du droit ancestral revendiqué et de la méthode utilisée pour interpréter ce droit. Le juge du procès et les juges de la majorité de la Cour d'appel ont dit que la question était de savoir si les Sto:lo possèdent un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales, et ils ont appliqué une méthode fondée sur les manifestations de la culture autochtone distinctive, qui distingue entre les pratiques autochtones et non autochtones et qui «fige» les droits ancestraux dans l'état où ils étaient à une époque autochtone, avant le contact avec les Européens ou l'affirmation de la souveraineté britannique. Le juge d'ap-

1996 CanLII 216 (SCC)

barter fish for livelihood. Further, they examined the aboriginal right claimed at a certain level of abstraction, which focused on the distinctive aboriginal culture of the Sto:lo and which was evolutive in nature.

pel des poursuites sommaires et le juge Lambert de la Cour d'appel ont pour leur part estimé que la question était de savoir si les Sto:lo possèdent un droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. De plus, ils ont examiné le droit ancestral revendiqué selon un certain niveau d'abstraction, mettant l'accent sur la culture autochtone distinctive des Sto:lo et le caractère évolutif du droit.

As I have already noted elsewhere, the issue in the present appeal is whether the Sto:lo's aboriginal right to fish includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes. Accordingly, the trial judge and the majority of the Court of Appeal erred in framing the issue. Furthermore, it is my view that the nature and extent of aboriginal rights protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* must be defined by referring to the notion of "integral part of a distinctive aboriginal culture", i.e., whether an aboriginal practice, tradition or custom has been sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the particular group of aboriginal people for a substantial continuous period of time. Therefore, by using a "frozen right" approach focusing on aboriginal practice to defining the nature and extent of the aboriginal right, Scarlett Prov. Ct. J. and the majority of the Court of Appeal were also in error.

Comme je l'ai déjà mentionné, la question qui se pose dans le présent pourvoi est de savoir si le droit de pêche ancestral inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. En conséquence, le juge du procès et les juges de la majorité de la Cour d'appel ont commis une erreur dans la formulation de la question en litige. En outre, je suis d'avis que la nature et l'étendue des droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* doivent être interprétées par application de la notion de «partie intégrante d'une culture autochtone distinctive», c.-à-d. en se demandant si la coutume, pratique ou tradition autochtone en cause a été suffisamment importante et fondamentale pour l'organisation sociale et la culture du groupe particulier d'autochtones, pendant une période considérable et ininterrompue. En conséquence, en appliquant la méthode des «droits figés», qui est axée sur la pratique autochtone, pour définir la nature et l'étendue du droit ancestral, le juge Scarlett de la Cour provinciale et les juges de la majorité de la Cour d'appel ont également commis une erreur.

206

Consequently, when the trial judge assessed the historical evidence presented at trial, he asked himself the wrong questions and erred as to the proper evidentiary basis necessary to establish an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. He thus made no finding of fact, or insufficient findings of fact, as regards the Sto:lo's distinctive aboriginal culture relating to the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes. It is also noteworthy that the first appellate judge, who asked himself the right ques-

Par conséquent, lorsque le juge du procès a apprécié la preuve historique présentée, il s'est posé les mauvaises questions et a fait erreur quant à la preuve requise pour établir l'existence d'un droit ancestral visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En conséquence, il n'a pas tiré de conclusion de fait — ou celles qu'il a tirées étaient insuffisantes — au sujet de la culture autochtone distinctive des Sto:lo en ce qui a trait à la vente et à l'échange de poisson à des fins de subsistance. Il convient également de signaler que le premier juge d'appel, qui lui s'est posé les bonnes questions, a tiré des conclusions de fait dia-

207

1996 CanLII 255 (SCC)

tions, made diametrically opposed findings of fact on the evidence presented at trial.

208 The result of these palpable and overriding errors, which affected the trial judge's assessment of the facts, is that an appellate court is justified in intervening — as did the summary appeal judge — in the trial judge's findings of fact and substituting its own assessment of the evidence presented at trial: see *Stein v. The Ship "Kathy K"*, *supra*. I note also that this Court, as a subsequent appellate court in such circumstances, does not have to show any deference to the assessment of the evidence made by lower appellate courts. Since this Court is in no less advantageous or privileged position than the lower appellate courts in assessing the evidence on the record, we are free to reconsider the evidence and substitute our own findings of fact (see *Schwartz v. Canada*, *supra*, at paras. 36-37). I find myself, however, in general agreement with the findings of fact of Selbie J., the summary appeal judge, and of Lambert J.A. Nonetheless, I will revisit the evidence to determine whether it reveals that the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes have formed an integral part of the Sto:lo's distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time.

209 The Sto:lo, who are part of the Coast Salish Nation, have lived in their villages along the Fraser River from Langley to above Yale. They were an organized society, whose main socio-political unit was the extended family. The Fraser River was their main source of food the year around and, as such, the Sto:lo considered it to be sacred. It is interesting to note that their name, the "Sto:lo", means "people of the river": see Wilson Duff, *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia (Anthropology in British Columbia — Memoir No. 1)*, 1952, at p. 11.

210 Archaeological evidence demonstrates that the Sto:lo have relied on the fishery for centuries.

métralement opposées à partir de la preuve présentée au procès.

Vu ces erreurs manifestes et dominantes, qui ont faussé l'appréciation des faits par le juge du procès, une cour d'appel est justifiée de modifier — comme l'a fait le juge d'appel des poursuites sommaires — les conclusions de fait du juge de première instance et de substituer son appréciation de la preuve présentée au procès à celle du juge de première instance: voir l'arrêt *Stein c. Le navire «Kathy K»*, précité. Je tiens aussi à faire remarquer que notre Cour, en tant que juridiction subséquente d'appel dans de telles circonstances, n'a pas à faire preuve de retenue à l'égard de l'appréciation de la preuve faite par les tribunaux d'appel inférieurs. Comme notre Cour n'est pas dans une situation moins avantageuse ou moins privilégiée que les tribunaux d'appel inférieurs pour apprécier la preuve à partir du dossier, nous sommes libres de réexaminer la preuve et de substituer nos propres conclusions de fait (voir l'arrêt *Schwartz c. Canada*, précité, aux par. 36 et 37) à celles déjà tirées. Cependant, je suis d'accord de façon générale avec les conclusions de fait du juge Selbie, juge d'appel des poursuites sommaires, et celles du juge Lambert de la Cour d'appel. Néanmoins, je vais réexaminer la preuve afin de déterminer si elle révèle que la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance ont fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive des Sto:lo pendant une période considérable et ininterrompue.

Les Sto:lo, qui font partie de la nation des Salish de la côte, ont vécu dans leurs villages le long du fleuve Fraser, de Langley jusque passé Yale. Ils formaient une société organisée, dont la principale unité socio-politique était la famille élargie. Le fleuve Fraser était leur principale source de nourriture à longueur d'année et, pour cette raison, les Sto:lo considéraient ce cours d'eau comme sacré. Il est intéressant de noter que leur nom, les «Sto:lo», signifie «les gens du fleuve»: voir Wilson Duff, *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia (Anthropology in British Columbia — Memoir No. 1)*, 1952, à la p. 11.

La preuve archéologique démontre que les Sto:lo vivent de la pêche depuis des siècles. Située

1996 CanLII 216 (SCC)

Located near the mouth of the Fraser River, the Sto:lo fishery consists of five species of salmon — sockeye, chinook, coho, chum and pink — as well as sturgeon, eulachons and trout. The Sto:lo used many methods and devices to fish salmon, such as dip-nets, harpoons, weirs, traps and hooks. Both the wind and the heat retention capacity of the geography of the Fraser Canyon result in an excellent area for wind drying fish. Therefore, although fresh fish were procurable year around, they dried or smoked large amounts at the end of the summer to use for the hard times of winter.

près de l'embouchure du fleuve Fraser, la pêcherie compte cinq espèces de saumon — le saumon rouge, le saumon quinnat, le saumon coho, le saumon kéta et le saumon rose — ainsi que de l'esturgeon, de l'eulakane et de la truite. Les Sto:lo utilisaient de nombreuses méthodes et de nombreux engins pour pêcher le saumon: épuisette, harpon, bordigue, trappe en filet et gaffe. Tant le vent dans le canyon du Fraser que la capacité calorifique de la géographie de ce lieu font de celui-ci un excellent endroit pour le séchage au vent du poisson. En conséquence, même s'ils pouvaient se procurer du poisson frais tout au long de l'année, les Sto:lo en séchaient ou en boucanaient de grandes quantités à la fin de l'été en vue des périodes difficiles de l'hiver.

1996 CanLII 216 (SCC)

The Sto:lo community is geographically located between two biogeoclimatic zones: the interior plateau region and the coastal maritime area. As such, they have long enjoyed the exchange of regional goods with the people living in these zones. See, in that respect, the report of Dr. Richard Daly, an expert in social and cultural anthropology called by the appellant and who gave expert opinion evidence on the social structure and culture of the Sto:lo, and also Duff, *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia*, *supra*, at p. 95.

211 Comme, sur le plan géographique, la collectivité sto:lo est située entre deux zones biogéoclimatiques — la région du plateau intérieur et la région côtière maritime —, ses membres ont depuis longtemps l'occasion d'échanger des produits régionaux avec les habitants de ces zones. À cet égard, voir le rapport de M. Richard Daly, expert en anthropologie sociale et culturelle, qui a été assigné par l'appelante et a témoigné en cette qualité sur l'organisation sociale et la culture des Sto:lo, et aussi Duff, *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia*, *op. cit.*, à la p. 95.

The oral histories, corroborated by expert evidence, show a long tradition of trading relationships among the Sto:lo and with their neighbours, both before the arrival of Europeans and to the present day. Dr. Arnoud Henry Stryd, an expert in archaeology with a strong background in anthropology called by the respondent to give expert opinion evidence and to speak to the archaeological record, testified that exchanging goods has been a feature of the human condition from the earliest times:

212 Les récits oraux, corroborés par les témoignages d'expert, démontrent l'existence d'une longue tradition de rapports commerciaux entre les Sto:lo et leurs voisins, tant avant l'arrivée des Européens que de nos jours. Monsieur Arnoud Henry Stryd, spécialiste de l'archéologie possédant un solide bagage en anthropologie, qui a été assigné par l'intimée pour témoigner à titre d'expert et parler des documents archéologiques, a affirmé que l'échange de biens est une caractéristique de l'humanité depuis les temps les plus anciens:

[TRADUCTION]

Q. Yes. You say there's evidence for trade in non-perishable items throughout much of the archaeological record for British Columbia.

Q. Oui. Vous dites qu'on trouve dans la majeure partie des documents archéologiques concernant la Colombie-Britannique des preuves de l'existence d'un commerce d'articles non périssables.

A. Well, that's right. In my point of view, the tendency to trade is one that's very human and if you have things that you have that you don't need and your neighbours have something that you would like that they are willing to, that they don't need, that it seems very obvious that some kind of exchange of goods would take place and the earliest part of the human condition to exchange items. [Emphasis added.]

213 Likewise, John Trevor Dewhirst, an anthropologist and ethno-historian called by the respondent, gave expert opinion evidence on the aboriginal trade of salmon of the Sto:lo. Although he insisted that there was no "organized regularized large scale exchange of salmon" in pre-contact or pre-sovereignty aboriginal time, he testified to the effect that the Sto:lo did exchange, trade and barter salmon among themselves and with other native people, and that such activities were rooted in their culture:

Q. We had reached the stage, sir, as I understand it where — we're now at the point with your evidence, sir, that the exchange of salmon amongst the Indians — you've mentioned that, sir, there was some exchange of salmon amongst the Indians?

A. Oh, yes, very definitely.

Q. Yes. Could you expand on that, please?

A. Yes. I think it's very clear from the — both from the historical record and — and from the anthropological evidence, the ethnographic evidence collected by various workers, Wilson Duff, Marion Smith, Dr. Daly and others whom we've mentioned — and Suttles — exchange of salmon for other foodstuffs and perhaps non-food items definitely took place amongst the Sto:Lo and was a definite feature of their society and culture.

What I'd like to do is go over some of that material evidence regarding the exchange of salmon and examine that in terms of — of trade and the — try — try to deter-

R. Oui, c'est exact. À mon avis, la tendance à commercer est quelque chose de très humain; si vous avez quelque chose dont vous n'avez pas besoin et que vos voisins ont quelque chose que vous aimeriez avoir et dont ils n'ont pas besoin, il semble très évident qu'il se produira un certain type d'échange de biens; l'échange de biens remonte au tout début de l'humanité. [Je souligne.]

De même, M. John Trevor Dewhirst, anthropologue et ethno-historien assigné par l'intimée, a témoigné à titre d'expert relativement au commerce du saumon par les ancêtres des Sto:lo. Même s'il a insisté sur le fait qu'il n'y avait pas [TRADUCTION] «d'activités systématisées et organisées d'échange de saumon sur une grande échelle» au temps des aborigènes, avant le contact avec les Européens ou l'affirmation de la souveraineté britannique, il a témoigné que les Sto:lo échangeaient et troquaient effectivement du saumon, entre eux et avec d'autres peuples autochtones, et que ces activités étaient enracinées dans leur culture:

[TRADUCTION]

Q. Monsieur, nous en étions au point, si j'ai bien compris, où — nous en sommes au point dans votre témoignage, Monsieur, où il est question d'échange de saumon entre les Indiens — vous avez mentionné, Monsieur, qu'il y avait échange de saumon entre les Indiens?

R. Oui. Très certainement.

Q. Oui. Pourriez-vous préciser s'il vous plaît?

R. Oui. J'estime qu'il ressort très clairement — tant des archives historiques que — de la preuve anthropologique, de la preuve ethnographique recueillies par diverses personnes, Wilson Duff, Marion Smith, M. Daly et d'autres personnes que nous avons mentionnées — et Suttles — que l'échange de saumon contre d'autres denrées alimentaires et peut-être d'autres produits non alimentaires se pratiquait sûrement chez les Sto:lo et constituait nettement une caractéristique de leur société et culture.

J'aimerais passer en revue certains de ces éléments de preuve matérielle concernant l'échange de saumon et les examiner sous l'angle — du commerce et — essayer —

1996 CanLII 216 (SCC)

mine — try to develop a context for in fact what was happening at least in some of these instances.

. . .

A. That — I believe that the record does not indicate the presence of an organized regularized large scale exchange of salmon amongst the Sto:Lo or between the Sto:Lo and other Native peoples and by this large scale exchange I — I think — rather, by the exchange of salmon I think it's important to look at this context and see if in fact there is a kind of a market situation. I mean, most cultures, most societies do exchange items between relatives and friends and so on. I think that this is debatable whether you can call this trade in — in the sense of a — of a kind of a marketplace and I'd like to turn now to some of the — some of the evidence that's been presented. [Emphasis added.]

It seems well founded to conclude, as the expert witnesses for the respondent did, that no formalized market system of trade of salmon existed in the original Sto:lo society because, as a matter of fact, organized large scale trade in salmon appears to run contrary to the Sto:lo's aboriginal culture. They viewed salmon as more than just food; they treated salmon with a degree of respect since the Sto:lo community was highly reliant and dependant on the fish resources. On the one hand, the Sto:lo pursued salmon very aggressively in order to get them for livelihood, support and sustenance purposes. On the other, however, they were sufficiently mindful not to exploit the abundance of the river and they taught their children a thoughtful attitude towards salmon and also how to conserve them.

As the social and cultural anthropologist Dr. Richard Daly explained at trial, the exchange of salmon among the Sto:lo and with their neighbours was informed by the ethic of feeding people, catching and trading only what was necessary for their needs and the needs of face-to-face relationships:

essayer de déterminer — essayer d'établir le contexte de ce qui se passait dans les faits, à tout le moins dans certains de ces cas.

. . .

R. Je crois que le dossier ne révèle pas l'existence d'activités systématiques et organisées d'échange de saumon sur une grande échelle, entre les Sto:lo eux-mêmes ou entre les Sto:lo et d'autres peuples autochtones; par échange sur une grande échelle, je — je pense — plutôt, par échange de saumon, je pense qu'il est important d'examiner ce contexte et de déterminer s'il existe en fait une sorte de situation de marché. Je veux dire que, dans la plupart des cultures, dans la plupart des sociétés, il y a échange de biens entre parents, amis et ainsi de suite. Je pense que l'on peut se demander s'il est possible dans ce cas de parler de commerce — dans le sens d'une — sorte de marché, et j'aimerais maintenant examiner certains des — certains éléments de preuve présentés. [Je souligne.]

214 Il semble bien fondé de conclure, comme l'ont fait les témoins experts de l'intimée, qu'il n'existait pas de système de marché organisé pour le commerce du saumon au sein de la société sto:lo originale, étant donné que le commerce organisé du saumon sur une grande échelle paraît, en fait, aller à l'encontre de la culture autochtone des Sto:lo. Pour eux, le saumon était plus qu'une denrée alimentaire, ils le traitaient avec un certain respect puisque leur collectivité dépendait beaucoup des ressources de la pêche. D'une part, les Sto:lo pêchaient le saumon très activement à des fins de subsistance. D'autre part, toutefois, ils étaient suffisamment soucieux de ne pas abuser des richesses du fleuve, et ils enseignaient à leurs enfants une attitude de parcimonie à l'égard du saumon ainsi que les moyens de conserver cette ressource.

215 Comme l'a expliqué, au procès, Richard Daly, anthropologue social et culturel, l'échange de saumon pratiqué par les Sto:lo entre eux et avec leurs voisins était guidé par le principe qu'il fallait nourrir la population et ne prendre et n'échanger que le poisson nécessaire pour subvenir à leurs propres besoins et à ceux des personnes avec qui ils avaient des rapports directs:

1996 CanLII 216 (SCC)

Q. Is the sale of fish or other foodstuff, in you opinion, also part of the Sto:lo culture?

A. The way it is explained to me by people in the Sto:lo community, that it's all part of feeding yourself and feeding others. You're looking after your basic necessities. And today it's all done through the medium of cash. And you may not have anything to reciprocate when — when other native people from a different area come to you with say tanned hides from the Interior for making — for handicraft work. You may not have anything to give them in return at that time and you pay for it, like anyone else would. But then when you — you've put up your salmon or you're able to take them a load of fresh salmon you reciprocate and they pay you. But it's — it's considered to be a similar procedure as the bartering because it's satisfying the basic needs.

And also people tell me that they go fishing in order to get the money for the gas to drive to the fishing sites, to look after the repair of their nets and to — to make some of the necessary amounts of cash needed for their day-to-day existence. And I have observed people going out to fish with an intention of selling. They don't go to get a maximum number of fish and sell them on the market for the — the going price. They sell it at the going price but they — they won't take any more fish than they have orders for because that's — that's the wrong attitude towards the fish and fishing. So I think in a sense it — it's very consistent with the type of bartering that has preceded it and it's sort of still couched in that same idiom, as well. [Emphasis added.]

216 The foregoing review of the historical evidence on the record reveals that there was trade of salmon for livelihood, support and sustenance purposes among the Sto:lo and with other native people and, more importantly, that such activities formed part of, and were undoubtedly rooted in, the distinctive aboriginal culture of the Sto:lo. In short, the fishery has always provided a focus for life and livelihood for the Sto:lo and they have always traded salmon for the sustenance and support of themselves and their families. Accordingly, to use the terminology of the test propounded above, the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes was suffi-

[TRADUCTION]

Q. À votre avis, la vente de poisson ou d'autres denrées alimentaires fait-elle également partie de la culture sto:lo?

R. Comme me l'ont expliqué des membres de la collectivité sto:lo, tout cela fait partie du fait de se nourrir et de nourrir les autres. On doit subvenir à ses besoins essentiels. Et aujourd'hui, tout se fait au moyen de l'argent. Il est possible qu'on n'ait rien à offrir en contrepartie lorsque — lorsque des autochtones d'une autre région arrivent de l'Intérieur avec des peaux tannées — qui serviront à la confection d'objets d'artisanat. Vous pourriez n'avoir rien à offrir en échange, auquel cas vous payez ces peaux comme le ferait toute autre personne. Cependant, lorsque vous offrez votre saumon ou que vous pouvez leur apporter une cargaison de saumon frais, vous faites de même et ils vous paient. Mais c'est — c'est considéré comme une procédure analogue au troc parce que ça satisfait les besoins essentiels.

Les gens me disent également qu'ils vont à la pêche pour obtenir de l'argent pour acheter de l'essence pour se rendre aux sites de pêche, pour faire réparer leurs filets et — pour gagner une partie de l'argent dont ils ont besoin pour subvenir à leurs besoins courants. Et j'ai observé que des gens vont à la pêche avec l'intention de vendre le poisson pris. Ils ne vont pas prendre le plus de poissons possible et les vendre sur le marché — au prix courant. Ils les vendent au prix courant — mais ils ne prennent pas plus que le nombre qu'on leur a commandé parce que c'est — ce n'est pas la bonne attitude à avoir à l'égard du poisson et de la pêche. À mon avis, dans un sens, ces pratiques sont très conformes au type de troc qui les ont précédées, et elles y sont assimilables en quelque sorte. [Je souligne.]

L'examen qui précède de la preuve de nature historique au dossier révèle qu'il y avait, entre les Sto:lo eux-mêmes et entre les Sto:lo et d'autres peuples autochtones, des échanges de saumon à des fins de subsistance, et, fait encore plus important, que ces activités faisaient partie de la culture autochtone distinctive des Sto:lo et étaient indubitablement enracinées dans celle-ci. Bref, la pêche a toujours été un aspect central de la vie et de la subsistance des Sto:lo, qui ont toujours échangé du saumon afin d'assurer leur subsistance et celle de leur famille. En conséquence, pour employer la formulation du critère proposé plus tôt, les activités de vente et d'échange de poisson à des fins de

1996 CanLII 216 (SCC)

ciently significant and fundamental to the culture and social organization of the Sto:lo.

The period of intensive trade of fish in a market-type economy involving the Sto:lo began after the coming of the Europeans, in approximately 1820, when the Hudson's Bay Company established a post at Fort Langley on the Fraser River. Following that, the Sto:lo participated in a thriving commercial fishery centred around the trade of salmon. According to Jamie Morton, an historian called by the appellant to give expert opinion evidence on the history of the European trade with native people, approximately 1,500 to 3,000 barrels of salmon (with 60-90 fish per barrel) were cured per year, which the Hudson's Bay Company bought and shipped to Hawaii and other international ports. (See also Lambert J.A., at para. 121.)

This trade of salmon in a market economy, however, is not relevant to determine whether the Sto:lo possess an aboriginal right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes. I note, in passing, that such commercial use of the fish would seem to be intrinsically incompatible with the pre-contact or pre-sovereignty culture of the Sto:lo which commanded that the utilization of the salmon, including its sale, trade and barter, be restricted to providing livelihood, support and sustenance, and did not entail obtaining purely commercial profit.

As far as the issue here is concerned, the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes have always been sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the Sto:lo. This conclusion is no doubt in line with the perspective of the Sto:lo regarding the importance of the trade of salmon in their society. Consequently, the criterion regarding the characterization of aboriginal rights protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* is met.

subsistance étaient suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture des Sto:lo.

217 Cela dit, précisons que la période de commerce intensif du poisson dans une économie de marché à laquelle ont participé les Sto:lo a commencé après l'arrivée des Européens, vers 1820, lorsque la Compagnie de la Baie d'Hudson a établi un poste de traite à Fort Langley, le long du fleuve Fraser. Par la suite, les Sto:lo ont participé à de florissantes activités de pêche commerciale axées sur le commerce du saumon. Selon Jamie Morton, historien assigné par l'appelante pour déposer, à titre de témoin expert, sur l'histoire du commerce des Européens avec les autochtones, environ 1 500 à 3 000 barils de saumon fumé (60 à 90 poissons par baril) étaient vendus chaque année à la Compagnie de la Baie d'Hudson, qui les expédiait ensuite à destination d'Hawaii et d'autres ports internationaux. (Voir aussi les motifs du juge Lambert de la Cour d'appel, au par. 121.)

218 Cependant, l'existence de ce commerce du saumon dans une économie de marché n'est pas un fait pertinent pour déterminer si les Sto:lo possèdent le droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. En passant, je tiens à préciser qu'une telle utilisation commerciale du poisson semble intrinsèquement incompatible avec la culture des Sto:lo avant le contact avec les Européens ou l'affirmation de la souveraineté britannique, culture qui commandait que l'utilisation du saumon, y compris la vente et l'échange de ce bien, ne vise que des fins de subsistance, et non des fins purement commerciales.

219 En ce qui concerne la question en litige en l'espèce, les activités de vente et d'échange de poisson à des fins de subsistance ont toujours été suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture des Sto:lo. Cette conclusion est sans aucun doute compatible avec le point de vue des Sto:lo en ce qui concerne l'importance du commerce du saumon dans leur société. En conséquence, le critère applicable afin de caractériser les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est respecté.

1996 CanLII 216 (SCC)

220 Furthermore, there is no doubt that these activities did form part of the Sto:lo's distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time. In that respect, we must consider the type of aboriginal practices, traditions and customs, the particular aboriginal culture and society, and the reference period of 20 to 50 years. Here, the historical evidence shows that the Sto:lo's practices, traditions and customs relating to the trade of salmon for livelihood, support and sustenance purposes have existed for centuries before the arrival of Europeans. As well, it appears that such activities have continued, though in modernized forms, until the present day. Accordingly, the time requirement for the recognition of an aboriginal right is also met in this case.

221 As a consequence, I conclude that the Sto:lo Band, of which the appellant is a member, possess an aboriginal right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes. Under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* this right is protected.

VI. Disposition

222 In the result, I would allow the appeal on the question of whether the Sto:lo possess an aboriginal right to fish which includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes. The question of the extinguishment of such right, as well as the issues of *prima facie* infringement and justification, must be remitted to trial since there is insufficient evidence to enable this Court to decide upon them. Consequently, the constitutional question can only be answered partially:

Question: Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read on September 11, 1987, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the

Qui plus est, il n'y a pas de doute que ces activités ont fait partie de la culture autochtone distinctive des Sto:lo pendant une période considérable et ininterrompue. Sur ce point, il nous faut tenir compte du type de coutumes, pratiques et traditions autochtones en cause, de la culture et de la société autochtones visées et, enfin, de la période de référence de 20 à 50 ans. En l'espèce, la preuve historique révèle que les coutumes, pratiques et traditions des Sto:lo relativement au commerce du saumon à des fins de subsistance ont existé pendant des siècles avant l'arrivée des Européens. De plus, il semble que ces activités continuent d'être pratiquées de nos jours, quoique sous des formes modernes. En conséquence, l'exigence de durée applicable pour la reconnaissance d'un droit ancestral est également satisfaite.

Par conséquent, je conclus que la bande des Sto:lo, dont fait partie l'appelante, possède le droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. Ce droit est protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

VI. Dispositif

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui concerne la question de savoir si les Sto:lo possèdent un droit de pêche ancestral incluant le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. La question de l'extinction de ce droit ainsi que les questions de l'atteinte *prima facie* et de la justification doivent être renvoyées au tribunal de première instance en vue de la tenue d'un nouveau procès, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de statuer sur celles-ci. En conséquence, il n'est possible de répondre à la question constitutionnelle qu'en partie:

Question: Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait le 11 septembre 1987, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des

1996 CanLII 216 (SCC)

meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant?

Answer: The aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant, are recognized and the question of whether s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations* is of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, will depend on the issues of extinguishment, *prima facie* infringement and justification as determined in a new trial.

There will be no costs to either party.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — This appeal concerns the right of the Sto:lo of British Columbia to sell fish caught in the Fraser River. The appellant, Mrs. Van der Peet, sold salmon caught under an Indian food fishing licence by her common law husband and his brother. The sale of salmon caught under an Indian food licence was prohibited. Mrs. Van der Peet was charged with selling fish contrary to the Regulations of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14. At trial, she raised the defence that the regulations under which she was charged was invalid because it infringed her aboriginal right, confirmed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* to catch and sell fish. If so, s. 52 of the *Constitution Act, 1982* acts to invalidate the regulation to the extent of the conflict.

The inquiry thus focuses on s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which provides that "[t]he existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed". Section 35(1) gives constitutional protection not only to aboriginal rights codified

droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

Réponse: Les droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoqués par l'appelante sont reconnus, et la réponse à la question visant de savoir si le par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* est, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dépendra de la façon dont seront tranchées au cours d'un nouveau procès, les questions de l'extinction, de l'atteinte *prima facie* et de la justification.

Le tout sans frais. 223

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — Le présent pourvoi concerne le droit des Sto:lo de la Colombie-Britannique de vendre du poisson pris dans le fleuve Fraser. L'appelante, M^me^ Van der Peet, a vendu du saumon qui avait été pris par son conjoint de fait et le frère de celui-ci en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens. Or, il était interdit de vendre du saumon pris en vertu d'un tel permis de pêche. Madame Van der Peet a été accusée d'avoir vendu du poisson contrairement à un règlement d'application de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14. Au procès, elle a fait valoir en défense que les dispositions réglementaires en vertu desquelles elle a été accusée étaient invalides parce qu'elles portaient atteinte à son droit ancestral, confirmé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de prendre et de vendre du poisson. Si c'est le cas, l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* rend ces dispositions réglementaires inopérantes. 224

L'examen porte donc principalement sur le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui dit que «[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés». Le paragraphe 35(1) accorde la protection de la Constitution non seule- 225

1996 CanLII 216 (SCC)

through treaties at the time of its adoption in 1982, but also to aboriginal rights which had not been formally recognized at that date: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, per Dickson C.J. and La Forest J., at pp. 1105-6. The Crown has never entered into a treaty with the Sto:lo. They rely not on a codified aboriginal right, but on one which they ask the courts to recognize under s. 35(1).

226 Against this background, I turn to the questions posed in this appeal:

1. Do the Sto:lo possess an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* which entitles them to sell fish?
   (a) Has a *prima facie* right been established?
   (b) If so, has it been extinguished?
2. If a right is established, do the government regulations prohibiting sale infringe the right?
3. If the regulations infringe the right, are they justified?

227 My conclusions on this appeal may be summarized as follows. The issue of what constitutes an aboriginal right must, in my view, be answered by looking at what the law has historically accepted as fundamental aboriginal rights. These encompass the right to be sustained from the land or waters upon which an aboriginal people have traditionally relied for sustenance. Trade in the resource to the extent necessary to maintain traditional levels of sustenance is a permitted exercise of this right. The right endures until extinguished by treaty or otherwise. The right is limited to the extent of the aboriginal people's historic reliance on the resource, as well as the power of the Crown to limit or prohibit exploitation of the resource incompatible with its responsible use. Applying these principles, I conclude that the Sto:lo possess an aboriginal right to fish commercially for purment aux droits ancestraux qui étaient codifiés dans des traités au moment de son adoption en 1982, mais également aux droits ancestraux qui n'avaient pas été officiellement reconnus à cette date: *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, le juge en chef Dickson et le juge La Forest, aux pp. 1105 et 1106. L'État n'a jamais conclu de traité avec les Sto:lo. Ceux-ci invoquent non pas un droit ancestral codifié, mais plutôt un droit ancestral qu'ils demandent aux tribunaux de reconnaître en vertu du par. 35(1).

Sur cette toile de fond, je me penche maintenant sur les questions que soulève le présent pourvoi:

1. Les Sto:lo possèdent-ils, en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un droit ancestral de vendre du poisson?
   a) A-t-on établi, à première vue, l'existence d'un tel droit?
   b) Si oui, ce droit a-t-il été éteint?
2. Si l'existence du droit a été établie, les dispositions réglementaires prises par l'État pour interdire la vente portent-elles atteinte à ce droit?
3. Si les dispositions réglementaires portent atteinte à ce droit, sont-elles justifiées?

Mes conclusions dans le cadre du présent pourvoi peuvent être résumées ainsi. Je suis d'avis que, pour répondre à la question de savoir ce qui constitue un droit ancestral, il convient d'examiner les droits qui ont historiquement été reconnus, en droit, comme étant des droits ancestraux fondamentaux. Sont compris parmi ces droits celui qu'a un peuple autochtone de tirer sa subsistance du territoire ou des eaux qu'il a traditionnellement exploités à cette fin. Ce peuple peut exercer le droit en question en échangeant la ressource dans la mesure nécessaire pour s'assurer la subsistance qu'il en a traditionnellement tirée. Ce droit subsiste tant qu'il n'a pas été éteint par traité ou autrement. Ce droit est restreint par les limites de l'exploitation historique de la ressource faite par le peuple autochtone, ainsi que par le pouvoir de l'État de limiter ou d'interdire l'exploitation de la ressource

1996 CanLII 216 (SCC)

poses of basic sustenance, that this right has not been extinguished, that the regulation prohibiting the sale of any fish constitutes a *prima facie* infringement of it, and that this infringement is not justified. Accordingly, I conclude that the appellant's conviction must be set aside.

1. Do the Sto:lo Possess an Aboriginal Right to Sell Fish Protected under Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982*?

A. *Is a Prima Facie Right Established*?

I turn first to the principles which govern the inquiry into the existence of an aboriginal right.

(i) General Principles of Interpretation

This Court in *Sparrow*, *supra*, discussed the dual significance of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* in the context of fishing. Section 35(1) is significant, first, because it entrenches aboriginal rights as of the date of its adoption in 1982. Prior to that date, aboriginal rights to fish were subject to regulation and extinguishment by unilateral government act. After the adoption of s. 35, these rights can be limited only by treaty. But s. 35(1) is significant in a second, broader sense. It may be seen as recognition of the right of aboriginal peoples to fair recognition of aboriginal rights and settlement of aboriginal claims. Thus Dickson C.J. and La Forest J. wrote in *Sparrow*, at p. 1105:

. . . s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, represents the culmination of a long and difficult struggle in both the political forum and the courts for the constitutional recognition of aboriginal rights. The strong representations of native associations and other groups concerned with

qui serait incompatible avec l'utilisation responsable de celle-ci. Appliquant ces principes, je conclus que les Sto:lo possèdent un droit ancestral de pêcher commercialement pour pourvoir à leurs besoins fondamentaux, que ce droit n'a pas été éteint, que la disposition réglementaire interdisant complètement la vente de poisson constitue une atteinte à première vue à ce droit et que cette atteinte n'est pas justifiée. En conséquence, je conclus que la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelante doit être annulée.

1. Les Sto:lo possèdent-ils un droit ancestral de vendre du poisson qui est protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

A. *A-t-on établi, à première vue, l'existence d'un tel droit*?

Je vais d'abord examiner les principes applicables pour déterminer l'existence d'un droit ancestral. 228

(i) Principes généraux d'interprétation

Dans *Sparrow*, précité, notre Cour a étudié, dans le contexte de la pêche, l'importance que revêt, à deux égards, le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 35(1) est important à un premier égard en ce qu'il constitutionnalise les droits ancestraux qui existaient à la date de son adoption en 1982. Avant cette date, les droits de pêche ancestraux pouvaient être réglementés et éteints par décision unilatérale de l'État. Depuis l'adoption de l'art. 35, ces droits ne peuvent être restreints que par traité. Toutefois, le par. 35(1) est également important à un autre égard, plus général celui-là. En effet, il peut être considéré comme la consécration du droit des peuples autochtones d'obtenir, en toute justice, la reconnaissance de leurs droits ancestraux et le règlement de leurs revendications. Voici d'ailleurs ce qu'ont écrit le juge en chef Dickson et le juge La Forest dans l'arrêt *Sparrow*, à la p. 1105: 229

. . . le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* représente l'aboutissement d'une bataille longue et difficile à la fois dans l'arène politique et devant les tribunaux pour la reconnaissance de droits ancestraux. La forte représentation des associations autochtones et

1996 CanLII 216 (SCC)

the welfare of Canada's aboriginal peoples made the adoption of s. 35(1) possible. . . . Section 35(1), at the least, provides a solid constitutional base upon which subsequent negotiations can take place. It also affords aboriginal peoples constitutional protection against provincial legislative power.

Quoting from Professor Lyon in "An Essay on Constitutional Interpretation" (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95, at p. 100, Dickson C.J. and La Forest J. continued at p. 1106:

. . . the context of 1982 is surely enough to tell us that this is not just a codification of the case law on aboriginal rights that had accumulated by 1982. Section 35 calls for a just settlement for aboriginal peoples. It renounces the old rules of the game under which the Crown established courts of law and denied those courts the authority to question sovereign claims made by the Crown.

230 It may not be wrong to assert, as the Chief Justice does, that the dual purposes of s. 35(1) are first to recognize the fact that the land was occupied prior to European settlement and second, to reconcile the assertion of sovereignty with this prior occupation. But it is, with respect, incomplete. As the foregoing passages from *Sparrow* attest, s. 35(1) recognizes not only prior aboriginal occupation, but also a prior legal regime giving rise to aboriginal rights which persist, absent extinguishment. And it seeks not only to reconcile these claims with European settlement and sovereignty but also to reconcile them in a way that provides the basis for a just and lasting settlement of aboriginal claims consistent with the high standard which the law imposes on the Crown in its dealings with aboriginal peoples.

231 Following these precepts, this Court in *Sparrow* decreed, at pp. 1106-7, that s. 35(1) be construed in a generous, purposive and liberal way. It repre-

d'autres groupes soucieux du bien-être des peuples autochtones du Canada a rendu possible l'adoption du par. 35(1) [. . .] Le paragraphe 35(1) procure, tout au moins, un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises. Il accorde également aux autochtones une protection constitutionnelle contre la compétence législative provinciale.

Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont poursuivi, à la p. 1106, en citant les propos suivants du professeur Lyon dans «An Essay on Constitutional Interpretation» (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95, à la p. 100:

[TRADUCTION] . . . le contexte de l'année 1982 nous fournit assurément une indication suffisante qu'il ne s'agit pas d'une simple codification de la jurisprudence portant sur les droits ancestraux qui existait en 1982. L'article 35 exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones. Il écarte les anciennes règles du jeu en vertu desquelles Sa Majesté établissait des cours de justice auxquelles elle refusait le pouvoir de mettre en doute Ses revendications souveraines.

Il n'est peut-être pas faux d'affirmer, à l'instar du Juge en chef, que le par. 35(1) vise deux objets: premièrement, reconnaître le fait que, avant l'arrivée des Européens, le territoire était occupé; et, deuxièmement, concilier l'affirmation de la souveraineté sur ce territoire avec cette occupation antérieure. Toutefois, en toute déférence, je suis d'avis que cette affirmation est incomplète. Comme l'attestent les passages précités de l'arrêt *Sparrow*, le par. 35(1) reconnaît non seulement l'occupation antérieure du territoire par les autochtones, mais également l'existence d'un régime juridique antérieur ayant donné naissance à des droits ancestraux qui subsistent, à moins d'avoir été éteints. Ce paragraphe vise non seulement à concilier ces droits avec la colonisation du territoire par les Européens et l'affirmation de leur souveraineté sur celui-ci, mais également à les concilier d'une manière propre à servir d'assise à un règlement juste et durable des revendications autochtones, compatible avec la norme élevée que le droit impose à l'État dans ses rapports avec les peuples autochtones.

Appliquant ces préceptes, notre Cour a déclaré, aux pp. 1106 et 1107, dans *Sparrow*, que le par. 35(1) doit recevoir une interprétation géné-

1996 CanLII 216 (SCC)

sents "a solemn commitment that must be given meaningful content" (p. 1108). It embraces and confirms the fiduciary obligation owed by the government to aboriginal peoples (p. 1109). It does not oust the federal power to legislate with respect to aboriginals, nor does it confer absolute rights. Federal power is to be reconciled with aboriginal rights by means of the doctrine of justification. The federal government can legislate to limit the exercise of aboriginal rights, but only to the extent that the limitation is justified and only in accordance with the high standard of honourable dealing which the Constitution and the law imposed on the government in its relations with aboriginals (p. 1109).

reuse, libérale et fondée sur l'objet qu'il vise. Il constitue «un engagement solennel qui doit avoir un sens utile» (p. 1108). Il englobe et confirme l'obligation de fiduciaire de l'État envers les peuples autochtones (p. 1109). Il ne supplante pas le pouvoir du fédéral de légiférer à l'égard des autochtones, et les droits qu'il confère ne sont pas absolus. Le pouvoir fédéral doit être concilié avec les droits ancestraux par l'application de la doctrine de la justification. Le gouvernement fédéral peut légiférer afin de limiter l'exercice de droits ancestraux, mais seulement dans la mesure où cette limitation est justifiée et respecte la norme élevée — savoir celle d'agir honorablement — que la Constitution et les autres règles de droit imposent à l'État dans ses rapports avec les peuples autochtones (p. 1109).

1996 CanLII 216 (SCC)

To summarize, a court approaching the question of whether a particular practice is the exercise of a constitutional aboriginal right under s. 35(1) must adopt an approach which: (1) recognizes the dual purposes of s. 35(1) (to preclude extinguishment and to provide a firm foundation for settlement of aboriginal claims); (2) is liberal and generous toward aboriginal interests; (3) considers the aboriginal claim in the context of the historic way of life of the people asserting it; and (4) above all, is true to the position of the Crown throughout Canadian history as trustee or fiduciary for the first peoples of this country. Finally, I would join with the Chief Justice in asserting, as Mark Walters counsels in "British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*" (1992), 17 *Queen's L.J.* 350, at pp. 413 and 412, respectively, that "a morally and politically defensible conception of aboriginal rights will incorporate both [the] legal perspectives" of the "two vastly dissimilar legal cultures" of European and aboriginal societies. We apply the common law, but the common law we apply must give full recognition to the pre-existing aboriginal tradition.

232

En résumé, le tribunal qui est appelé à décider si une pratique donnée est l'exercice d'un droit ancestral protégé par la Constitution en vertu du par. 35(1) doit adopter une méthode (1) qui reconnaisse les deux objets du par. 35(1) (savoir empêcher l'extinction des droits ancestraux et constituer une assise solide en vue du règlement des revendications autochtones), (2) qui soit libérale et généreuse envers les intérêts des autochtones, (3) qui considère le droit ancestral revendiqué dans le contexte du mode de vie historique du peuple qui l'invoque; (4) et, par-dessus tout, qui soit respectueuse du rôle de fiduciaire que l'État joue depuis toujours auprès des premiers habitants du pays. Finalement, je souscris aux propos du Juge en chef qui affirme, conformément à l'opinion émise par Mark Walters, dans «British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*» (1992), 17 *Queen's L.J.* 350, aux pp. 413 et 412 respectivement, qu'[TRADUCTION] «une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera [les] deux points de vue juridiques», qui émanent des «deux cultures juridiques extrêmement dissemblables» des sociétés européennes et autochtones. Nous appliquons la common law, mais la common law que nous appliquons doit reconnaître pleinement la tradition autochtone préexistante.

(ii) The Right Asserted — the Right to Fish for Commercial Purposes

233 The first step is to ascertain the aboriginal right which is asserted by Mrs. Van der Peet. Are we concerned with the right to fish, the right to sell fish on a small sustenance-related level, or commercial fishing?

234 The Chief Justice and Justice L'Heureux-Dubé state that this appeal does not raise the issue of the right of the Sto:lo to engage in commercial fishery. They argue that the sale of one or two fish to a neighbour cannot be considered commerce, and that the British Columbia courts erred in treating it as such.

235 I agree that this case was defended on the ground that the fish sold by Mrs. Van der Peet were sold for purposes of sustenance. This was not a large corporate money-making activity. In the end, as will be seen, I agree with Justice L'Heureux-Dubé that a large operation geared to producing profits in excess of what the people have historically taken from the river might not be constitutionally protected.

236 This said, I see little point in labelling Mrs. Van der Peet's sale of fish something other than commerce. When one person sells something to another, that is commerce. Commerce may be large or small, but commerce it remains. On the view I take of the case, the critical question is not whether the sale of the fish is commerce or non-commerce, but whether the sale can be defended as the exercise of a more basic aboriginal right to continue the aboriginal people's historic use of the resource.

237 Making an artificial distinction between the exchange of fish for money or other goods on the one hand and for commercial purposes on the other, may have serious consequences, if not in

(ii) Le droit revendiqué — le droit de pêcher à des fins commerciales

La première étape consiste à déterminer quel est le droit ancestral revendiqué par M^me^ Van der Peet. S'agit-il du droit de pêcher, de celui de vendre, sur une petite échelle, du poisson à des fins de subsistance ou encore du droit de pêcher commercialement?

Le Juge en chef et le juge L'Heureux-Dubé disent que le présent pourvoi ne soulève pas la question du droit des Sto:lo de pratiquer la pêche commerciale. Ils affirment que la vente de quelques poissons à un voisin ne saurait être assimilée à un acte de commerce et que les tribunaux de la Colombie-Britannique ont commis une erreur en pensant ainsi.

Je suis aussi d'avis que la défense de M^me^ Van der Peet repose sur l'argument qu'elle a vendu le poisson à des fins de subsistance. Il ne s'agissait pas d'une activité lucrative d'une grosse entreprise commerciale. En fin de compte, comme nous le verrons, je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé qu'une opération de grande envergure, visant la réalisation de bénéfices excédant ce que les autochtones ont historiquement tiré de l'exploitation du fleuve pourrait ne pas bénéficier de la protection de la Constitution.

Cela dit, je vois peu d'intérêt à qualifier autrement que d'acte de commerce la vente de poisson faite par M^me^ Van der Peet. Quand une personne vend quelque chose à autrui, c'est du commerce. Le commerce peut se faire sur une grande ou sur une petite échelle, mais ça reste du commerce. À mon sens, la question cruciale qui se pose n'est pas de savoir si, en l'espèce, la vente du poisson est ou non un acte de commerce, mais bien si elle peut être justifiée en tant qu'exercice d'un droit ancestral plus fondamental, qui serait la poursuite, par les autochtones concernés, de l'utilisation historique de la ressource.

Le fait d'établir une distinction artificielle entre l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens, d'une part, et l'échange de poisson à des fins commerciales, d'autre part, pourrait avoir des

1996 CanLII 216 (SCC)

this case, in others. If the aboriginal right at issue is defined as the right to trade on a massive, modern scale, few peoples may be expected to establish a commercial right to fish. As the Chief Justice observes in *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, "[t]he claim to an aboriginal right to exchange fish commercially places a more onerous burden" on the aboriginal claimant "than a claim to an aboriginal right to exchange fish for money or other goods" (para. 20). In the former case, the trade must be shown to have existed pre-contact "on a scale best characterized as commercial" (para. 20). With rare exceptions (see the evidence in *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, released concurrently) aboriginal societies historically were not interested in massive sales. Even if they had been, their societies did not afford them mass markets.

conséquences sérieuses, sinon dans la présente espèce, alors dans d'autres affaires. Si le droit ancestral en cause est défini comme étant le droit de commercer massivement, au sens où on l'entend aujourd'hui, peu de peuples autochtones pourraient vraisemblablement établir un droit de pratiquer la pêche commerciale. Comme le Juge en chef le fait observer dans l'arrêt *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672 «[l]a revendication du droit ancestral d'échanger du poisson commercialement impose» à l'autochtone qui revendique le droit un fardeau plus lourd «que la revendication du droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens» (par. 20). Dans la première hypothèse, il faut prouver que le commerce était pratiqué avant le contact avec les Européens et «sur une échelle qu'il convient de qualifier de commerciale» (par. 20). Sauf rares exceptions (voir la preuve dans *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723 rendu à la même date), historiquement les autochtones n'étaient pas intéressés à effectuer des ventes massives. D'ailleurs, même s'ils l'avaient été, les sociétés dans lesquelles ils vivaient ne constituaient pas des marchés de masse.

(iii) Aboriginal Rights versus the Exercise of Aboriginal Rights

(iii) Droits ancestraux et exercice de tels droits

It is necessary to distinguish at the outset between an aboriginal right and the exercise of an aboriginal right. Rights are generally cast in broad, general terms. They remain constant over the centuries. The exercise of rights, on the other hand, may take many forms and vary from place to place and from time to time. 238

Il est nécessaire, au départ, de faire une distinction entre un droit ancestral et l'exercice d'un tel droit. Les droits sont généralement énoncés en termes larges et généraux. Ils ne changent pas au fil des siècles. L'exercice des droits, en revanche, peut prendre diverses formes et varier selon les lieux et les époques.

If a specific modern practice is treated as the right at issue, the analysis may be foreclosed before it begins. This is because the modern practice by which the more fundamental right is exercised may not find a counterpart in the aboriginal culture of two or three centuries ago. So if we ask whether there is an aboriginal right to a particular kind of trade in fish, i.e., large-scale commercial trade, the answer in most cases will be negative. On the other hand, if we ask whether there is an aboriginal right to use the fishery resource for the purpose of providing food, clothing or other needs, 239

Si une pratique moderne spécifique est considérée comme étant le droit en cause, l'analyse peut alors devenir sans objet, avant même d'avoir commencé, car il est possible que la pratique moderne par laquelle est exercé le droit plus fondamental n'ait pas eu d'équivalent dans la culture autochtone qui existait il y a deux ou trois siècles. Par conséquent, si nous nous demandons s'il existe un droit ancestral de pratiquer un type particulier de commerce du poisson, par exemple d'en faire le commerce sur une grande échelle, la réponse sera négative dans la plupart des cas. Au contraire, si

1996 CanLII 216 (SCC)

the answer may be quite different. Having defined the basic underlying right in general terms, the question then becomes whether the modern practice at issue may be characterized as an exercise of the right.

240 This is how we reconcile the principle that aboriginal rights must be ancestral rights with the uncompromising insistence of this Court that aboriginal rights not be frozen. The rights are ancestral; they are the old rights that have been passed down from previous generations. The exercise of those rights, however, takes modern forms. To fail to recognize the distinction between rights and the contemporary form in which the rights are exercised is to freeze aboriginal societies in their ancient modes and deny to them the right to adapt, as all peoples must, to the changes in the society in which they live.

241 I share the concern of L'Heureux-Dubé J. that the Chief Justice defines the rights at issue with too much particularity, enabling him to find no aboriginal right where a different analysis might find one. By insisting that Mrs. Van der Peet's modern practice of selling fish be replicated in pre-contact Sto:lo practices, he effectively condemns the Sto:lo to exercise their right precisely as they exercised it hundreds of years ago and precludes a finding that the sale constitutes the exercise of an aboriginal right.

242 To constitute a right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, the right must be of constitutional significance. A right of constitutional significance may loosely be defined as a right which has priority over ordinary legal principles. It is a maxim which sets the boundaries within which the law must operate. While there were no formal constitutional guarantees of aboriginal rights prior to 1982, we may nevertheless discern certain princi-

nous nous demandons s'il existe un droit ancestral d'utiliser les ressources halieutiques en vue de pourvoir aux besoins alimentaires, vestimentaires ou autres, il est bien possible que la réponse soit tout à fait différente. Une fois le droit fondamental sous-jacent défini en termes généraux, la question devient alors de savoir si la pratique moderne en cause peut être qualifiée d'exercice de ce droit.

Voilà de quelle façon nous concilions le principe que les droits des peuples autochtones qui sont reconnus et confirmés au par. 35(1) doivent être des droits ancestraux et l'insistance indéfectible de notre Cour sur le principe que les droits ancestraux ne sont pas figés. Il s'agit de droits ancestraux, c'est-à dire des droits anciens qui ont été transmis par les générations précédentes. Toutefois, l'exercice de ces droits prend des formes modernes. Ne pas reconnaître la distinction entre les droits et la façon contemporaine dont ils sont exercés équivaut à figer les sociétés autochtones dans leurs anciens modes de vie et à les priver du droit qu'elles ont, à l'instar de tous les autres peuples, de s'adapter aux changements du monde dans lequel elles vivent.

Je partage la préoccupation exprimée par le juge L'Heureux-Dubé que, dans sa définition des droits en cause, le Juge en chef applique un trop fort degré de particularisation, ce qui lui permet de conclure à l'inexistence d'un droit ancestral là où une analyse différente aurait pu mener au résultat contraire. En insistant pour que la pratique moderne de M^me^ Van der Peet en matière de vente de poisson ait eu son équivalent dans les pratiques des Sto:lo avant le contact avec les Européens, il condamne effectivement les Sto:lo à exercer leur droit précisément comme ils le faisaient il y a des siècles, et exclut toute conclusion que la vente constitue l'exercice d'un droit ancestral.

Pour constituer un droit visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le droit doit avoir une importance constitutionnelle. Un droit d'importance constitutionnelle peut être défini de façon générale comme un droit qui a priorité sur les principes juridiques ordinaires. Il s'agit d'une maxime qui fixe les limites à l'intérieur desquelles le droit doit s'appliquer. Même si les droits ancestraux n'étaient pas formellement garantis par la Consti-

1996 CanLII 216 (SCC)

ples relating to aboriginal peoples which were so fundamental as to have been generally observed by those charged with dealing with aboriginal peoples and with making and executing the laws that affected them.

The activity for which constitutional protection is asserted in this case is selling fish caught in the area of the Fraser River where the Sto:lo traditionally fished for the purpose of sustaining the people. The question is whether this activity may be seen as the exercise of a right which has either been recognized or which so resembles a recognized right that it should, by extension of the law, be so recognized.

(iv) The Time Frame

The Chief Justice and L'Heureux-Dubé J. differ on the time periods one looks to in identifying aboriginal rights. The Chief Justice stipulates that for a practice to qualify as an aboriginal right it must be traceable to pre-contact times and be identifiable as an "integral" aspect of the group's culture at that early date. Since the barter of fish was not shown to be more than an incidental aspect of Sto:lo society prior to the arrival of the Europeans, the Chief Justice concludes that it does not qualify as an aboriginal right.

L'Heureux-Dubé J., by contrast, minimizes the historic origin of the alleged right. For her, all that is required is that the practice asserted as a right have constituted an integral part of the group's culture and social organization for a period of at least 20 to 50 years, and that it continue to be an integral part of the culture at the time of the assertion of the right.

My own view falls between these extremes. I agree with the Chief Justice that history is important. A recently adopted practice would generally not qualify as being aboriginal. Those things which have in the past been recognized as aboriginal rights have been related to the traditional practution avant 1982, nous pouvons néanmoins dégager certains principes touchant les peuples autochtones qui étaient si fondamentaux qu'ils étaient généralement observés par ceux qui étaient chargés de traiter avec les peuples autochtones et de rédiger et d'appliquer des lois les concernant.

243 L'activité à l'égard de laquelle la protection de la Constitution est revendiquée en l'espèce est la vente de poisson pris dans le secteur du fleuve Fraser où les Sto:lo ont traditionnellement pêché pour subvenir aux besoins des leurs. Il s'agit de décider si cette activité peut être assimilée à l'exercice d'un droit qui soit a été reconnu, soit ressemble à tel point à un droit reconnu qu'il devrait, par extension de la loi, être reconnu comme tel.

(iv) La période de référence

244 Le Juge en chef et le juge L'Heureux-Dubé ne s'entendent pas sur la période à prendre en considération pour identifier les droits ancestraux. Le Juge en chef affirme que pour qu'une pratique soit considérée comme un droit ancestral elle doit remonter à l'époque qui a précédé le contact avec les Européens et avoir fait «partie intégrante», dans ces temps anciens, de la culture du groupe visé. Comme il n'a pas été établi que le troc de poisson était autre chose qu'un aspect accessoire de la société Sto:lo avant l'arrivée des Européens, le Juge en chef conclut que cette pratique ne constitue pas un droit ancestral.

245 À l'opposé, le juge L'Heureux-Dubé minimise l'importance des origines historiques du droit revendiqué. Pour elle, tout ce qui est requis c'est que la pratique qui, affirme-t-on, serait un droit, ait fait partie intégrante de l'organisation sociale et de la culture du groupe concerné pendant une période d'au moins 20 à 50 ans, et qu'elle continue de faire partie intégrante de la culture au moment où le droit est revendiqué.

246 Mon point de vue se situe entre ces deux pôles extrêmes. Je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que l'histoire est un facteur important. Une pratique d'adoption récente ne saurait généralement être qualifiée d'ancestrale. Les pratiques qui, dans le passé, ont été reconnues comme étant

1996 CanLII 216 (SCC)

tices of aboriginal peoples. For this reason, this Court has always been at pains to explore the historical origins of alleged aboriginal rights. For example, in *Sparrow*, this Court began its inquiry into the aboriginal right to fish for food with a review of the fishing practices of the Musqueam Band prior to European contact.

247 I cannot agree with the Chief Justice, however, that it is essential that a practice be traceable to pre-contact times for it to qualify as a constitutional right. Aboriginal rights find their source not in a magic moment of European contact, but in the traditional laws and customs of the aboriginal people in question. As Brennan J. (as he then was) put it in *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1, at p. 58, "Native title has its origin in and is given its content by the traditional laws acknowledged by and the traditional customs observed by the indigenous inhabitants of a territory." The French version of s. 35(1) aptly captures the governing concept. "*Les droits existants — ancestraux ou issus de traités* — " tells us that the rights recognized and affirmed by s. 35(1) must be rooted in the historical or ancestral practices of the aboriginal people in question. This Court in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, adopted a similar approach: Dickson J. (as he then was) refers at p. 376 to "aboriginal title as a legal right derived from the Indians' historic occupation and possession of their tribal lands". One finds no mention in the text of s. 35(1) or in the jurisprudence of the moment of European contact as the definitive all-or-nothing time for establishing an aboriginal right. The governing concept is simply the traditional customs and laws of people prior to imposition of European law and customs. What must be established is continuity between the modern practice at issue and a traditional law or custom of the native people. Most often, that law or tradition will be traceable to time immemorial; otherwise it would not be an ancestral aboriginal law or custom. But date of contact is not the only

des droits ancestraux se rapportaient aux pratiques traditionnelles des peuples autochtones. Pour cette raison, notre Cour s'est toujours efforcée d'examiner les origines historiques des droits ancestraux revendiqués. Par exemple, dans *Sparrow*, notre Cour a commencé son examen du droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires par l'étude des pratiques des Musqueams en matière de pêche avant le contact avec les Européens.

Toutefois, je ne peux souscrire à l'avis du Juge en chef qu'il est essentiel qu'une pratique remonte à l'époque qui a précédé le contact avec les Européens pour être reconnue comme un droit constitutionnel. Les droits ancestraux ont leur origine non pas dans le moment magique du contact avec les Européens, mais dans les lois et coutumes traditionnelles du peuple autochtone en cause. Comme l'a dit le juge Brennan (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Mabo c. Queensland [No. 2]* 1992, 175 C.L.R. 1, à la p. 58, [TRADUCTION] «Le titre aborigène tire son origine et son contenu des coutumes et des lois traditionnelles observées et reconnues par les habitants autochtones d'un territoire.» Le texte français du par. 35(1) rend bien le principe directeur en la matière. En effet, les mots «[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — » nous indiquent que les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1) doivent avoir leur source dans les pratiques historiques ou ancestrales des autochtones concernés. Dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, notre Cour a appliqué un principe analogue: le juge Dickson (plus tard juge en chef) a décrit, à la p. 376, le «titre aborigène comme un droit, en common law, découlant de l'occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales». On ne trouve, ni dans le par. 35(1) ni dans la jurisprudence, aucune indication que le contact avec les Européens serait la date décisive pour établir l'existence d'un droit ancestral. Le principe directeur est tout simplement fondé sur les coutumes et les lois que respectait le peuple en question avant que ne lui soient imposées celles des Européens. Ce qui doit être prouvé c'est l'existence d'une continuité entre la pratique moderne en cause et une loi ou coutume traditionnelle du peuple autochtone. La plupart du temps, il sera possible de retracer les

1996 CanLII 216 (SCC)

moment to consider. What went before and after can be relevant too.

My concern is that we not substitute an inquiry into the precise moment of first European contact — an inquiry which may prove difficult — for what is really at issue, namely the ancestral customs and laws observed by the indigenous peoples of the territory. For example, there are those who assert that Europeans settled the eastern maritime regions of Canada in the 7th and 8th centuries A.D. To argue that aboriginal rights crystallized then would make little sense; the better question is what laws and customs held sway before superimposition of European laws and customs. To take another example, in parts of the west of Canada, over a century elapsed between the first contact with Europeans and imposition of "Canadian" or "European" law. During this period, many tribes lived largely unaffected by European laws and customs. I see no reason why evidence as to the laws and customs and territories of the aboriginals in this interval should not be considered in determining the nature and scope of their aboriginal rights. This approach accommodates the specific inclusion in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* of the aboriginal rights of the Métis people, the descendants of European explorers and traders and aboriginal women.

Not only must the proposed aboriginal right be rooted in the historical laws or customs of the people, there must also be continuity between the historic practice and the right asserted. As Brennan J. put it in *Mabo*, at p. 60:

The common law can, by reference to the traditional laws and customs of an indigenous people, identify and

origines de cette loi ou tradition aux temps immémoriaux; autrement, il ne s'agirait pas d'une loi ou coutume ancestrale autochtone. Cependant, la date du contact avec les Européens n'est pas le seul moment à prendre en considération. Ce qui s'est passé avant et après cette date peut aussi être pertinent.

248

Mon inquiétude est qu'on substitue un examen fondé sur le moment précis du contact avec les Européens — examen qui peut s'avérer difficile — à la véritable question litigieuse, savoir les coutumes et lois ancestrales observées par les peuples autochtones habitant le territoire. Par exemple, d'aucuns affirment que les Européens ont colonisé les régions maritimes de l'Est du Canada aux VII^e^ et VIII^e^ siècles après Jésus-Christ. Il serait peu logique de soutenir que les droits ancestraux se sont cristallisés à ce moment-là. Il est préférable de se demander quelles sont les lois et coutumes qui avaient cours avant qu'on leur surimpose les lois et coutumes européennes. Pour donner un autre exemple, mentionnons que, dans certaines régions de l'Ouest canadien, il s'est écoulé plus d'un siècle entre le premier contact avec les Européens et l'assujettissement au droit «canadien» ou «européen». Durant cette période, de nombreuses tribus ont, dans une large mesure, vécu sans être touchées par les lois et coutumes européennes. Je ne vois aucune raison de ne pas prendre en considération, afin de déterminer la nature et la portée de leurs droits ancestraux, la preuve concernant les lois et coutumes respectées par les autochtones et les territoires occupés par ces derniers durant cet intervalle. Cette méthode est compatible avec l'inclusion expresse, au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, des droits des Métis, qui sont les descendants d'explorateurs et de marchands européens et de femmes autochtones.

249

Non seulement le droit ancestral proposé doit avoir sa source dans les lois et coutumes historiques du peuple concerné, mais il faut également qu'il y ait continuité entre la pratique historique et le droit revendiqué. Comme l'a dit le juge Brennan dans l'arrêt *Mabo*, à la p. 60:

[TRADUCTION] La common law peut, par référence aux lois et coutumes traditionnelles d'un peuple autochtone,

1996 CanLII 216 (SCC)

protect the native rights and interests to which they give rise. However, when the tide of history has washed away any real acknowledgment of traditional law and any real observance of traditional customs, the foundation of native title has disappeared.

The continuity requirement does not require the aboriginal people to provide a year-by-year chronicle of how the event has been exercised since time immemorial. Indeed, it is not unusual for the exercise of a right to lapse for a period of time. Failure to exercise it does not demonstrate abandonment of the underlying right. All that is required is that the people establish a link between the modern practice and the historic aboriginal right.

250 While aboriginal rights will generally be grounded in the history of the people asserting them, courts must, as I have already said, take cognizance of the fact that the way those rights are practised will evolve and change with time. The modern exercise of a right may be quite different from its traditional exercise. To deny it the status of a right because of such differences would be to deny the reality that aboriginal cultures, like all cultures, change and adapt with time. As Dickson C.J. and La Forest J. put it in *Sparrow*, at p. 1093 "[t]he phrase 'existing aboriginal rights' [in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*] must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time".

(v) The Procedure for Determining the Existence of an Aboriginal Right

251 Aboriginal peoples, like other peoples, define themselves through a myriad of activities, practices and claims. A few of these, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* tells us, are so fundamental that they constitute constitutional "rights" of such importance that governments cannot trench on them without justification. The problem before this Court is how to determine what activities, practices and claims fall within this class of constitutionally protected rights.

identifier et protéger les droits et intérêts des autochtones auxquels les premières donnent naissance. Toutefois, quand, par suite de la marche du temps, les coutumes et les lois traditionnelles ont, dans les faits, cessé d'être observées, le fondement du titre aborigène a disparu.

L'exigence de continuité n'oblige pas les autochtones à faire une chronique indiquant comment, année après année, le droit a été exercé depuis les temps immémoriaux. De fait, il n'est pas exceptionnel qu'un droit cesse d'être exercé pendant un certain temps. Le fait de ne pas exercer un droit ne prouve pas que celui-ci a été abandonné. Tout ce que les autochtones sont requis de faire, c'est d'établir un lien entre la pratique moderne et le droit historique qu'ils revendiquent.

Même si les droits ancestraux trouvent généralement leur origine dans l'histoire du peuple qui les revendique, les tribunaux doivent, comme je l'ai dit plus tôt, tenir compte du fait que la façon dont ces droits sont exercés évolue et change avec le temps. La façon dont un droit est exercé aujourd'hui peut être très différente de son exercice traditionnel. Refuser de reconnaître un droit en raison de telles différences serait nier la réalité que les cultures autochtones, à l'instar de toutes les autres cultures, changent avec le temps et s'adaptent. Comme l'ont dit le juge en chef Dickson et le juge La Forest dans *Sparrow*, à la p. 1093, «[l]'expression «droits ancestraux existants» [au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*] doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps».

(v) La méthode permettant de déterminer l'existence d'un droit ancestral

Comme les autres peuples, les peuples autochtones se définissent par une myriade de pratiques, d'activités et de droits, dont un certain nombre, nous dit la *Charte canadienne des droits et libertés*, ont un caractère si fondamental qu'ils sont des «droits» constitutionnels d'une importance telle que l'État ne peut leur porter atteinte sans justification. Le problème que notre Cour doit résoudre est de déterminer quelles sont les activités, pratiques et droits qui relèvent de la catégorie des droits protégés par la Constitution.

1996 CanLII 216 (SCC)

The first and obvious category of constitutionally protected aboriginal rights and practices are those which had obtained legal recognition prior to the adoption of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Section 35(1) confirms "existing" aboriginal rights. Rights granted by treaties or recognized by the courts prior to 1982 must, it follows, remain rights under s. 35(1).

But aboriginal rights under s. 35(1) are not confined to rights formally recognized by treaty or the courts before 1982. As noted above, this Court has held that s. 35(1) "is not just a codification of the case law on aboriginal rights that had accumulated by 1982. Section 35 calls for a just settlement for aboriginal peoples": *Sparrow*, at p. 1106, quoting Noel Lyon, "An Essay on Constitutional Interpretation", *supra*, at p. 100. This poses the question of what new, previously unrecognized aboriginal rights may be asserted under s. 35(1).

The Chief Justice defines aboriginal rights as specific pre-contact practices which formed an "integral part" of the aboriginal group's "specific distinct culture". L'Heureux-Dubé J., adopting a "dynamic" rights approach, extends aboriginal rights to any activity, broadly defined, which forms an integral part of a distinctive aboriginal group's culture and social organization, regardless of whether the activity pre-dates colonial contact or not. In my respectful view, while both these approaches capture important facets of aboriginal rights, neither provides a satisfactory test for determining whether an aboriginal right exists.

(vi) The "Integral-Incidental" Test

I agree with the Chief Justice, at para. 46, that to qualify as an aboriginal right "an activity must be an element of practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group

La première catégorie évidente de droits et pratiques autochtones protégés par la Constitution est formée de ceux qui avaient été reconnus en droit avant l'adoption du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 35(1) confirme les droits ancestraux «existants». Il s'ensuit que les droits issus de traités ou reconnus par les tribunaux avant 1982 restent des droits visés au par. 35(1). 252

Toutefois, les droits ancestraux visés au par. 35(1) ne se limitent pas aux droits reconnus formellement par traité ou par les tribunaux avant 1982. Comme il a été indiqué précédemment, notre Cour a statué que le par. 35(1) n'est pas «une simple codification de la jurisprudence portant sur les droits ancestraux qui existait en 1982. L'article 35 exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones»: *Sparrow*, à la p. 1106, citation des propos de Noel Lyon dans «An Essay on Constitutional Interpretation», *loc. cit.*, à la p. 100. Il faut donc se demander quels droits ancestraux nouveaux, non déjà reconnus, peuvent être revendiqués en vertu du par. 35(1). 253

Le Juge en chef définit les droits ancestraux comme étant les pratiques particulières qui datent d'avant le contact avec les Européens et faisaient «partie intégrante» de la «culture distinctive spécifique» du groupe autochtone visé. Adoptant une méthode fondée sur le caractère «dynamique» des droits, le juge L'Heureux-Dubé élargit la définition de droits ancestraux à toute activité, largement définie, qui fait partie intégrante de l'organisation sociale et de la culture distinctive d'un groupe d'autochtones, peu importe que l'activité précède ou non le contact avec les Européens. En toute déférence, même si ces deux approches tiennent compte de certaines facettes importantes des droits ancestraux, ni l'une ni l'autre ne constituent un critère satisfaisant pour déterminer si un droit ancestral existe. 254

(vi) Le critère de la «partie intégrante ou accessoire»

Je conviens avec le Juge en chef qui a dit, au par. 46, que pour constituer un droit ancestral, «une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la 255

1996 CanLII 216 (SCC)

claiming the right". I also agree with L'Heureux-Dubé J. that an aboriginal right must be "integral" to a "distinctive aboriginal group's culture and social organization". To say this is simply to affirm the foundation of aboriginal rights in the laws and customs of the people. It describes an essential quality of an aboriginal right. But, with respect, a workable legal test for determining the extent to which, if any, commercial fishing may constitute an aboriginal right, requires more. The governing concept of integrality comes from a description in the *Sparrow* case where the extent of the aboriginal right (to fish for food) was not seriously in issue. It was never intended to serve as a test for determining the extent of disputed exercises of aboriginal rights.

culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question». Je conviens aussi avec le juge L'Heureux-Dubé qu'un droit ancestral doit faire «partie intégrante» de «l'organisation sociale et de la culture distinctive du groupe autochtones concerné». Dire cela, c'est simplement confirmer que le fondement des droits ancestraux réside dans les lois et les coutumes du peuple visé. C'est définir un attribut essentiel d'un droit ancestral. En toute déférence, toutefois, cela ne suffit pas pour constituer un critère juridique applicable pour déterminer, le cas échéant, la mesure dans laquelle la pêche commerciale peut constituer un droit ancestral. Le principe directeur de partie intégrante découle d'une description faite dans *Sparrow*, affaire où l'étendue du droit ancestral en cause (savoir celui de pêcher à des fins alimentaires) n'était pas vraiment en litige. Ce principe ne s'est jamais voulu un critère pour déterminer la portée d'exercices contestés de droits ancestraux.

256 My first concern is that the proposed test is too broad to serve as a legal distinguisher between constitutional and non-constitutional rights. While the Chief Justice in the latter part of his reasons seems to equate "integral" with "not incidental", the fact remains that "integral" is a wide concept, capable of embracing virtually everything that an aboriginal people customarily did. *The Shorter Oxford English Dictionary*, vol. 1 (3rd ed. 1973), offers two definitions of "integral": **1.** "Of or pertaining to a whole . . . constituent, component"; and **2.** "Made up of component parts which together constitute a unity". To establish a practice as "integral" to a group's culture, it follows, one must show that the practice is part of the unity of practices which together make up that culture. This suggests a very broad definition: anything which can be said to be part of the aboriginal culture would qualify as an aboriginal right protected by the *Constitution Act, 1982*. This would confer constitutional protection on a multitude of activities, ranging from the trivial to the vital. The Chief Justice attempts to narrow the concept of "integral" by emphasizing that the proposed right must be part of what makes the group "distinctive", the "specific" people which they are, stopping short, however, of asserting that the practice must be unique

Ma première préoccupation est que le critère proposé est trop large pour servir à distinguer, en droit, les droits garantis par la Constitution de ceux qui ne le sont pas. Bien que, dans la dernière partie de ses motifs, le Juge en chef semble assimiler «partie intégrante» à «élément non accessoire», il n'en reste pas moins que la notion de «partie intégrante» est large et capable d'englober pratiquement tout ce qu'un peuple autochtone faisait sur une base coutumière. Le *Shorter Oxford English Dictionary*, vol. 1 (3e éd. 1973), donne deux acceptions du mot anglais «*integral*» («partie intégrante»): [TRADUCTION]**1.** «Relatif au tout [. . .] composant, élément constitutif»; **2.** «Composé d'éléments constitutifs contribuant à l'intégrité d'un ensemble». Il s'ensuit que, pour établir qu'une pratique fait «partie intégrante» de la culture d'un groupe, il faut démontrer qu'elle fait partie de l'ensemble des pratiques qui forment cette culture. Cela laisse supposer une définition très large: toute chose qui peut être considérée comme faisant partie de la culture autochtone constituerait un droit ancestral protégé par la *Loi constitutionnelle de 1982*. Bénéficieraient ainsi de la protection de la Constitution une multitude d'activités allant des plus banales aux plus vitales. Le Juge en chef tente de restreindre la notion de «partie inté-

1996 CanLII 216 (SCC)

to the group and adhere to none other. But the addition of concepts of distinctness and specificity do not, with respect, remedy the overbreadth of the test. Minor practices, falling far short of the importance which we normally attach to constitutional rights, may qualify as distinct or specific to a group. Even the addition of the notion that the characteristic must be central or important rather than merely "incidental", fails to remedy the problem; it merely poses another problem, that of determining what is central and what is incidental to a people's culture and social organization.

grante» en soulignant que le droit proposé doit faire partie de ce qui rend le groupe «distinctif», de ce qui en fait le peuple «spécifique» qu'il est, sans toutefois aller jusqu'à affirmer que la pratique doit être propre à ce groupe et n'appartenir à aucun autre. Cependant, l'addition des notions de caractère distinctif et de spécificité ne contrebalance pas, en toute déférence, la portée excessive du critère. Des pratiques mineures, qui n'ont pas l'importance que nous associons normalement aux droits de nature constitutionnelle, pourraient constituer des pratiques distinctes d'un groupe ou des pratiques spécifiques à celui-ci. Même l'ajout du facteur qui exige que la caractéristique soit fondamentale ou importante et non pas simplement «accessoire» ne résout pas le problème. Au contraire, elle ne fait que créer un problème supplémentaire, celui de déterminer ce qui est fondamental pour l'organisation sociale et la culture d'un peuple, et ce qui est accessoire.

The problem of overbreadth thus brings me to my second concern, the problem of indeterminacy. To the extent that one attempts to narrow the test proposed by the Chief Justice by the addition of concepts of distinctiveness, specificity and centrality, one encounters the problem that different people may entertain different ideas of what is distinctive, specific or central. To use such concepts as the markers of legal rights is to permit the determination of rights to be coloured by the subjective views of the decision-maker rather than objective norms, and to invite uncertainty and dispute as to whether a particular practice constitutes a legal right.

257 Le problème de la portée excessive m'amène à faire état de ma deuxième préoccupation, savoir le problème de l'indétermination. Chercher à restreindre le critère proposé par le Juge en chef en y intégrant les notions de caractère distinctif, de spécificité et de caractère fondamental, c'est se buter au problème des conceptions individuelles de ce qui est distinctif, spécifique ou fondamental. Recourir à de telles notions comme balises des droits, c'est permettre que la détermination de ces droits soit teintée par les vues subjectives du décideur plutôt que fondée sur des normes objectives, c'est aussi susciter l'incertitude et la contestation dans l'examen visant à déterminer si une pratique donnée constitue un droit.

Finally, the proposed test is, in my respectful opinion, too categorical. Whether something is integral or not is an all or nothing test. Once it is concluded that a practice is integral to the people's culture, the right to pursue it obtains unlimited protection, subject only to the Crown's right to impose limits on the ground of justification. In this appeal, the Chief Justice's exclusion of "commercial fishing" from the right asserted masks the lack of internal limits in the integral test. But the logic of the test remains ineluctable, for all that: assum-

258 Finalement, le critère proposé est, en toute déférence, trop catégorique. Décider si une chose fait partie intégrante d'une autre, c'est appliquer le critère du tout ou rien. Une fois qu'il a été jugé qu'une pratique fait partie intégrante de la culture du peuple concerné, le droit de continuer cette pratique jouit alors d'une protection illimitée, sous réserve seulement du droit de l'État d'imposer des limites justifiées. Dans le présent pourvoi, l'exclusion par le Juge en chef de la «pêche commerciale» du droit revendiqué masque l'absence de

1996 CanLII 216 (SCC)

ing that another people in another case establishes that commercial fishing was integral to its ancestral culture, that people will, on the integral test, logically have an absolute priority over non-aboriginal and other less fortunate aboriginal fishers, subject only to justification. All others, including other native fishers unable to establish commercial fishing as integral to their particular cultures, may have no right to fish at all.

259 The Chief Justice recognizes the all or nothing logic of the "integral" test in relation to commercial fishing rights in his reasons in *Gladstone*, *supra*. Having determined in that case that an aboriginal right to commercial fishing is established, he notes at para. 61 that unlike the Indian food fishery, which is defined in terms of the peoples' need for food, the right to fish commercially "has no internal limitations". Reasoning that where the test for the right imposes no internal limit on the right, the court may do so, he adopts a broad justification test which would go beyond limiting the use of the right in ways essential to its exercise as envisioned in *Sparrow*, to permit partial reallocation of the aboriginal right to non-natives. The historically based test for aboriginal rights which I propose, by contrast, possesses its own internal limits and adheres more closely to the principles that animated *Sparrow*, as I perceive them.

(vii) The Empirical Historic Approach

260 The tests proposed by my colleagues describe qualities which one would expect to find in aboriginal rights. To this extent they may be informative and helpful. But because they are overinclusive,

limite intrinsèque dans le critère de la partie intégrante. La logique du critère n'en demeure pas moins inéluctable malgré tout: à supposer qu'un autre peuple, dans une autre affaire, établisse que la pêche commerciale faisait partie intégrante de sa culture ancestrale, logiquement ce peuple bénéficiera alors, suivant le critère de la partie intégrante, de la priorité absolue sur les pêcheurs non autochtones et sur les autres pêcheurs autochtones moins chanceux, sous réserve seulement de l'existence de limites justifiées. Tous les autres pêcheurs, y compris les pêcheurs autochtones incapables d'établir que la pêche commerciale faisait partie intégrante de leur culture particulière, pourraient bien n'avoir aucun droit de pêche que ce soit.

Dans ses motifs dans l'arrêt *R. c. Gladstone*, précité, rendu à la même date, le Juge en chef reconnaît la logique du tout ou rien dont procède le critère de la «partie intégrante» en matière de droits de pêche commerciale. Après avoir conclu, dans cet arrêt, à l'existence d'un droit de pêche commerciale, il fait remarquer, au par. 61, que, contrairement à la pêche pratiquée par les Indiens à des fins alimentaires, qui est définie en fonction des besoins alimentaires des gens concernés, le droit de pêcher commercialement «n'est pas assorti de limite intrinsèque». Faisant le raisonnement que, dans les cas où l'application du critère de détermination de l'existence d'un droit révèle que celui-ci n'est pas assorti de limite intrinsèque, le tribunal peut en imposer une, le Juge en chef adopte un large critère de justification qui ne ferait pas que limiter, comme cela est envisagé dans *Sparrow*, l'usage du droit aux fins essentielles à son exercice, mais permettrait la réaffectation partielle du droit ancestral à des non-autochtones. Par contraste, le critère fondé sur l'histoire que je propose d'appliquer à l'égard des droits ancestraux comporte ses propres limites intrinsèques et respecte davantage les principes sur lesquels repose, selon moi, l'arrêt *Sparrow*.

(vii) L'approche empirico-historique

Les critères proposés par mes collègues définissent les attributs que sont censés posséder les droits ancestraux. Dans cette mesure, ils peuvent être informatifs et utiles. Toutefois, comme ils ont

1996 CanLII 216 (SCC)

indeterminate, and ultimately categorical, they fall short, in my respectful opinion, of providing a practically workable principle for identifying what is embraced in the term "existing aboriginal rights" in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

In my view, the better approach to defining aboriginal rights is an empirical approach. Rather than attempting to describe *a priori* what an aboriginal right is, we should look to history to see what sort of practices have been identified as aboriginal rights in the past. From this we may draw inferences as to the sort of things which may qualify as aboriginal rights under s. 35(1). Confronted by a particular claim, we should ask, "Is this like the sort of thing which the law has recognized in the past?". This is the time-honoured methodology of the common law. Faced with a new legal problem, the court looks to the past to see how the law has dealt with similar situations in the past. The court evaluates the new situation by reference to what has been held in the past and decides how it should be characterized. In this way, legal principles evolve on an incremental, pragmatic basis.

Just as there are two fundamental types of scientific reasoning — reasoning from first principles and empirical reasoning from experience — so there are two types of legal reasoning. The approach adopted by the Chief Justice and L'Heureux-Dubé J. in this appeal may be seen as an example of reasoning from first principles. The search is for a governing principle which will control all future cases. Given the complexity and sensitivity of the issue of defining hitherto undefined aboriginal rights, the pragmatic approach typically adopted by the common law — reasoning from the experience of decided cases and recognized rights — has much to recommend it. In this spirit, and bearing in mind the important truths captured by the "integral" test proposed by the Chief Justice and L'Heureux-Dubé J., I turn to the question of

une portée excessive, qu'ils sont indéterminés et, en fin de compte, catégoriques, ils ne sauraient, en toute déférence, constituer un principe applicable, dans la pratique, pour cerner ce qui est visé par l'expression «droits ancestraux existants» au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

À mon avis, la meilleure façon de définir les droits ancestraux consiste à appliquer une approche empirique. Plutôt que d'essayer de définir a priori ce qu'est un droit ancestral, nous devons étudier l'histoire pour voir quelles sortes de pratiques ont été considérées comme des droits ancestraux dans le passé. Il est alors possible d'en tirer des inférences sur ce qui peut constituer un droit ancestral visé au par. 35(1). Lorsque nous sommes saisis d'une revendication donnée, nous devons nous demander: «S'agit-il d'une chose analogue à celles qui ont été reconnues en droit dans le passé?». C'est la méthode consacrée en common law. Le tribunal appelé à trancher un point de droit nouveau examine les solutions apportées dans le passé dans des cas analogues. Il évalue la nouvelle situation à la lumière des décisions rendues jusque-là et décide de la qualification appropriée. Ainsi, les principes juridiques évoluent de manière progressive et pragmatique.

Tout comme il y a deux types fondamentaux de raisonnement scientifique — le raisonnement fondé sur des postulats de base et le raisonnement empirique, fondé sur l'expérience — il existe deux types de raisonnement juridique. L'approche adoptée par le Juge en chef et le juge L'Heureux-Dubé dans le présent pourvoi peut être considérée comme un exemple de raisonnement fondé sur des postulats de base. On cherche un principe directeur qui sera applicable dans tous les cas ultérieurs. Vu le caractère complexe et délicat de la question de la définition de droits ancestraux qui n'ont encore jamais été définis, l'approche pragmatique généralement appliquée en common law — le raisonnement fondé sur l'expérience découlant des précédents et des droits reconnus — présente maints avantages. Dans cet esprit, et compte tenu des vérités importantes qui ressortent du critère de la «partie intégrante» proposé par le Juge en chef et par le juge L'Heureux-Dubé, je vais maintenant

1996 CanLII 216 (SCC)

what the common law and Canadian history tell us about aboriginal rights.

(viii) The Common Law Principle: Recognition of Pre-Existing Rights and Customs

263 The history of the interface of Europeans and the common law with aboriginal peoples is a long one. As might be expected of such a long history, the principles by which the interface has been governed have not always been consistently applied. Yet running through this history, from its earliest beginnings to the present time is a golden thread — the recognition by the common law of the ancestral laws and customs the aboriginal peoples who occupied the land prior to European settlement.

264 For centuries, it has been established that upon asserting sovereignty the British Crown accepted the existing property and customary rights of the territory's inhabitants. Illustrations abound. For example, after the conquest of Ireland, it was held in *The Case of Tanistry* (1608), Davis 28, 80 E.R. 516, that the Crown did not take actual possession of the land by reason of conquest and that pre-existing property rights continued. Similarly, Lord Sumner wrote in *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211, at p. 233 that "it is to be presumed, in the absence of express confiscation or of subsequent expropriatory legislation, that the conqueror has respected [pre-existing aboriginal rights] and forborne to diminish or modify them". Again, Lord Denning affirmed the same rule in *Oyekan v. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785, at p. 788:

> In inquiring . . . what rights are recognised, there is one guiding principle. It is this: The courts will assume that the British Crown intends that the rights of property of the inhabitants are to be fully respected. Whilst, therefore, the British Crown, as Sovereign, can make laws enabling it compulsorily to acquire land for public purposes, it will see that proper compensation is awarded to every one of the inhabitants who has by native law an interest in it; and the courts will declare the inhabitants entitled to compensation according to their interests,

examiner ce que nous enseignent la common law et l'histoire du Canada au sujet des droits ancestraux.

(viii) Le principe de common law: la reconnaissance des coutumes et droits préexistants

L'histoire des rapports entre les Européens et la common law, d'une part, et les peuples autochtones, d'autre part, s'étale sur une longue période. Comme on peut s'y attendre, les principes régissant ces rapports n'ont pas toujours été appliqués uniformément durant cette longue histoire. Et pourtant, cette histoire, depuis les tout débuts jusqu'à nos jours, est illuminée par un fil d'or — la reconnaissance par la common law des lois et coutumes ancestrales des peuples autochtones qui occupaient le territoire avant la colonisation européenne.

Il est établi que, pendant des siècles, lorsqu'elle affirmait sa souveraineté sur un territoire, la Couronne britannique reconnaissait les droits de propriété et les droits fondés sur la coutume existants de ses occupants. Les exemples abondent. Ainsi, après la conquête de l'Irlande, il a été décidé dans l'arrêt *The Case of Tanistry* (1608), Davis 28, 80 E.R. 516, que la Couronne n'avait pas effectivement pris possession des terres par la conquête et que les droits de propriété préexistants continuaient d'exister. De même, dans *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211, à la p. 233, lord Sumner a écrit [TRADUCTION] «qu'il faut présumer, en l'absence de confiscation expresse ou de loi d'expropriation ultérieure, que le conquérant a respecté [les droits ancestraux préexistants] et a renoncé à les restreindre ou à les modifier». Lord Denning a confirmé cette règle dans *Oyekan c. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785, à la p. 788:

> [TRADUCTION] En se demandant . . . quels droits sont reconnus, il existe un principe directeur. Ce principe est le suivant: Les tribunaux présumeront que la Couronne britannique veut que l'on respecte intégralement les droits de propriété des habitants. Par conséquent, bien qu'en sa qualité de souverain, elle puisse adopter des lois lui permettant d'acquérir de force des terres à des fins publiques, la Couronne britannique verra à ce qu'une juste indemnité soit accordée à chacun des habitants qui possède un intérêt en vertu du droit autochtone;

1996 CanLII 216 (SCC)

even though those interests are of a kind unknown to English law. . . . [Emphasis added.]

Most recently in *Mabo,* the Australian High Court, after a masterful review of Commonwealth and American jurisprudence on the subject, concluded that the Crown must be deemed to have taken the territories of Australia subject to existing aboriginal rights in the land, even in the absence of acknowledgment of those rights. As Brennan J. put it at p. 58: "an inhabited territory which became a settled colony was no more a legal desert than it was 'desert uninhabited'. . . ." Once the "fictions" of *terra nullius* are stripped away, "[t]he nature and incidents of native title must be ascertained as a matter of fact by reference to [the] laws and customs" of the indigenous people.

In Canada, the Courts have recognized the same principle. Thus in *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313 at p. 328, Judson J. referred to the asserted right "to continue to live on their lands as their forefathers had lived and that this right has never been lawfully extinguished". In the same case, Hall J. (dissenting on another point) rejected at p. 416 as "wholly wrong" "the proposition that after conquest or discovery the native peoples have no rights at all except those subsequently granted or recognized by the conqueror or discoverer". Subsequent decisions in this Court are consistent with the view that the Crown took the land subject to pre-existing aboriginal rights and that such rights remain in the aboriginal people, absent extinguishment or surrender by treaty.

In *Guerin*, *supra*, this Court re-affirmed this principle, stating at pp. 377-78:

In recognizing that the Proclamation is not the sole source of Indian title the *Calder* decision went beyond the judgment of the Privy Council in *St. Catherine's*

et les tribunaux déclareront que chaque habitant a droit à une indemnité selon son intérêt, même si pareil intérêt est d'un genre inconnu en droit anglais . . . [Je souligne.]

Récemment, dans l'arrêt *Mabo*, la Haute Cour d'Australie, après un exposé remarquable de la jurisprudence des pays du Commonwealth et des États-Unis sur la question, a conclu que Sa Majesté doit être considérée comme ayant pris possession des territoires de l'Australie, sous réserve des droits ancestraux existants sur ces terres, même en l'absence de reconnaissance de tels droits. Comme l'a dit le juge Brennan, à la p. 58: [TRADUCTION] «un territoire habité, devenu une colonie, n'était pas davantage un désert au sens de la loi qu'il n'était dans les faits un «désert» . . .». Une fois écartées les «fictions» découlant de la notion de territoire sans maître (*terra nullius*), [TRADUCTION] «[l]a nature et les attributs du titre aborigène doivent être déterminés en tant que question de fait, eu égard [aux] lois et coutumes» des autochtones visés. 265

Au Canada, les tribunaux ont reconnu le même principe. Ainsi, dans l'arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313 à la p. 328, le juge Judson a dit que le droit revendiqué était celui «de continuer à vivre sur leurs terres comme l'avaient fait leurs ancêtres et que ce droit n'a jamais été juridiquement éteint». À la page 416 du même arrêt, le juge Hall (dissident sur un autre point) a rejeté comme étant «entièrement erronée» «la proposition qu'après la conquête ou la découverte, les peuples aborigènes n'ont aucun droit à l'exception de ceux qui leur sont par la suite accordés ou reconnus par le conquérant ou le découvreur». Les décisions subséquentes de notre Cour sont compatibles avec le point de vue que l'État a pris possession des terres, sous réserve des droits ancestraux préexistants, et que les autochtones conservent ces droits, en l'absence d'extinction ou de cession par traité. 266

Dans l'arrêt *Guerin*, précité, notre Cour a réaffirmé ce principe et déclaré ceci, aux pp. 377 et 378: 267

En reconnaissant que la Proclamation ne constitue pas l'unique fondement du titre indien, l'arrêt *Calder* va plus loin que l'arrêt du Conseil privé *St. Catherine's*

1996 CanLII 216 (SCC)

Milling and Lumber Co. v. The Queen (1888), 14 App. Cas. 46. In that case Lord Watson acknowledged the existence of aboriginal title but said it had its origin in the Royal Proclamation. In this respect *Calder* is consistent with the position of Chief Justice Marshall in the leading American cases of *Johnson v. M'Intosh*, 8 Wheaton 543 (1823), and *Worcester v. State of Georgia*, 6 Peters 515 (1832), cited by Judson and Hall JJ. in their respective judgments.

In *Johnson v. M'Intosh* Marshall C.J., although he acknowledged the Proclamation of 1763 as one basis for recognition of Indian title, was nonetheless of opinion that the rights of Indians in the lands they traditionally occupied prior to European colonization both predated and survived the claims to sovereignty made by various European nations in the territories of the North American continent. The principle of discovery which justified these claims gave the ultimate title in the land in a particular area to the nation which had discovered and claimed it. In that respect at least the Indians' rights in the land were obviously diminished; but their rights of occupancy and possession remained unaffected. [Emphasis added.]

This Court's judgment in *Sparrow*, *supra*, reaffirmed that approach.

(ix) The Nature of the Interests and Customs Recognized by the Common Law

268 This much is clear: the Crown, upon discovering and occupying a "new" territory, recognized the law and custom of the aboriginal societies it found and the rights in the lands they traditionally occupied that these supported. At one time it was suggested that only legal interests consistent with those recognized at common law would be recognized. However, as Brennan J. points out in *Mabo*, at p. 59, that rigidity has been relaxed since the decision of the Privy Council in *Tijani v. Secretary, Southern Nigeria*, [1921] 2 A.C. 399, "[t]he general principle that the common law will recognize a customary title only if it be consistent with the common law is subject to an exception in favour of traditional native title".

Milling and Lumber Co. v. The Queen (1888), 14 App. Cas. 46, où lord Watson a reconnu l'existence du titre aborigène, mais a affirmé que celui-ci avait son origine dans la Proclamation royale. À cet égard, l'arrêt *Calder* est compatible avec le point de vue exprimé par le juge en chef Marshall dans les arrêts de principe américains *Johnson v. M'Intosh*, 8 Wheaton 543 (1823), et *Worcester v. State of Georgia*, 6 Peters 515 (1832), que les juges Judson et Hall ont cités dans leurs motifs respectifs.

Dans l'arrêt *Johnson v. M'Intosh*, le juge en chef Marshall, tout en reconnaissant que la Proclamation royale de 1763 constitue l'un des fondements du titre indien, a néanmoins estimé que les droits des Indiens sur les terres qu'ils avaient traditionnellement occupées avant la colonisation européenne existaient avant les revendications de souveraineté de différentes nations européennes sur les territoires du continent nord-américain et qu'ils ont continué d'exister après ces revendications. Selon le principe de la découverte, sur lequel reposaient ces revendications, les terres situées dans une région donnée appartenaient en dernière analyse à la nation qui en avait fait la découverte et qui en avait réclamé la possession. Sous ce rapport du moins, les droits des Indiens sur leurs terres ont été manifestement diminués, mais leurs droits d'occupation et de possession sont restés inchangés. [Je souligne.]

Notre Cour a réaffirmé ce point de vue dans *Sparrow*, précité.

(ix) La nature des intérêts et coutumes reconnus par la common law

Une chose est claire, lorsqu'elle découvrait et occupait un «nouveau» territoire, la Couronne reconnaissait les lois et coutumes des sociétés autochtones qui y vivaient, ainsi que les droits sur les terres que ces dernières avaient traditionnellement occupées et qui dérivaient de ces lois et coutumes. Il a été dit que seuls seraient reconnus les intérêts juridiques coïncidant avec ceux reconnus par la common law. Toutefois, comme le juge Brennan le souligne dans l'arrêt *Mabo*, à la p. 59, cette attitude rigide s'est atténuée depuis l'arrêt du Conseil privé *Tijani c. Secretary, Southern Nigeria*, [1921] 2 A.C. 399: [TRADUCTION] «[l]e principe général que la common law ne reconnaît un titre fondé sur la coutume que s'il est compatible avec la common law souffre une exception dans le cas du titre aborigène traditionnel».

1996 CanLII 216 (SCC)

It may now be affirmed with confidence that the common law accepts all types of aboriginal interests, "even though those interests are of a kind unknown to English law": *per* Lord Denning in *Oyekan*, *supra*, at p. 788. What the laws, customs and resultant rights are "must be ascertained as a matter of fact" in each case, *per* Brennan J. in *Mabo*, at p. 58. It follows that the Crown in Canada must be taken as having accepted existing native laws and customs and the interests in the land and waters they gave rise to, even though they found no counterpart in the law of England. In so far as an aboriginal people under internal law or custom had used the land and its waters in the past, so it must be regarded as having the continuing right to use them, absent extinguishment or treaty.

Il est désormais possible d'affirmer avec confiance que la common law accepte tous les types d'intérêts autochtones, [TRADUCTION] «même si [les] intérêts [en question] sont d'un genre inconnu en droit anglais»: lord Denning dans l'arrêt *Oyekan*, précité, à la p. 788. La question de savoir quels sont ces lois et ces coutumes, ainsi que les droits qui en découlent, «doi[t] être déterminé[e] en tant que question de fait» dans chaque cas, le juge Brennan dans l'arrêt *Mabo*, à la p. 58. Il s'ensuit qu'il faut considérer que, au Canada, la Couronne a accepté les lois et coutumes autochtones existantes, ainsi que les intérêts dans les terres et les eaux auxquels elles donnaient naissance, même s'ils n'avaient pas d'équivalents dans le droit d'Angleterre. Dans la mesure où un peuple autochtone avait, en vertu de ses lois ou coutumes internes, utilisé les terres et les eaux s'y trouvant dans le passé, il doit être considéré comme ayant toujours le droit de les utiliser, en l'absence d'extinction ou de traité. 269

This much appears from the *Royal Proclamation of 1763*, R.S.C., 1985, App. II, No. 1, which set out the rules by which the British proposed to govern the territories of much of what is now Canada. The Proclamation, while not the sole source of aboriginal rights, recognized the presence of aboriginals as existing occupying peoples. It further recognized that they had the right to use and alienate the rights they enjoyed the use of those territories. The assertion of British sovereignty was thus expressly recognized as not depriving the aboriginal people of Canada of their pre-existing rights; the maxim of *terra nullius* was not to govern here. Moreover, the Proclamation evidences an underlying concern for the continued sustenance of aboriginal peoples and their descendants. It stipulated that aboriginal people not be permitted to sell their land directly but only through the intermediary of the Crown. The purpose of this stipulation was to ensure that the aboriginal peoples obtained a fair exchange for the rights they enjoyed in the territories on which they had traditionally lived — an exchange which would ensure the sustenance not only of the current generation but also of generations to come. (See *Guerin*, *supra*, at p. 376; see also Brian Slattery, "Under-

Voilà ce qui ressort de la *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, nº 1, qui énonce les règles selon lesquelles les Britanniques se proposaient de gouverner une grande partie des territoires qui constituent aujourd'hui le Canada. Bien qu'elle ne soit pas l'unique source des droits ancestraux, la Proclamation a reconnu la présence des autochtones en tant que peuples occupant les territoires. Elle a aussi reconnu qu'ils avaient le droit d'utiliser ces territoires et de se départir de ces droits d'usage. Il y est donc expressément reconnu que l'affirmation de la souveraineté britannique n'avait pas pour effet de priver les autochtones du Canada de leurs droits préexistants; la règle du territoire sans maître ne devrait pas s'appliquer ici. De plus, la Proclamation atteste le souci d'assurer aux peuples autochtones et à leurs descendants la possibilité de pourvoir à leur subsistance. Il y est stipulé que les autochtones ne sont pas autorisés à vendre leurs terres directement, mais qu'ils doivent le faire seulement par l'entremise de Sa Majesté. Cette stipulation visait à faire en sorte que les peuples autochtones reçoivent une juste contrepartie en échange des droits dont ils jouissaient sur les terres où ils avaient vécu traditionnellement — contrepartie qui assurerait la sub- 270

1996 CanLII 216 (SCC)

standing Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.)

271 The stipulation against direct sale to Europeans was coupled with a policy of entering into treaties with various aboriginal peoples. The treaties typically sought to provide the people in question with a land base, termed a reserve, as well as other benefits enuring to the signatories and generations to come — cash payments, blankets, foodstuffs and so on. Usually the treaties conferred a continuing right to hunt and fish on Crown lands. Thus the treaties recognized that by their own laws and customs, the aboriginal people had lived off the land and its waters. They sought to preserve this right in so far as possible as well as to supplement it to make up for the territories ceded to settlement.

272 These arrangements bear testimony to the acceptance by the colonizers of the principle that the aboriginal peoples who occupied what is now Canada were regarded as possessing the aboriginal right to live off their lands and the resources found in their forests and streams to the extent they had traditionally done so. The fundamental understanding — the *Grundnorm* of settlement in Canada — was that the aboriginal people could only be deprived of the sustenance they traditionally drew from the land and adjacent waters by solemn treaty with the Crown, on terms that would ensure to them and to their successors a replacement for the livelihood that their lands, forests and streams had since ancestral times provided them. (In making this comment, I do not foreclose the possibility that other arguments might be made with respect to areas in Canada settled by France.)

273 The same notions held sway in the colony of British Columbia prior to union with Canada in 1871. An early governor, Governor Douglas, pro-

sistance non seulement de la génération cédant les droits mais celle des générations futures. (Voir *Guerin*, précité, à la p. 376; voir aussi Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727.)

La stipulation interdisant la vente directe aux Européens s'ajoutait à une politique visant la conclusion de traités avec les peuples autochtones. Les traités avaient généralement pour but de fournir aux autochtones concernés une assise territoriale, appelée réserve, ainsi que des avantages pour les signataires et leurs descendants — paiements en espèces, couvertures, denrées alimentaires et autres choses du genre. D'ordinaire, les traités conféraient un droit permanent de chasse et de pêche sur les terres domaniales. Les traités reconnaissaient donc le fait que, suivant leurs propres lois et coutumes, les autochtones tiraient leur subsistance du territoire et des eaux s'y trouvant, et ils visaient à préserver ce droit dans toute la mesure du possible et à le compléter pour compenser les territoires cédés à des fins de colonisation.

Ces dispositions témoignent de l'acceptation par les colonisateurs du principe que les peuples autochtones qui occupaient ce qui est maintenant le Canada étaient considérés comme possédant le droit ancestral de tirer leur subsistance de leurs terres et des ressources des forêts et des cours d'eau, dans la mesure où ils l'avaient fait traditionnellement. La stipulation essentielle — la norme fondamentale de la colonisation au Canada — était que les peuples autochtones ne pouvaient être privés des moyens de subsistance qu'ils tiraient traditionnellement des terres et des eaux y adjacentes que par un traité solennel conclu avec Sa Majesté, à des conditions garantissant à ceux-ci ainsi qu'à leurs descendants des moyens de remplacer la subsistance qu'ils tiraient, depuis les temps ancestraux, des terres, forêts et cours d'eau. (En faisant cette observation, je n'exclus pas la possibilité que d'autres arguments puissent être présentés relativement aux régions du pays colonisées par la France.)

Les mêmes notions avaient cours dans la colonie de la Colombie-Britannique avant son union avec le Canada en 1871. Un des premiers gouverneurs,

1996 CanLII 216 (SCC)

nounced a policy of negotiating solemn treaties with the aboriginal peoples similar to that pursued elsewhere in Canada. Tragically, that policy was overtaken by the less generous views that accompanied the rapid settlement of British Columbia. The policy of negotiating treaties with the aboriginals was never formally abandoned. It was simply overridden, as the settlers, aided by administrations more concerned for short-term solutions than the duty of the Crown toward the first peoples of the colony settled where they wished and allocated to the aboriginals what they deemed appropriate. This did not prevent the aboriginal peoples of British Columbia from persistently asserting their right to an honourable settlement of their ancestral rights — a settlement which most of them still await. Nor does it negate the fundamental proposition acknowledged generally throughout Canada's history of settlement that the aboriginal occupants of particular territories have the right to use and be sustained by those territories.

Douglas, a établi une politique de négociation de traités solennels avec les peuples autochtones analogue à celle appliquée ailleurs au Canada. Tragiquement, cette politique a été écartée par la vision moins généreuse qui a accompagné la colonisation rapide de la Colombie-Britannique. La politique de négociation de traités avec les autochtones n'a jamais été officiellement abandonnée. Elle a simplement été foulée aux pieds parce que les colons, avec l'appui d'administrations plus soucieuses d'appliquer des solutions à court terme que de respecter les obligations de la Couronne envers les premiers habitants de la colonie, se sont établis là où ils le voulaient et ils n'ont accordé aux autochtones que ce qu'ils jugeaient convenable. Cela n'a pas empêché les peuples autochtones de la Colombie-Britannique de faire valoir avec ténacité leur droit d'obtenir un règlement honorable de leurs droits ancestraux — règlement que la plupart d'entre eux attendent encore. Cela n'invalide pas non plus la proposition fondamentale, généralement reconnue tout au long de l'histoire de la colonisation du pays, que les occupants autochtones de territoires donnés ont le droit d'utiliser ces territoires et d'en tirer leur subsistance.

1996 CanLII 216 (SCC)

Generally speaking, aboriginal rights in Canada were group rights. A particular aboriginal group lived on or controlled a particular territory for the benefit of the group as a whole. The aboriginal rights of such a group inure to the descendants of the group, so long as they maintain their connection with the territory or resource in question. In Canada, as in Australia, "many clans or groups of indigenous people have been physically separated from their traditional land and have lost their connexion with it" (p. 59). But "[w]here a clan or group has continued to acknowledge the laws and (so far as practicable) to observe the customs based on the traditions of that clan or group, whereby their traditional connexion with the land has been substantially maintained, the traditional community title of that clan or group can be said to remain in existence" (*Mabo*, at pp. 59-60).

274

De façon générale, les droits ancestraux au Canada étaient des droits collectifs. Un groupe d'autochtones particulier habitait un territoire ou exerçait sa domination sur celui-ci au profit de l'ensemble du groupe. Les droits ancestraux de ce groupe échoient aux descendants du groupe, tant que ceux-ci maintiennent des liens avec le territoire ou la ressource en question. Au Canada, tout comme en Australie, [TRADUCTION] «de nombreux clans ou groupes d'autochtones ont été physiquement séparés de leur territoire traditionnel et ils ont cessé d'être rattachés à celui-ci» (p. 59). Toutefois, [TRADUCTION] «[q]uand un clan ou un groupe a continué de reconnaître les lois et (si c'était matériellement possible) d'observer les coutumes fondées sur ses traditions, maintenant ainsi de façon substantielle ses liens traditionnels avec le territoire, il est possible d'affirmer que le titre communautaire traditionnel de ce clan ou groupe a continué d'exister» (arrêt *Mabo*, aux pp. 59 et 60).

275 It thus emerges that the common law and those who regulated the British settlement of this country predicated dealings with aboriginals on two fundamental principles. The first was the general principle that the Crown took subject to existing aboriginal interests in the lands they traditionally occupied and their adjacent waters, even though those interests might not be of a type recognized by British law. The second, which may be viewed as an application of the first, is that the interests which aboriginal peoples had in using the land and adjacent waters for their sustenance were to be removed only by solemn treaty with due compensation to the people and its descendants. This right to use the land and adjacent waters as the people had traditionally done for its sustenance may be seen as a fundamental aboriginal right. It is supported by the common law and by the history of this country. It may safely be said to be enshrined in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Il ressort donc de ces observations que la common law et les responsables de la colonisation britannique de notre pays ont fondé leurs rapports avec les autochtones sur deux principes fondamentaux. Le premier était le principe général que Sa Majesté prenait possession du territoire sous réserve des droits existants des autochtones sur les terres qu'ils avaient traditionnellement occupées et sur les eaux y adjacentes, même s'il ne s'agissait pas de droits appartenant à un type reconnu par le droit britannique. Le second, qui peut être considéré comme une application du premier, est que les droits des peuples autochtones d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes pour assurer leur subsistance ne devaient leur être enlevés que par traité solennel et moyennant octroi à ceux-ci et à leurs descendants d'une juste indemnité. Ce droit des autochtones visés d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes comme ils l'avaient fait traditionnellement pour assurer leur subsistance peut être considéré comme un droit ancestral fondamental. Il trouve appui dans la common law et dans l'histoire du pays. Il est possible d'affirmer avec confiance que ce droit est constitutionnalisé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

1996 CanLII 216 (SCC)

(x) The Right to Fish for Sale

(x) Le droit de pêcher en vue de la vente

276 Against this background, I come to the issue at the heart of this case. Do aboriginal people enjoy a constitutional right to fish for commercial purposes under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*? The answer is yes, to the extent that the people in question can show that it traditionally used the fishery to provide needs which are being met through the trade.

Après avoir exposé le contexte, j'aborde maintenant la question qui est au cœur du présent pourvoi. Les autochtones possèdent-ils, en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un droit constitutionnel de pêcher à des fins commerciales? La réponse est oui, dans la mesure où les autochtones concernés peuvent démontrer qu'ils ont traditionnellement utilisé la pêcherie pour pourvoir à des besoins qui sont satisfaits par le commerce.

277 If an aboriginal people can establish that it traditionally fished in a certain area, it continues to have a similar right to do so, barring extinguishment or treaty. The same justice that compelled those who drafted treaties with the aboriginals in the nineteenth century to make provision for the continuing sustenance of the people from the land, compels those dealing with aboriginals with whom treaties were never made, like the Sto:lo, to make similar provision.

Si des autochtones peuvent établir qu'ils ont traditionnellement pêché dans un certain secteur, ils continuent d'avoir le droit de le faire, sauf extinction ou traité. Le même sentiment de justice qui obligeait ceux qui rédigeaient les traités conclus avec les autochtones au XIX^{e} siècle à inclure dans ceux-ci des dispositions pour que les autochtones puissent continuer à tirer leur subsistance du territoire oblige ceux qui transigent avec des autochtones qui n'ont jamais conclu de traité, comme les Sto:lo, à prendre de telles mesures.

The aboriginal right to fish may be defined as the right to continue to obtain from the river or the sea in question that which the particular aboriginal people have traditionally obtained from the portion of the river or sea. If the aboriginal people show that they traditionally sustained themselves from the river or sea, then they have a *prima facie* right to continue to do so, absent a treaty exchanging that right for other consideration. At its base, the right is not the right to trade, but the right to continue to use the resource in the traditional way to provide for the traditional needs, albeit in their modern form. However, if the people demonstrate that trade is the only way of using the resource to provide the modern equivalent of what they traditionally took, it follows that the people should be permitted to trade in the resource to the extent necessary to provide the replacement goods and amenities. In this context, trade is but the mode or practice by which the more fundamental right of drawing sustenance from the resource is exercised.

Le droit de pêche ancestral peut être défini comme étant le droit de continuer à tirer du fleuve, de la rivière ou de la mer en question ce que les autochtones concernés ont traditionnellement tiré du secteur exploité. Si les autochtones démontrent qu'ils ont traditionnellement tiré leur subsistance du fleuve, de la rivière ou de la mer, ils ont alors à première vue le droit de continuer à le faire, s'ils n'ont pas, par traité, échangé ce droit contre autre chose. Essentiellement, ce n'est pas le droit de faire du commerce, mais le droit de continuer d'utiliser la ressource de la manière traditionnelle, afin de pourvoir aux besoins traditionnels, quoique sous leur forme moderne. Toutefois, si les autochtones démontrent que le commerce est la seule manière d'utiliser la ressource de façon à leur permettre de se procurer l'équivalent moderne de ce qu'ils ont traditionnellement tiré de celle-ci, il s'ensuit qu'ils devraient être autorisés à faire le commerce de cette ressource dans la mesure nécessaire pour obtenir des biens et des commodités de remplacement. Dans ce contexte, le commerce n'est rien d'autre que la méthode ou la pratique par laquelle est exercé le droit plus fondamental qui consiste à tirer sa subsistance de la ressource.

278

The right to trade the products of the land and adjacent waters for other goods is not unlimited. The right stands as a continuation of the aboriginal people's historical reliance on the resource. There is therefore no justification for extending it beyond what is required to provide the people with reasonable substitutes for what it traditionally obtained from the resource. In most cases, one would expect the aboriginal right to trade to be confined to what is necessary to provide basic housing, transportation, clothing and amenities — the modern equivalent of what the aboriginal people in question formerly took from the land or the fishery, over and above what was required for food and ceremonial purposes. Beyond this, aboriginal fishers have no priority over non-aboriginal commercial or sport fishers. On this principle, where the aboriginal people can demonstrate that they historically have drawn a moderate livelihood from the fishery, the aboriginal right to a "moderate livelihood" from the fishery may be established (as Lambert J.A. concluded in the British Columbia

Le droit d'échanger les produits du territoire et des eaux y adjacentes contre d'autres biens n'est pas illimité. Ce droit est la poursuite de l'exploitation historique de la ressource par les autochtones visés. Il n'y a donc rien qui justifie d'élargir le droit au-delà de ce qui est nécessaire pour permettre aux autochtones de se procurer des biens de remplacement raisonnables à la place de ceux qu'ils ont traditionnellement obtenus pour la ressource. Dans la plupart des cas, il est permis de penser que le droit ancestral de commercer se limite à ce qui est nécessaire pour pourvoir aux besoins de base en matière de logement, de transport, d'habillement et de commodités de la vie — l'équivalent moderne de ce que les autochtones en question tiraient dans le passé du territoire ou de la pêche, en sus de leurs besoins alimentaires et rituels. Au-delà de ces besoins, les pêcheurs autochtones n'ont aucun droit de priorité sur les non-autochtones qui pratiquent la pêche commerciale ou sportive. Suivant ce principe, si les autochtones peuvent démontrer qu'ils ont histori-

279

1996 CanLII 216 (SCC)

Court of Appeal). However, there is no automatic entitlement to a moderate or any other livelihood from a particular resource. The inquiry into what aboriginal rights a particular people possess is an inquiry of fact, as we have seen. The right is established only to the extent that the aboriginal group in question can establish historical reliance on the resource. For example, evidence that a people used a water resource only for occasional food and sport fishing would not support a right to fish for purposes of sale, much less to fish to the extent needed to provide a moderate livelihood. There is, on this view, no generic right of commercial fishing, large-scale or small. There is only the right of a particular aboriginal people to take from the resource the modern equivalent of what by aboriginal law and custom it historically took. This conclusion echos the suggestion in *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294, approved by Dickson C.J. and La Forest J. in *Sparrow*, of a "limited" aboriginal priority to commercial fishing.

280 A further limitation is that all aboriginal rights to the land or adjacent waters are subject to limitation on the ground of conservation. These aboriginal rights are founded on the right of the people to use the land and adjacent waters. There can be no use, on the long term, unless the product of the lands and adjacent waters is maintained. So maintenance of the land and the waters comes first. To this may be added a related limitation. Any right, aboriginal or other, by its very nature carries with it the obligation to use it responsibly. It cannot be used, for example, in a way which harms people, aboriginal or non-aboriginal. It is up to the Crown to establish a regulatory regime which respects these objectives. In the analytic framework usually

quement tiré une subsistance convenable de la pêche, il est alors possible d'établir l'existence d'un droit ancestral de tirer une «subsistance convenable» de la pêche (comme l'a conclu le juge Lambert de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique). Cependant, il n'existe pas automatiquement de droit de tirer une subsistance convenable ou autre d'une ressource particulière. Comme nous l'avons vu, l'examen de la nature des droits ancestraux que possède un peuple donné porte sur les faits. L'existence du droit n'est établi que dans la mesure où le peuple autochtone en cause peut démontrer qu'il a traditionnellement exploité la ressource. Par exemple, la preuve qu'un peuple utilisait des eaux seulement à seules fins d'y pêcher occasionnellement à des fins alimentaires et sportives n'appuierait pas l'existence du droit de pêcher en vue de vendre du poisson, et encore moins de pêcher dans la mesure requise pour s'assurer une subsistance convenable. À mon avis, il n'existe pas de droit général de pêche commerciale, à quelque échelle que ce soit. Le seul droit qui existe est celui que possède un peuple autochtone particulier de tirer de la ressource l'équivalent moderne de ce qu'il en a historiquement tiré suivant les lois et coutumes autochtones. Cette conclusion reprend l'opinion qui a été émise dans *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294, et approuvée par le juge en chef Dickson et le juge La Forest dans *Sparrow*, et suivant laquelle les autochtones jouissant d'une priorité «restreinte» en matière de pêche commerciale.

Une autre limite est que tous les droits ancestraux sur les terres et les eaux y adjacentes sont assujettis aux restrictions imposées pour des fins de conservation. Ces droits ancestraux sont fondés sur le droit des autochtones concernés d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes. À long terme cette utilisation est impossible à moins de protéger les produits tirés des terres et des eaux adjacentes à celles-ci. La protection des terres et des eaux vient donc au premier rang. À tout cela, s'ajoute une limite connexe. En effet, tout droit — ancestral ou autre — emporte de par sa nature même l'obligation de l'utiliser de façon responsable. Par exemple, il ne peut être utilisé d'une manière préjudiciable à autrui, qu'il s'agisse ou non d'autoch-

1996 CanLII 216 (SCC)

used in cases such as this, the right of the government to limit the aboriginal fishery on grounds such as these is treated as a matter of justifying a limit on a "*prima facie*" aboriginal right. Following this framework, I will deal with it in greater detail under the heading of justification.

(xi) Is an Aboriginal Right to Sell Fish for Commerce Established in this Case?

I have concluded that subject to conservation needs, aboriginal peoples may possess a constitutional right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, to use a resource such as a river site beside which they have traditionally lived to provide the modern equivalent of the amenities which they traditionally have obtained from the resource, whether directly or indirectly, through trade. The question is whether, on the evidence, Mrs. Van der Peet has established that the Sto:lo possessed such a right.

The evidence establishes that by custom of the aboriginal people of British Columbia, the Sto:lo have lived since time immemorial at the place of their present settlement on the banks of the Fraser River. It also establishes that as a fishing people, they have for centuries used the fish from that river to sustain themselves. One may assume that the forest and vegetation on the land provided some of their shelter and clothing. However, their history indicates that even in days prior to European contact, the Sto:lo relied on fish, not only for food and ceremonial purposes, but also for the purposes of obtaining other goods through trade. Prior to contact with Europeans, this trade took place with other tribes; after contact, sales on a larger scale were made to the Hudson's Bay Company, a practice which continued for almost a century. In summary, the evidence conclusively establishes that over many centuries, the Sto:lo have used the fishery not only for food and ceremonial purposes, but

tones. Il incombe à l'État d'établir un régime de réglementation qui respecte ces objectifs. Conformément au cadre d'analyse habituellement appliqué dans les cas comme celui qui nous occupe, le droit de l'État de restreindre la pêche autochtone pour des motifs de cet ordre soulève la question de la justification des limites apportées à un droit ancestral dont l'existence a été établie à première vue. Appliquant ce cadre, je vais étudier ce point plus en détail lorsque je traiterai de la justification.

(xi) L'existence d'un droit ancestral de vendre du poisson commercialement a-t-elle été établie en l'espèce?

J'ai conclu que, sous réserve des besoins de conservation, il est possible que des peuples autochtones possèdent, en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le droit constitutionnel d'utiliser une ressource tel un secteur dans une rivière au bord de laquelle ils ont traditionnellement vécu, pour en tirer l'équivalent moderne des commodités de la vie qu'ils ont traditionnellement obtenues au moyen de cette ressource, directement ou indirectement, par voie d'échange. Il s'agit de décider si, d'après la preuve, M^me^ Van der Peet a établi que les Sto:lo possèdent un tel droit.

La preuve établit que, selon la coutume des autochtones de la Colombie-Britannique, les Sto:lo vivent depuis des temps immémoriaux au lieu de leur établissement actuel sur les berges du fleuve Fraser. La preuve démontre également que, en tant que pêcheurs, ils utilisent depuis des siècles le poisson de ce fleuve pour assurer leur subsistance. Il est permis de supposer qu'ils ont tiré des forêts et de la végétation une partie des choses nécessaires pour se loger et se vêtir. Toutefois, leur histoire indique que, même avant l'arrivée des Européens, les Sto:lo exploitaient le poisson non seulement à des fins alimentaires et rituelles, mais également pour obtenir d'autres biens par voie d'échange. Avant le contact avec les Européens, ces échanges avaient lieu avec d'autres tribus. Après le contact, des ventes à une plus grande échelle ont été faites à la Compagnie de la Baie d'Hudson, pratique qui s'est poursuivie pendant presque un siècle. En résumé, la preuve établit

1996 CanLII 216 (SCC)

281

282

also to satisfy a variety of other needs. Unless that right has been extinguished, and subject always to conservation requirements, they are entitled to continue to use the river for these purposes. To the extent that trade is required to achieve this end, it falls within that right.

283 I agree with L'Heureux-Dubé J. that the scale of fishing evidenced by the case at bar falls well within the limit of the traditional fishery and the moderate livelihood it provided to the Sto:lo.

284 For these reasons I conclude that Mrs. Van der Peet's sale of the fish can be defended as an exercise of her aboriginal right, unless that right has been extinguished.

B. *Is the Aboriginal Right Extinguished?*

285 The Crown has never concluded a treaty with the Sto:lo extinguishing its aboriginal right to fish. However, it argues that any right the Sto:lo people possess to fish commercially was extinguished prior to 1982 through regulations limiting commercial fishing by licence. The appellant, for her part, argues that general regulations controlling the fishery do not evidence the intent necessary to establish extinguishment of an aboriginal right.

286 For legislation or regulation to extinguish an aboriginal right, the intention to extinguish must be "clear and plain": *Sparrow*, *supra*, at p. 1099. The Canadian test for extinguishment of aboriginal rights borrows from the American test, enunciated in *United States v. Dion*, 476 U.S. 734 (1986), at pp. 739-40: "[w]hat is essential [to satisfy the "clear and plain" test] is clear evidence that [the government] actually considered the conflict between its intended action on the one hand and Indian treaty rights on the other, and chose to resolve that conflict by abrogating the treaty" or right.

décisivement que, pendant des siècles, les Sto:lo ont pêché non seulement à des fins alimentaires et rituelles, mais aussi pour satisfaire divers autres besoins. À moins que ce droit ait été éteint, et sous réserve toujours des exigences en matière de conservation, les Sto:lo ont le droit de continuer d'exploiter le fleuve à ces fins. Dans la mesure où le commerce est nécessaire pour réaliser cet objectif, il fait partie de ce droit.

Je conviens avec le juge L'Heureux-Dubé que l'ampleur des activités de pêche révélées par la preuve reste bien en deçà des limites de la pêche traditionnelle pratiquée par les Sto:lo et de la subsistance convenable qu'ils en tiraient.

Pour ces motifs, je conclus que la vente du poisson par M^me^ Van der Peet peut être justifiée comme étant l'exercice de son droit ancestral, à moins que ce droit ait été éteint.

B. *Le droit ancestral a-t-il été éteint?*

L'État n'a jamais conclu avec les Sto:lo de traité éteignant leur droit de pêche ancestral. Le ministère public soutient toutefois que tout droit des Sto:lo de pêcher commercialement a été éteint avant 1982 par voie de règlements limitant la pêche commerciale aux activités pratiquées en vertu de permis. Pour sa part, l'appelante affirme que des règlements généraux visant à contrôler la pêche n'attestent pas l'intention nécessaire pour établir l'extinction d'un droit ancestral.

Pour qu'une mesure législative ou réglementaire éteigne un droit ancestral, cette intention doit être «claire et expresse»: *Sparrow*, précité, à la p. 1099. Le critère appliqué au Canada en matière d'extinction des droits ancestraux s'inspire du critère américain énoncé dans l'arrêt *United States c. Dion*, 476 U.S. 734 (1986), aux pp. 739 et 740: [TRADUCTION] «[c]e qui est essentiel [pour satisfaire au critère de l'intention «claire et expresse»], c'est une preuve claire que [l'État] a réellement pris en considération le conflit entre la mesure qu'il entend prendre, d'une part, et les droits issus de traités des Indiens, d'autre part, et qu'il a choisi de résoudre ce conflit en abrogeant le traité» ou le droit.

1996 CanLII 216 (SCC)

Following this approach, this Court in *Sparrow* rejected the Crown's argument that pre-1982 regulations imposing conditions on the exercise of an aboriginal right extinguished it to the extent of the regulation. To accept that argument, it reasoned at p. 1091, would be to elevate such regulations as applied in 1982 to constitutional status and to "incorporate into the Constitution a crazy patchwork of regulations". Rejecting this "snapshot" approach to constitutional rights, the Court distinguished between regulation of the exercise of a right, and extinguishment of the right itself.

In this case, the Crown argues that while the regulatory scheme may not have extinguished the aboriginal right to fish for food (*Sparrow*) it nevertheless extinguished any aboriginal right to fish for sale. It relies in particular on Order in Council, P.C. 2539, of September 11, 1917, which provided:

Whereas it is represented that since time immemorial, it has been the practice of the Indians of British Columbia to catch salmon by means of spears and otherwise after they have reached the upper non-tidal portions of the rivers;

And whereas while after commercial fishing began it became eminently desirable that all salmon that succeeded in reaching the upper waters should be allowed to go on to their spawning beds unmolested, in view of the great importance the Indians attached to their practice of catching salmon they have been permitted to do so for their own food purposes only. . . .

And whereas the Department of the Naval Service is informed that the Indians have concluded that this regulation is ineffective, and this season arrangements are being made by them to carry on fishing for commercial purposes in an extensive way;

And whereas it is considered to be in the public interest that this should be prevented and the Minister of the Naval Service, after consultation with the Department of Justice on the subject, recommends that action as follows be taken;

Appliquant cette approche, notre Cour a, dans *Sparrow*, rejeté l'argument du ministère public que les règlements d'avant 1982 qui assujettissaient l'exercice d'un droit ancestral à certaines conditions avaient eu pour effet d'éteindre ce droit dans la mesure des conditions imposées. Accepter cet argument, a raisonné notre Cour, à la p. 1091, reviendrait à conférer un statut constitutionnel aux règlements applicables en 1982 et à «introduire dans la Constitution un ensemble de règlements disparates». Rejetant l'application de cette approche «ponctuelle» aux droits constitutionnels, notre Cour a établi une distinction entre la réglementation de l'exercice d'un droit et l'extinction du droit lui-même.

En l'espèce, le ministère public prétend que, bien que le régime de réglementation n'ait peut-être pas éteint le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires (*Sparrow*), il a néanmoins éteint tout droit ancestral de pêcher à des fins de vente. Le ministère public se fonde en particulier sur le décret C.P. 2539 du 11 septembre 1917, qui prévoyait ceci:

[TRADUCTION] Attendu qu'on fait valoir que, depuis des temps immémoriaux, les Indiens de la Colombie-Britannique ont pour pratique de capturer le saumon au harpon ou par d'autres moyens après que le poisson a atteint les parties supérieures des eaux sans marée des cours d'eau;

Et attendu que, depuis le début de la pêche commerciale, il est devenu éminemment souhaitable que tous les saumons qui réussissent à remonter dans ces eaux puissent atteindre indemnes les frayères, vu la grande importance que les Indiens attachent à cette pratique, il leur a été permis de le faire pour se nourrir seulement . . .

Et attendu que le ministère du Service naval a été informé que les Indiens ont conclu que le présent règlement est inefficace, et que, cette saison, ils font des préparatifs en vue de pêcher à des fins commerciales sur une grande échelle;

Et attendu qu'il est jugé être dans l'intérêt public d'empêcher ces activités, et que le ministère du Service naval, après avoir consulté le ministère de la Justice à cet égard, recommande que soient prises les mesures suivantes;

1996 CanLII 216 (SCC)

Therefore His Excellency the Governor General in Council, under the authority of section 45 of the Fisheries Act, 4-5 George V, Chapter 8, is pleased to order and it is hereby ordered as follows: —

2. An Indian may, at any time, with the permission of the Chief Inspector of Fisheries, catch fish to be used as food for himself and his family, but for no other purpose . . . .

289 The argument that Regulation 2539 extinguished any aboriginal right to fish commercial faces two difficulties. The first is the absence of any indication that the government of the day considered the aboriginal right on the one hand, and the effect of its proposed action on that right on the other, as required by the "clear and plain" test. There is no recognition in the words of the regulation of any aboriginal right to fish. They acknowledge no more than an aboriginal "practice" of fishing for food. The regulation takes note of the aboriginal position that the regulations confining them to food fishing are "ineffective". However, it does not accept that position. It rather rejects it and affirms that free fishing by natives for sale will not be permitted. This does not meet the test for regulatory extinction of aboriginal rights which requires: acknowledgment of right, conflict of the right proposed with policy, and resolution of the two.

290 The second difficulty the Crown's argument encounters is that the passage quoted does not present a full picture of the regulatory scheme imposed. To determine the intent of Parliament, one must consider the statute as a whole: *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994). Similarly, to determine the intent of the Governor in Council making a regulation, one must look to the effect of a regulatory scheme as a whole.

291 The effect of Regulation 2539 was that Indians were no longer permitted to sell fish caught pursuant to their right to fish for food. However, Regu-

À ces causes, il plaît à Son Excellence le Gouverneur général en conseil, sous l'empire de l'article 45 de la *Loi des pêcheries*, 4-5 George V, chapitre 8, de décréter ce qui suit:

2. Les Indiens avec la permission de l'inspecteur en chef des pêcheries, peuvent en tout temps capturer du poisson destiné à leur alimentation et à celle de leur famille, mais il leur est défendu de faire servir à d'autres fins, le poisson ainsi capturé . . .

L'argument que le règlement 2539 a éteint tout droit ancestral de pêche commerciale se heurte à deux difficultés. La première est l'absence de toute indication que le gouvernement d'alors a, comme l'exige le critère de l'intention «claire et expresse», pris en considération le droit ancestral, d'une part, et l'effet sur ce droit de la mesure qu'il se proposait de prendre, d'autre part. Le texte du règlement ne reconnaît d'aucune façon l'existence de quelque droit de pêche ancestral. On y reconnaît tout au plus l'existence d'une «pratique» des autochtones de pêcher à des fins alimentaires. Le règlement constate la position des autochtones que le règlement qui ne les autorise qu'à pêcher pour se nourrir est «inefficace». Toutefois, cette position n'est pas acceptée, mais au contraire rejetée, et on déclare que les autochtones ne seront pas libres de pêcher dans le but de vendre du poisson. Cela ne satisfait pas au critère de l'extinction des droits ancestraux par voie de réglementation, critère qui comprend trois éléments: la reconnaissance de l'existence du droit; un conflit entre le droit et la politique proposée; la résolution du conflit.

La seconde difficulté à laquelle se bute l'argument du ministère public est que le passage cité ne présente pas un tableau complet du régime de réglementation imposé. Pour dégager l'intention du législateur fédéral, il faut examiner une loi dans son ensemble: *Driedger on the Construction of Statutes* (3e éd. 1994). De même, pour établir quelle était l'intention du gouverneur en conseil lorsqu'il a pris un règlement, il faut tenir compte de l'effet de l'ensemble du régime de réglementation.

L'effet du règlement 2539 était que les Indiens n'étaient désormais plus autorisés à vendre le poisson pris en vertu de leur droit de pêcher à des fins

1996 CanLII 216 (SCC)

lation 2539 was only a small part of a much larger regulatory scheme, dating back to 1908, in which aboriginal peoples played a significant part. While the 1917 regulation prohibits aboriginal peoples from selling fish obtained under their food rights, it did not prevent them from obtaining licences to fish commercially under the general regulatory scheme laid down in 1908 and modified through the years. In this way, the regulations recognized the aboriginal right to participate in the commercial fishery. Instead of barring aboriginal fishers from the commercial fishery, government regulations and policy before and after 1917 have consistently given them preferences in obtaining the necessary commercial licences. Far from extinguishing the aboriginal right to fish, this policy may be seen as tacit acceptance of a "limited priority" in aboriginal fishers to the commercial fishery of which Dickson J. spoke in *Jack* and which was approved in *Sparrow*.

alimentaires. Toutefois, le règlement 2539 n'était qu'une petite partie d'un régime de réglementation beaucoup plus large, datant de 1908 et dans le cadre duquel les peuples autochtones jouaient un rôle important. Même si le règlement de 1917 interdit aux autochtones de vendre du poisson pris en vertu de leur droit de pêcher à des fins alimentaires, il ne les empêche pas d'obtenir des permis de pêche commerciale sous l'empire du régime général établi en 1908 et modifié au fil des ans. Vu sous cet angle, le règlement reconnaissait le droit des autochtones de participer à la pêche commerciale. Au lieu d'interdire la pêche commerciale aux pêcheurs autochtones, la réglementation et la politique gouvernementales, tant avant qu'après 1917, leur ont continuellement accordé des mesures préférentielles en vue de l'obtention des permis de pêche commerciale requis. Il est possible d'affirmer que, loin d'éteindre le droit de pêche ancestral, cette politique peut être considérée comme une acceptation tacite de la [TRADUCTION] «priorité restreinte» des pêcheurs autochtones en matière de pêche commerciale dont a fait état le juge Dickson dans l'arrêt *Jack* et qui a été approuvée dans *Sparrow*.

Evidence of the participation in commercial fishing by aboriginal people prior to the regulations in 1917 in commercial fishing was discussed by Dickson J. in *Jack*, *supra*. That case was concerned with the policy of the Colonialists prior to Confederation. Without repeating the entirety of that discussion here, it is sufficient to note the conclusion reached at p. 311:

> . . . the Colony gave priority to the Indian fishery as an appropriate pursuit for the coastal Indians, primarily for food purposes and, to a lesser extent, for barter purposes with the white residents.

292 La preuve de la participation des autochtones à la pêche commerciale avant la réglementation, en 1917, de la pêche commerciale a été examinée par le juge Dickson dans *Jack*, précité. Cette affaire portait sur la politique des colonialistes avant la Confédération. Sans répéter l'intégralité des propos du juge Dickson, il suffit de citer la conclusion qu'il tire, à la p. 311:

> . . . la colonie accordait la priorité à la pêche par les Indiens des régions côtières parce qu'elle leur permettait d'abord de se nourrir et, à un degré moindre, de faire du troc avec les Blancs.

This limited priority for aboriginal commercial fishing is reflected in the government policy of extending preferences to aboriginals engaged in the fishery. The 1954 Regulations, as amended in 1974, provided for reduced licensing fees for aboriginal fishers. For example, either a gill-net fishing licence that would cost a non-aboriginal fisher $2,000, or a seine fishing licence that would cost a non-native fisher $200, would cost a native

293 Cette priorité restreinte accordée à la pêche commerciale autochtone ressort de la politique de l'État qui consiste à prendre des mesures préférentielles en faveur des autochtones qui participent à cette pêche. Le règlement de 1954, modifié en 1974, fixait des droits de permis réduits pour ces derniers. Par exemple, les permis de pêche au filet maillant et les permis de pêche à la seine qui coûtaient respectivement 2 000 $ et 200 $ aux

1996 CanLII 216 (SCC)

fisher $10. Moreover, the evidence available indicates that there has been significant aboriginal participation in the commercial fishery. Specifically, a review of aboriginal participation in the commercial fishery for 1985 found that 20.5 per cent of the commercial fleet was Indian-owned or Indian-operated and that that segment of the commercial fleet catches 27.7 per cent of the commercial catch. Since the regulatory scheme is cast in terms of individual rights, it has never expressly recognized the right of a particular aboriginal group to a specific portion of the fishery. However, it has done so implicitly by granting aboriginal fishers preferences based on their membership in an aboriginal group.

294 It thus emerges that the regulatory scheme in place since 1908, far from extinguishing the aboriginal right to fish for sale, confirms that right and even suggests recognition of a limited priority in its exercise. I conclude that the aboriginal right of the Sto:lo to fish for sustenance has not been extinguished.

295 The remaining questions are whether the regulation infringes the Sto:lo's aboriginal right to fish for trade to supplement the fish they took for food and ceremonial purposes and, if so, whether that infringement constitutes a justifiable limitation on the right.

2. Is the Aboriginal Right Infringed?

296 The right established, the next inquiry, following *Sparrow*, is whether the regulation constitutes a *prima facie* infringement of the aboriginal right. If it does, the inquiry moves on to the question of whether the *prima facie* infringement is justified.

297 The test for *prima facie* infringement prescribed by *Sparrow* is "whether the legislation in question has the effect of interfering with an existing aboriginal right" (p. 1111). If it has this effect, the *prima facie* infringement is made out. Having set

pêcheurs non autochtones ne coûtaient que 10 $ aux pêcheurs autochtones. De plus, la preuve disponible indique que les autochtones participent de façon importante à la pêche commerciale. De façon plus précise, une étude sur la participation des autochtones à la pêche commerciale en 1985 a révélé que 20,5 pour 100 de la flotte commerciale appartenait à des Indiens ou était exploitée par des Indiens, et que cette partie de la flotte comptait pour 27,7 pour 100 des prises commerciales. Comme le régime de réglementation est établi en fonction des droits individuels, on n'y a jamais reconnu expressément le droit d'un groupe particulier d'autochtones à une part déterminée de la pêche. Toutefois, cette reconnaissance découle implicitement des mesures préférentielles accordées aux pêcheurs autochtones du fait de leur appartenance à un groupe autochtone.

Il s'ensuit donc que, loin d'avoir éteint le droit ancestral de pêcher à des fins de vente, le régime de réglementation en place depuis 1908 confirme ce droit et tend même à reconnaître une priorité restreinte à l'exercice de ce droit. Je conclus que le droit ancestral des Sto:lo de pêcher à des fins de subsistance n'a pas été éteint.

Les questions qu'il reste à trancher sont celles de savoir si la disposition réglementaire en cause porte atteinte au droit ancestral des Sto:lo de prendre, à des fins de vente, du poisson en sus de celui qu'ils prenaient à des fins alimentaires et rituelles, et, dans l'affirmative, si cette atteinte constitue une limitation justifiable de ce droit.

2. Y a-t-il atteinte au droit ancestral?

Une fois l'existence du droit établie, l'étape suivante de l'examen prévu par l'arrêt *Sparrow* consiste à déterminer si le règlement constitue une atteinte à première vue au droit ancestral. Dans l'affirmative, il faut ensuite se demander si l'atteinte à première vue est justifiée.

Le critère de l'atteinte à première vue, prescrit par l'arrêt *Sparrow*, consiste à déterminer «si la loi en question a pour effet de porter atteinte à un droit ancestral existant» (p. 1111). Si oui, l'atteinte à première vue est établie. Après avoir énoncé ce

1996 CanLII 216 (SCC)

out this test, Dickson C.J. and La Forest J. supplement it by stating that the court should consider whether the limit is unreasonable, whether it imposes undue hardship, and whether it denies to the holders of the right their "preferred means of exercising that right" (p. 1112). These questions appear more relevant to the stage two justification analysis than to determining the *prima facie* right; as the Chief Justice notes in *Gladstone* (at para. 43), they seem to contradict the primary assertion that a measure which has the effect of interfering with the aboriginal right constitutes a *prima facie* violation. In any event, I agree with the Chief Justice that a negative answer to the supplementary questions does not negate a *prima facie* infringement.

The question is whether the regulatory scheme under which Mrs. Van der Peet stands charged has the "effect" of "interfering with an existing aboriginal right", in this case the right of the Sto:lo to sell fish to the extent required to provide for needs they traditionally by native law and custom took from the section of the river whose banks they occupied. The inquiry into infringement in a case like this may be viewed in two stages. At the first stage, the person charged must show that he or she had a *prima facie* right to do what he or she did. That established, it falls to the Crown to show that the regulatory scheme meets the particular entitlement of the Sto:lo to fish for sustenance.

The first requirement is satisfied in this case by demonstration of the aboriginal right to sell fish prohibited by regulation. The second requirement, however, has not been satisfied. Notwithstanding the evidence that aboriginal fishers as a class enjoy a significant portion of the legal commercial market and that considerable fish caught as "food fish" is illegally sold, the Crown has not established that the existing regulations satisfy the particular right of the Sto:lo to fish commercially for sustenance.

critère, le juge en chef Dickson et le juge La Forest le complètent en déclarant que le tribunal doit se demander si la restriction est déraisonnable, si elle est indûment rigoureuse et si elle refuse aux titulaires du droit le recours à «leur moyen préféré de l'exercer» (p. 1112). Or, ces questions semblent plus pertinentes pour la seconde étape de l'analyse, celle de la justification, que pour l'établissement du droit à première vue. Comme le souligne le Juge en chef dans l'arrêt *Gladstone* (au par. 43), ces questions semblent contredire l'assertion de départ selon laquelle une mesure qui a pour effet de porter atteinte au droit ancestral constitue une violation à première vue. Quoi qu'il en soit, je conviens avec le Juge en chef qu'une réponse négative aux questions supplémentaires n'exclut pas de l'existence d'une atteinte à première vue.

298 La question qui se pose en l'espèce est de savoir si le régime de réglementation en vertu duquel M^me^ Van der Peet est accusée a «pour effet» de «porter atteinte à un droit ancestral existant», en l'occurrence le droit des Sto:lo de vendre du poisson dans la mesure nécessaire pour pourvoir aux besoins qu'ils ont traditionnellement satisfaits en exploitant, conformément aux lois et coutumes autochtones, le secteur du fleuve dont ils occupaient les berges. Dans un cas comme la présente espèce, l'examen de la question de l'atteinte peut être considéré comme comportant deux étapes. Au cours de la première étape, la personne accusée doit établir qu'elle avait, à première vue, le droit de faire ce qu'elle a fait. Une fois ce droit établi, il incombe alors au ministère public de prouver que le régime de réglementation respecte le droit particulier des Sto:lo de pêcher à des fins de subsistance.

299 En l'espèce, la première condition est remplie par la preuve de l'existence du droit ancestral de vendre du poisson qui est interdit par le règlement. Toutefois, la deuxième condition n'est pas remplie. En effet, malgré la preuve que les pêcheurs autochtones jouissent, collectivement, d'une part importante du marché commercial légal et qu'une quantité considérable de poisson pris «à des fins alimentaires» est vendue illégalement, le ministère public n'a pas établi que la réglementation exis-

1996 CanLII 216 (SCC)

The issue is not the quantity of fish currently caught, which may or may not satisfy the band's sustenance requirements. The point is rather that the Crown, by denying the Sto:lo the right to sell any quantity of fish, denies their limited aboriginal right to sell fish for sustenance. The conclusion of *prima facie* infringement of the collective aboriginal right necessarily follows.

300 The Crown argued that regulation of a fishery to meet the sustenance needs of a particular aboriginal people is administratively unworkable. The appellant responded with evidence of effective regulation in the State of Washington of aboriginal treaty rights to sustenance fishing. I conclude that the sustenance standard is not so inherently indeterminate that it cannot be regulated. It is for the Crown, charged with administering the resource, to determine effective means to regulate its lawful use. The fact that current regulations fail to do so confirms the infringement, rather than providing a defence to it.

3. Is the Government's Limitation of Mrs. Van der Peet's Right to Fish for Sustenance Justified?

301 Having concluded that the Sto:lo possess a limited right to engage in fishing for commerce and that the regulation constitutes a *prima facie* infringement of this right, it remains to consider whether the infringement is justified. The inquiry into justification is in effect an inquiry into the extent the state can limit the exercise of the right on the ground of policy.

302 Just as I parted company with the Chief Justice on the issue of what constitutes an aboriginal right, so I must respectfully dissent from his view of what constitutes justification. Having defined the right at issue in such a way that it possesses no

tante respecte le droit particulier des Sto:lo de pêcher commercialement à des fins de subsistance. Le litige ne porte pas sur la quantité de poisson qui est prise présentement, quantité qui peut ou non satisfaire les besoins de la bande pour assurer sa subsistance. Il s'agit plutôt de savoir si, en niant aux Sto:lo le droit de vendre toute quantité de poisson, l'État les prive de leur droit ancestral restreint de vendre du poisson à des fins de subsistance. D'où la conclusion inéluctable qu'il y a atteinte à première vue au droit ancestral collectif.

Le ministère public a fait valoir qu'il est administrativement impossible de réglementer une pêche de manière à respecter les besoins d'un peuple autochtone particulier à des fins de subsistance. L'appelante a répliqué en présentant des éléments de preuve indiquant que, dans l'État de Washington, on réglemente de façon efficace les droits issus de traités des autochtones de pêcher à des fins de subsistance. J'en conclus que la norme des besoins en matière de subsistance n'est pas si intrinsèquement indéterminée qu'elle ne peut être réglementée. Il appartient à l'État, qui est chargé de la gestion de la ressource, de mettre en œuvre des moyens efficaces d'en réglementer l'utilisation légale. Le fait que la réglementation actuelle soit déficiente à cet égard confirme l'atteinte, au lieu de la justifier.

3. La restriction par l'État du droit de M^me^ Van der Peet de pêcher à des fins de subsistance est-elle justifiée?

Après avoir conclu que les Sto:lo possèdent un droit restreint de pêcher à des fins commerciales et que le règlement constitue une atteinte à première vue à ce droit, il reste à se demander si cette atteinte est justifiée. L'examen de la question de la justification revient en fait à se demander dans quelle mesure l'État peut, pour des considérations de politique générale, restreindre l'exercice du droit.

Tout comme je me suis dissociée des propos du Juge en chef sur la question de savoir ce qui constitue un droit ancestral, je dois également, en toute déférence, exprimer ma dissidence à l'égard de son opinion sur ce qui constitue une justification.

1996 CanLII 216 (SCC)

internal limits, the Chief Justice compensates by adopting a large view of justification which cuts back the right on the ground that this is required for reconciliation and social harmony: *Gladstone*, at paras. 73 to 75. I would respectfully decline to adopt this concept of justification for three reasons. First, it runs counter to the authorities, as I understand them. Second, it is indeterminate and ultimately more political than legal. Finally, if the right is more circumspectly defined, as I propose, this expansive definition of justification is not required. I will elaborate on each of these difficulties in turn, arguing that they suggest a more limited view of justification: that the Crown may prohibit exploitation of the resource that is incompatible with its continued and responsible use.

Ayant défini le droit en cause de telle manière que celui-ci ne comporte aucune limite intrinsèque, le Juge en chef compense en adoptant une conception large de la justification, qui ampute le droit pour le motif que cela est nécessaire à des fins de réconciliation et d'harmonie sociales: *Gladstone*, aux par. 73 à 75. En toute déférence, je refuse d'adopter cette conception de la justification, et ce pour trois raisons. Premièrement, elle est, à mon sens, contraire à la jurisprudence. Deuxièmement, elle est indéterminée et, en dernière analyse, elle est plus politique que juridique. Enfin, si le droit est délimité avec plus de circonspection, comme je le propose, cette définition élargie de la justification n'est pas nécessaire. Je vais expliciter chacune de ces difficultés, en faisant valoir qu'elles suggèrent une conception plus limitée de la justification, savoir qu'il est loisible à l'État d'interdire l'exploitation de la ressource qui est incompatible avec son utilisation continue et responsable.

1996 CanLII 216 (SCC)

I turn first to the authorities. The doctrine of justification was elaborated in *Sparrow*. Dickson C.J. and La Forest J. endorsed a two-part test. First, the Crown must establish that the law or regulation at issue was enacted for a "compelling and substantial" (p. 1113) purpose. Conserving the resource was cited as such a purpose. Also valid, "would be objectives purporting to prevent the exercise of s. 35(1) rights that would cause harm to the general populace or to aboriginal peoples themselves" (p. 1113). Second, the government must show that the law or regulation is consistent with the fiduciary duty of the Crown toward aboriginal peoples. This means, Dickson C.J. and La Forest J. held, that the Crown must demonstrate that it has given the aboriginal fishery priority in a manner consistent with the views of Dickson J. (as he then was) in *Jack*: absolute priority to the Crown to act in accordance with conservation; clear priority to Indian food fishing; and "limited priority" for aboriginal commercial fishing "over the competing

Je vais d'abord examiner la jurisprudence. La doctrine de la justification a été élaborée dans l'arrêt *Sparrow*. Le juge en chef Dickson et le juge La Forest y ont approuvé un critère à deux volets. Premièrement, le ministère public doit établir que la loi ou le règlement en cause vise un objectif «impérieux et réel» (p. 1113). La conservation de la ressource a été mentionnée comme étant un objectif de cette nature. Seraient également valides des objectifs «visant apparemment à empêcher l'exercice de droits visés au par. 35(1) lorsque cet exercice nuirait à l'ensemble de la population ou aux peuples autochtones eux-mêmes» (p. 1113). Deuxièmement, le ministère public doit démontrer que la loi ou le règlement est compatible avec l'obligation de fiduciaire qu'assume l'État envers les peuples autochtones. Cela signifie, de conclure le juge en chef Dickson et le juge La Forest, que l'État doit prouver qu'il a donné priorité à la pêche autochtone d'une manière compatible avec l'opinion formulée par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Jack*: priorité absolue à l'État pour agir en conformité avec des objectifs de conservation; priorité manifeste à la pêche pratiquée par les Indiens à des fins alimentaires; et «priorité restreinte» à la pêche commerciale autochtone

303

demands of commercial and sport fishing" (p. 311).

304 The Chief Justice interprets the first requirement of the *Sparrow* test for justification, a compelling and substantial purpose, as extending to any goal which can be justified for the good of the community as a whole, aboriginal and non-aboriginal. This suggests that once conservation needs are met, the inquiry is whether the government objective is justifiable, having regard to regional interests and the interests of non-aboriginal fishers. The Chief Justice writes in *Gladstone* (at para. 75):

> . . . I would suggest that with regards to the distribution of the fisheries resource after conservation goals have been met, objectives such as the pursuit of economic and regional fairness, and the recognition of the historical reliance upon, and participation in, the fishery by non-aboriginal groups, are the type of objectives which can (at least in the right circumstances) satisfy this standard. [Emphasis added.]

305 Leaving aside the undefined limit of "proper circumstances", the historical reliance of the participation of non-aboriginal fishers in the fishery seems quite different from the compelling and substantial objectives this Court described in *Sparrow* — conservation of the resource, prevention of harm to the population, or prevention of harm to the aboriginal people themselves. These are indeed compelling objectives, relating to the fundamental conditions of the responsible exercise of the right. As such, it may safely be said that right-thinking persons would agree that these limits may properly be applied to the exercise of even constitutionally entrenched rights. Conservation, for example, is the condition upon which the right to use the resource is itself based; without conservation, there can be no right. The prevention of harm to others is equally compelling. No one can be permitted to exercise rights in a way that will harm others. For example, in the domain of property, the common law has long provided remedies against those who

«[sur les besoins de] la pêche commerciale et sportive» (p. 311).

Le Juge en chef estime que la première exigence du critère de justification établi dans *Sparrow*, savoir l'existence d'un objectif impérieux et réel, vise tout objectif qui peut être justifié comme étant pour le bien de l'ensemble de la collectivité, autochtone et non autochtone. Cela donne à penser que, une fois les besoins en matière de conservation assurés, l'examen vise à déterminer si l'objectif gouvernemental est justifiable, eu égard aux intérêts régionaux et à ceux des pêcheurs non autochtones. Le Juge en chef écrit ceci, dans l'arrêt *Gladstone* (au par. 75):

> . . . je dirais qu'en ce qui concerne la répartition de ressources halieutiques données, une fois que les objectifs de conservation ont été respectés, des objectifs tels que la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur ces ressources et participent à leur exploitation, sont le genre d'objectifs susceptibles (du moins dans les circonstances appropriées) de satisfaire à cette norme. [Je souligne.]

Indépendamment des contours indéfinis de la notion de «circonstances appropriées», la reconnaissance du fait que, historiquement, des pêcheurs non autochtones ont compté sur cette pêcherie et ont participé à son exploitation semble assez différent des objectifs impérieux et réels mentionnés par notre Cour dans *Sparrow* — conservation de la ressource ou prévention des activités nuisibles à l'ensemble de la population ou aux autochtones eux-mêmes. Voilà effectivement des objectifs impérieux, se rapportant aux conditions fondamentales de l'exercice responsable du droit en question. En conséquence, on peut sans crainte affirmer que toute personne sensée conviendrait que ces limites peuvent à juste titre s'appliquer même à l'exercice de droits inscrits dans la Constitution. La conservation, par exemple, est la condition sur laquelle repose le droit même d'exploiter la ressource, car sans conservation, point de droit. La prévention des activités nuisibles a également un caractère impérieux. En effet, nul ne peut être autorisé à exercer des droits d'une manière qui nuise à autrui. Ainsi, en droit des biens, la com-

1996 CanLII 216 (SCC)

pollute streams or use their land in ways that detrimentally affect others.

Viewed thus, the compelling objectives foreseen in *Sparrow* may be seen as united by a common characteristic; they constitute the essential pre-conditions of any civilized exercise of the right. It may be that future cases may endorse limitation of aboriginal rights on other bases. For the purposes of this case, however, it may be ventured that the range of permitted limitation of an established aboriginal right is confined to the exercise of the right rather than the diminution, extinguishment or transfer of the right to others. What are permitted are limitations of the sort that any property owner or right holder would reasonably expect — the sort of limitations which must be imposed in a civilized society if the resource is to be used now and in the future. They do not negate the right, but rather limit its exercise. The extension of the concept of compelling objective to matters like economic and regional fairness and the interests of non-aboriginal fishers, by contrast, would negate the very aboriginal right to fish itself, on the ground that this is required for the reconciliation of aboriginal rights and other interests and the consequent good of the community as a whole. This is not limitation required for the responsible exercise of the right, but rather limitation on the basis of the economic demands of non-aboriginals. It is limitation of a different order than the conservation, harm prevention type of limitation sanctioned in *Sparrow*.

The Chief Justice, while purporting to apply the *Sparrow* test for justification, deviates from its second requirement as well as the first, in my respectful view. Here the stipulations are that the limitation be consistent with the Crown's fiduciary duty to the aboriginal people and that it reflect the priority set out by Dickson J. in *Jack*. The duty of a

mon law reconnaît depuis longtemps des recours contre ceux qui polluent un cours d'eau ou exploitent leurs biens-fonds d'une manière nuisible à autrui.

306 Vus sous cet angle, les objectifs impérieux envisagés dans *Sparrow* peuvent être considérés comme possédant tous une caractéristique commune: ils constituent des préalables essentiels à tout exercice civilisé du droit en question. Il est possible que, dans des instances futures, des limites imposées à des droits ancestraux soient acceptées sur d'autres fondements. Toutefois, aux fins de la présente espèce, on peut dire que les différentes limites qui peuvent être imposées à un droit ancestral établi concernent l'exercice de ce droit et non sa dilution, son extinction ou son transfert à autrui. Sont permises les limites du genre de celles auxquelles tout propriétaire foncier ou titulaire d'un droit s'attendrait raisonnablement d'être assujetti — savoir le type de limites qui doivent être imposées dans une société civilisée pour assurer l'exploitation présente et future de la ressource. Ces limites n'ont pas pour effet de dénier le droit, mais plutôt de restreindre son exercice. En revanche, le fait d'élargir la notion d'objectif impérieux à des considérations telles que l'équité sur les plans économique et régional et les intérêts des pêcheurs non autochtones aurait pour effet de dénier le droit de pêche ancestral lui-même, pour le motif qu'une telle mesure est nécessaire pour concilier les droits ancestraux et d'autres intérêts, et ainsi assurer le bien de l'ensemble de la collectivité. Ce ne sont pas là des limites nécessaires à l'exercice responsable du droit en cause, mais plutôt de limites fondées sur les exigences économiques des non-autochtones. Il ne s'agit pas de limites du même ordre que la conservation des ressources ou la prévention des activités nuisibles, objectifs qui ont été approuvés dans *Sparrow*.

307 En toute déférence, même s'il se propose d'appliquer le critère de justification établi dans *Sparrow*, le Juge en chef s'écarte de la seconde exigence de ce critère tout comme de la première. En l'occurrence, cette exigence veut que la limite soit conforme à l'obligation de fiduciaire que l'État assume envers les autochtones et qu'elle tienne

1996 CanLII 216 (SCC)

fiduciary, or trustee, is to protect and conserve the interest of the person whose property is entrusted to him. In the context of aboriginal rights, this requires that the Crown not only preserve the aboriginal people's interest, but also manage it well: *Guerin*. The Chief Justice's test, however, would appear to permit the constitutional aboriginal fishing right to be conveyed by regulation, law or executive act to non-native fishers who have historically fished in the area in the interests of community harmony and reconciliation of aboriginal and non-aboriginal interests. Moreover, the Chief Justice's scheme has the potential to violate the priority scheme for fishing set out in *Jack*. On his test, once conservation is satisfied, a variety of other interests, including the historical participation of non-native fishers, may justify a variety of regulations governing distribution of the resource. The only requirement is that the distribution scheme "take into account" the aboriginal right. Such an approach, I fear, has the potential to violate not only the Crown's fiduciary duty toward native peoples, but also to render meaningless the "limited priority" to the non-commercial fishery endorsed in *Jack* and *Sparrow*.

308 Put another way, the Chief Justice's approach might be seen as treating the guarantee of aboriginal rights under s. 35(1) as if it were a guarantee of individual rights under the *Charter*. The right and its infringement are acknowledged. However, the infringement may be justified if this is in the interest of Canadian society as a whole. In the case of individual rights under the *Charter*, this is appropriate because s. 1 of the *Charter* expressly states that these rights are subject to such "reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". However, in the case of aboriginal rights guaranteed by s. 35(1) of the *Constitutional Act, 1982*, the framers of s. 35(1) deliberately chose not to subordinate the exercise of aboriginal rights to the good of

compte de l'ordre de priorité établi par le juge Dickson dans l'arrêt *Jack*. L'obligation d'un fiduciaire ou administrateur du bien d'autrui est de protéger et de préserver les intérêts de la personne dont les biens lui sont confiés. Dans le contexte des droits ancestraux, cette obligation emporte non seulement que l'État préserve les intérêts des autochtones, mais aussi qu'il les gère bien: *Guerin*. Or le critère du Juge en chef semble permettre que le droit de pêche ancestral reconnu par la Constitution soit accordé, par règlement, loi ou acte de l'exécutif, aux pêcheurs non autochtones qui ont historiquement pêché dans la région visée, au nom de l'harmonie sociale et de la conciliation des intérêts autochtones et non autochtones. Qui plus est, le critère du Juge en chef est susceptible de violer l'ordre de priorité en matière de pêche établi dans *Jack*. D'après le critère du Juge en chef, une fois les besoins de conservation pris en considération, divers autres intérêts, dont la participation historique des pêcheurs non autochtones à l'exploitation de la ressource, peuvent justifier la prise de règlements régissant la répartition de la ressource. La seule exigence est que le mécanisme de répartition «tienne compte» du droit ancestral. Une telle approche, je le crains, est susceptible de violer non seulement l'obligation de fiduciaire de l'État envers les peuples autochtones, mais aussi de priver de toute signification la «priorité restreinte» reconnue à la pêche commerciale dans les arrêts *Jack* et *Sparrow*.

En d'autres termes, l'approche du Juge en chef pourrait être interprétée comme traitant la garantie applicable aux droits ancestraux prévue au par. 35(1) comme s'il s'agissait de la garantie des droits individuels prévue par la *Charte*. Le droit et l'atteinte à celui-ci sont reconnus. Toutefois, l'atteinte peut être justifiée si elle est dans l'intérêt de l'ensemble de la société canadienne. Dans le cas des droits individuels protégés par la *Charte*, cela est approprié étant donné que l'article premier de la *Charte* prévoit expressément que ces droits peuvent être restreints «par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Toutefois, dans le cas des droits ancestraux garantis par le par. 35(1)

1996 CanLII 216 (SCC)

society as a whole. In the absence of an express limitation on the rights guaranteed by s. 35(1), limitations on them under the doctrine of justification must logically and as a matter of constitutional construction be confined, as *Sparrow* suggests, to truly compelling circumstances, like conservation, which is the *sine qua non* of the right, and restrictions like preventing the abuse of the right to the detriment of the native community or the harm of others — in short, to limitations which are essential to its continued use and exploitation. To follow the path suggested by the Chief Justice is, with respect, to read judicially the equivalent of s. 1 into s. 35(1), contrary to the intention of the framers of the Constitution.

de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les rédacteurs ont délibérément choisi de ne pas subordonner l'exercice des droits ancestraux au bien de l'ensemble de la société. En l'absence de limitation expresse des droits garantis par le par. 35(1), les limites qui leur sont imposées en vertu de la doctrine de la justification doivent, logiquement et conformément aux règles d'interprétation constitutionnelle, uniquement viser, comme l'indique l'arrêt *Sparrow*, des circonstances véritablement impérieuses telle la conservation, condition *sine qua non* de l'existence du droit en question, et des restrictions comme la prévention des exercices abusifs du droit nuisibles à la communauté autochtone ou à d'autres — en bref, les restrictions essentielles à l'utilisation et à l'exploitation continues de la ressource visée par le droit. En toute déférence, suivre la voie préconisée par le Juge en chef revient, pour les tribunaux, à considérer que s'applique au par. 35(1) l'équivalent de l'article premier, contrairement à l'intention des rédacteurs de la Constitution.

1996 CanLII 216 (SCC)

A second objection to the approach suggested by the Chief Justice is that it is indeterminate and ultimately may speak more to the politically expedient than to legal entitlement. The imprecision of the proposed test is apparent. "In the right circumstances", themselves undefined, governments may abridge aboriginal rights on the basis of an undetermined variety of considerations. While "account" must be taken of the native interest and the Crown's fiduciary obligation, one is left uncertain as to what degree. At the broadest reach, whatever the government of the day deems necessary in order to reconcile aboriginal and non-aboriginal interests might pass muster. In narrower incarnations, the result will depend on doctrine yet to be determined. Upon challenge in the courts, the focus will predictably be on the social justifiability of the measure rather than the rights guaranteed. Courts may properly be expected, the Chief Justice suggests, not to be overly strict in their review; as under s. 1 of the *Charter*, the courts should not negate the government decision, so long as it represents a "reasonable" resolution of conflicting interests. This, with respect, falls short of the "solid constitutional base upon which subsequent

Une deuxième objection à l'approche préconisée 309
par le Juge en chef est qu'elle est indéterminée et que, en dernière analyse, elle tient davantage de l'expédient politique que de la reconnaissance de droits. L'imprécision du critère proposé est manifeste. «Dans les circonstances appropriées» — circonstances elles-mêmes non définies —, les gouvernements pourraient restreindre des droits ancestraux pour une gamme indéterminée de considérations. Bien qu'il faille «tenir compte» des intérêts des autochtones et de l'obligation de fiduciaire de l'État, l'étendue de cette obligation n'est pas précisée. À la limite, toute mesure que le gouvernement estimerait nécessaire pour concilier les intérêts des autochtones et des non-autochtones pourrait être jugée acceptable. Dans des cas moins extrêmes, le résultat dépendra d'une doctrine qui reste à établir. En cas de contestation judiciaire, il est possible de prévoir que l'examen serait axé sur le caractère socialement justifiable de la mesure plutôt que sur les droits garantis. On peut à juste titre s'attendre, comme le suggère le Juge en chef, à ce que les tribunaux ne se montrent pas trop stricts dans leur examen. Tout comme dans les cas où ils sont appelés à appliquer l'article premier de

negotiations can take place" of which Dickson C.J. and La Forest J. wrote in *Sparrow*, at p. 1105.

la *Charte*, les tribunaux ne devraient pas annuler la décision du gouvernement dans la mesure où elle représente une solution «raisonnable» à un conflit d'intérêts opposés. En toute déférence, cela ne constitue pas le «fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises», dont ont fait état le juge en chef Dickson et le juge La Forest dans l'arrêt *Sparrow*, à la p. 1105.

310 My third observation is that the proposed departure from the principle of justification elaborated in *Sparrow* is unnecessary to provide the "reconciliation" of aboriginal and non-aboriginal interests which is said to require it. The Chief Justice correctly identifies reconciliation between aboriginal and non-aboriginal communities as a goal of fundamental importance. This desire for reconciliation, in many cases long overdue, lay behind the adoption of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. As *Sparrow* recognized, one of the two fundamental purposes of s. 35(1) was the achievement of a just and lasting settlement of aboriginal claims. The Chief Justice also correctly notes that such a settlement must be founded on reconciliation of aboriginal rights with the larger non-aboriginal culture in which they must, of necessity, find their exercise. It is common ground that ". . . a morally and politically defensible conception of aboriginal rights will incorporate both [the] legal perspectives" of the "two vastly dissimilar legal cultures" of European and aboriginal cultures: Walters, *supra*, at pp. 413 and 412, respectively. The question is how this reconciliation of the different legal cultures of aboriginal and non-aboriginal peoples is to be accomplished. More particularly, does the goal of reconciliation of aboriginal and non-aboriginal interests require that we permit the Crown to require a judicially authorized transfer of the aboriginal right to non-aboriginals without the consent of the aboriginal people, without treaty, and without compensation? I cannot think it does.

Ma troisième observation est que la dérogation proposée à la norme de justification établie dans *Sparrow* n'est pas, contrairement à ce qu'on prétend, nécessaire à la «conciliation» des intérêts des autochtones et des non-autochtones. Le Juge en chef a raison de dire que la réconciliation entre les communautés autochtones et non autochtones est un objectif d'une importance fondamentale. Ce désir de réconciliation qui, dans de nombreux cas, tarde depuis trop longtemps a inspiré l'adoption du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme il a été reconnu dans *Sparrow*, l'un des deux objets fondamentaux du par. 35(1) était la réalisation d'un règlement juste et durable des revendications autochtones. Le Juge en chef souligne aussi à juste titre qu'un tel règlement doit reposer sur la conciliation des droits ancestraux avec la culture non autochtone plus large dans laquelle ils doivent, par nécessité, être exercés. Il est bien établi qu' [TRADUCTION] «une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera [les . . .] points de vue [. . .]» de «deux cultures juridiques extrêmement dissemblables», les cultures européenne et autochtone: Walters, *loc. cit.*, aux pp. 413 et 412 respectivement. La question est de savoir comment s'accomplira cette conciliation des cultures juridiques différentes des peuples autochtones et non autochtones. Plus particulièrement, est-ce que l'objectif de conciliation des intérêts des autochtones et des non-autochtones exige que nous permettions à l'État de demander que le droit ancestral soit transféré à des non-autochtones, avec l'aval des tribunaux, sans le consentement des autochtones concernés, sans conclusion d'un traité et sans indemnisation? Je ne peux imaginer que ce soit le cas.

1996 CanLII 216 (SCC)

My reasons are twofold. First, as suggested earlier, if we adopt a conception of aboriginal rights founded in history and the common law rather than what is "integral" to the aboriginal culture, the need to adopt an expansive concept of justification diminishes. As the Chief Justice observes, the need to expand the *Sparrow* test stems from the lack of inherent limits on the aboriginal right to commercial fishing he finds to be established in *Gladstone*. On the historical view I take, the aboriginal right to fish for commerce is limited to supplying what the aboriginal people traditionally took from the fishery. Since these were not generally societies which valued excess or accumulated wealth, the measure will seldom, on the facts, be found to exceed the basics of food, clothing and housing, supplemented by a few amenities. This accords with the "limited priority" for aboriginal commercial fishing that this Court endorsed in *Sparrow*. Beyond this, commercial and sports fishermen may enjoy the resource as they always have, subject to conservation. As suggested in *Sparrow*, the government should establish what is required to meet what the aboriginal people traditionally by law and custom took from the river or sea, through consultation and negotiation with the aboriginal people. In normal years, one would expect this to translate to a relatively small percentage of the total commercial fishing allotment. In the event that conservation concerns virtually eliminated commercial fishing, aboriginal commercial fishing, limited as it is, could itself be further reduced or even eliminated.

Mes raisons sont de deux ordres. Premièrement, 311
si, comme il a été suggéré précédemment, nous adoptons une conception des droits ancestraux fondée sur l'histoire et la common law plutôt que sur la notion de «partie intégrante» de la culture autochtone, le besoin de recourir à un critère élargi de justification diminue. Comme le fait observer le Juge en chef, la nécessité d'élargir le critère établi dans *Sparrow* découle du fait que le droit ancestral de pêche commerciale qu'il a jugé établi dans *Gladstone* ne comporte pas de limites intrinsèques. Or, suivant le point de vue historique que j'adopte, le droit ancestral de pêcher à des fins commerciales ne vise qu'à procurer aux autochtones ce qu'ils ont traditionnellement tiré de l'exploitation de la pêcherie. Comme il ne s'agissait généralement pas de sociétés qui valorisaient l'accumulation de surplus ou de richesses, les besoins à combler dépasseront rarement, dans les faits, les choses essentielles, c'est-à-dire la nourriture, le vêtement et le logement, complétées par quelques commodités de la vie. Cette conclusion est conforme à la «priorité restreinte» reconnue à la pêche commerciale autochtone par notre Cour dans *Sparrow*. Une fois ces priorités respectées, les pêcheurs commerciaux et sportifs peuvent jouir de la ressource comme ils l'ont toujours fait, sous réserve des exigences de conservation. Comme il a été suggéré dans *Sparrow*, l'État devrait établir, par voie de consultations et de négociations, les quantités requises pour procurer aux autochtones concernés ce qu'ils ont traditionnellement tiré de l'exploitation de la rivière, du fleuve ou de la mer conformément à leurs lois et coutumes. Au cours des années normales, on peut s'attendre à ce que cela se traduise par un pourcentage relativement peu élevé des prises totales accordées à la pêche commerciale. Dans l'hypothèse où, pour des besoins de conservation, il faudrait supprimer pratiquement toute pêche commerciale, la pêche commerciale autochtone, déjà restreinte comme elle l'est, pourrait elle-même être réduite davantage, voire supprimée.

On this view, the right imposes its own internal limit — equivalence with what by ancestral law and custom the aboriginal people in question took from the resource. The government may impose

De ce point de vue, le droit comporte sa propre 312
limite intrinsèque, savoir l'équivalent de ce que, conformément aux lois et coutumes ancestrales, les autochtones concernés tiraient de la ressource.

1996 CanLII 216 (SCC)

additional limits under the rubric of justification to ensure that the right is exercised responsibly and in a way that preserves it for future generations. There is no need to impose further limits on it to affect reconciliation between aboriginal and non-aboriginal peoples.

L'État peut, en respectant le critère de justification, imposer des limites additionnelles visant à faire en sorte que le droit soit exercé de façon responsable et de manière à en assurer la jouissance aux générations futures. Il n'est cependant nul besoin de limiter davantage le droit pour permettre la réconciliation des autochtones et des non-autochtones.

313 The second reason why it is unnecessary to adopt the broad doctrine of justification proposed by the Chief Justice is that other means, yet unexploited, exist for resolving the different legal perspectives of aboriginal and non-aboriginal people. In my view, a just calibration of the two perspectives starts from the premise that full value must be accorded to such aboriginal rights as may be established on the facts of the particular case. Only by fully recognizing the aboriginal legal entitlement can the aboriginal legal perspective be satisfied. At this stage of the process — the stage of defining aboriginal rights — the courts have an important role to play. But that is not the end of the matter. The process must go on to consider the non-aboriginal perspective — how the aboriginal right can be legally accommodated within the framework of non-aboriginal law. Traditionally, this has been done through the treaty process, based on the concept of the aboriginal people and the Crown negotiating and concluding a just solution to their divergent interests, given the historical fact that they are irretrievably compelled to live together. At this stage, the stage of reconciliation, the courts play a less important role. It is for the aboriginal peoples and the other peoples of Canada to work out a just accommodation of the recognized aboriginal rights. This process — definition of the rights guaranteed by s. 35(1) followed by negotiated settlements — is the means envisioned in *Sparrow*, as I perceive it, for reconciling the aboriginal and non-aboriginal legal perspectives. It has not as yet been tried in the case of the Sto:lo. A century and one-half after European settlement, the Crown has yet to conclude a treaty with them. Until we have exhausted the traditional means by which aboriginal and non-aboriginal legal perspectives may be reconciled, it seems difficult to assert that it is necessary for the courts to suggest more

La seconde raison pour laquelle il n'est pas nécessaire de recourir au critère élargi de justification proposé par le Juge en chef est qu'il existe d'autres moyens, encore inexploités, de concilier les points de vue juridiques différents des autochtones et des non-autochtones. À mon avis, la recherche d'un juste équilibre entre les deux points de vue part du postulat qu'il faut accorder leur pleine valeur aux droits ancestraux dont les faits d'une espèce particulière établissent l'existence. Ce n'est qu'en reconnaissant pleinement les droits ancestraux des autochtones que leur point de vue juridique pourra être respecté. À cette étape du processus — la définition des droits ancestraux — les tribunaux ont un rôle important à jouer. Mais le processus ne s'arrête pas là. Il doit se poursuivre par la prise en considération du point de vue non autochtone, c'est-à-dire l'examen de la question de savoir comment le droit ancestral en cause peut juridiquement s'inscrire dans le cadre du droit non autochtone. Traditionnellement, cela s'est fait par voie de traité, conclu au terme de négociations entre le peuple autochtone concerné et l'État et visant à trouver une solution équitable à leurs intérêts divergents, compte tenu du fait historique qu'ils sont irrémédiablement tenus de cohabiter. À cette étape, celle de la conciliation, les tribunaux jouent un rôle moins important. En effet, il appartient aux peuples autochtones et aux autres habitants du Canada de trouver un juste compromis à l'égard des droits ancestraux reconnus. Ce processus — c'est-à-dire la définition des droits garantis par le par. 35(1), suivie de règlements négociés — est, à mon sens, le moyen envisagé dans *Sparrow* pour concilier les points de vue juridiques des autochtones et des non-autochtones. Il n'a pas encore été mis à l'épreuve dans le cas des Sto:lo. Un siècle et demi après l'arrivée des Européens, l'État n'a pas encore conclu de traité avec les

1996 CanLII 216 (SCC)

radical methods of reconciliation possessing the potential to erode aboriginal rights seriously.

Sto:lo. Tant que les moyens traditionnels de conciliation des points de vue juridiques des autochtones et des non-autochtones n'auront pas été épuisés, il paraît difficile d'affirmer qu'il est nécessaire que les tribunaux proposent des méthodes de conciliation plus radicales, susceptibles de miner gravement les droits ancestraux.

I have argued that the broad approach to justification proposed by the Chief Justice does not conform to the authorities, is indeterminate, and is, in the final analysis unnecessary. Instead, I have proposed that justifiable limitation of aboriginal rights should be confined to regulation to ensure their exercise conserves the resource and ensures responsible use. There remains a final reason why the broader view of justification should not be accepted. It is, in my respectful opinion, unconstitutional.

J'ai avancé que le critère élargi de justification proposé par le Juge en chef n'est pas conforme à la jurisprudence, qu'il est indéterminé et, en dernière analyse, qu'il est inutile. Au lieu de ce critère, j'ai suggéré que seraient justifiables les limites qui seraient imposées aux droits ancestraux uniquement pour en réglementer l'exercice afin d'assurer la conservation de la ressource et l'utilisation responsable de celle-ci. Il y a une dernière raison pour laquelle le critère élargi de justification ne devrait pas être retenu. En toute déférence, il est inconstitutionnel. 314

The Chief Justice's proposal comes down to this. In certain circumstances, aboriginals may be required to share their fishing rights with non-aboriginals in order to effect a reconciliation of aboriginal and non-aboriginal interests. In other words, the Crown may convey a portion of an aboriginal fishing right to others, not by treaty or with the consent of the aboriginal people, but by its own unilateral act. I earlier suggested that this has the potential to violate the Crown's fiduciary duty to safeguard aboriginal rights and property. But my concern is more fundamental. How, without amending the Constitution, can the Crown cut down the aboriginal right? The exercise of the rights guaranteed by s. 35(1) is subject to reasonable limitation to ensure that they are used responsibly. But the rights themselves can be diminished only through treaty and constitutional amendment. To reallocate the benefit of the right from aboriginals to non-aboriginals, would be to diminish the substance of the right that s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* guarantees to the aboriginal people. This no court can do.

La proposition du Juge en chef peut se résumer ainsi. Dans certaines circonstances, les autochtones peuvent être requis de partager leurs droits de pêche avec des non-autochtones au nom de la conciliation des intérêts des autochtones et des non-autochtones. En d'autres termes, l'État peut accorder à d'autres une portion d'un droit ancestral de pêche, et ce non pas par traité ou avec le consentement des autochtones visés, mais de son propre chef, par décision unilatérale. J'ai dit précédemment que cette méthode était susceptible de violer l'obligation de fiduciaire qu'a l'État de protéger les droits et les biens autochtones. Mais ma préoccupation est plus fondamentale. Comment, sans modifier la Constitution, l'État peut-il diminuer le droit ancestral? L'exercice des droits garantis par le par. 35(1) peut être assujetti à des limites raisonnables, visant à ce que ceux-ci soient utilisés de façon responsable. Mais les droits eux-mêmes ne peuvent être diminués que par traité ou modification constitutionnelle. Enlever les avantages du droit ancestral à des autochtones pour les attribuer à des non-autochtones aurait pour effet de diminuer la substance du droit que le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* garantit aux autochtones. Cela, aucun tribunal ne peut le faire. 315

1996 CanLII 216 (SCC)

316 I therefore conclude that a government limitation on an aboriginal right may be justified, provided the limitation is directed to ensuring the conservation and responsible exercise of the right. Limits beyond this cannot be saved on the ground that they are required for societal peace or reconciliation. Specifically, limits that have the effect of transferring the resource from aboriginal people without treaty or consent cannot be justified. Short of repeal of s. 35(1), such transfers can be made only with the consent of the aboriginal people. It is for the governments of this country and the aboriginal people to determine if this should be done, not the courts. In the meantime, it is the responsibility of the Crown to devise a regulatory scheme which ensures the responsible use of the resource and provides for the division of what remains after conservation needs have been met between aboriginal and non-aboriginal peoples.

317 The picture of aboriginal rights that emerges resembles that put forward by Dickson J. (as he then was) in *Jack* and endorsed in *Sparrow*. Reasoning from the premise that the *British Columbia Terms of Union*, R.S.C., 1985, App. II, No. 10, required the federal government to adopt an aboriginal "policy as liberal" as that of the colonial government of British Columbia, Dickson J. opined at p. 311:

> . . . one could suggest that "a policy as liberal" would require clear priority to Indian food fishing and some priority to limited commercial fishing over the competing demands of commercial and sport fishing. Finally, there can be no serious question that conservation measures for the preservation of the resource — effectively unknown to the regulatory authorities prior to 1871 — should take precedence over any fishing, whether by Indians, sportsmen, or commercial fishermen.

318 The relationship between the relative interests in a fishery with respect to which an aboriginal right has been established in the full sense, that is of

J'en arrive par conséquent à la conclusion que la restriction par le gouvernement d'un droit ancestral peut être justifiée, pourvu qu'elle vise à assurer la conservation de la ressource et l'exercice responsable du droit. La validité de restrictions qui iraient plus loin ne saurait être sauvegardée pour le motif que celles-ci sont nécessaires pour assurer la réconciliation ou la paix sociales. Plus précisément, des restrictions ayant pour effet de retirer à des autochtones la jouissance de la ressource pour la transférer à d'autres, et ce sans conclure de traité avec les premiers ou obtenir leur consentement, ne sauraient être justifiées. À moins d'abrogation du par. 35(1), pareils transferts ne peuvent survenir qu'avec le consentement des autochtones visés. C'est aux gouvernements de ce pays et aux autochtones qu'il revient d'en décider, non aux tribunaux. Dans l'intervalle, l'État a la responsabilité de concevoir un régime de réglementation assurant l'utilisation responsable de la ressource et pourvoyant à la répartition, entre les autochtones et les non-autochtones, de ce qui est disponible après avoir tenu compte des besoins de conservation.

Le tableau des droits ancestraux qui se dégage de ce qui précède ressemble à celui brossé par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Jack* et approuvé dans *Sparrow*. Partant du postulat que les *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*, L.R.C. (1985), app. II, nº 10, exigeaient du gouvernement fédéral qu'il adopte une «ligne de conduite aussi libérale» que celle du gouvernement colonial de la Colombie-Britannique, le juge Dickson a exprimé l'avis suivant, à la p. 311:

> . . . il est permis de penser qu'on entendait par l'expression «une ligne de conduite aussi libérale», accorder la première priorité à la pêche par les Indiens à des fins d'alimentation et une certaine priorité à une pêche commerciale restreinte, [sur les besoins de] la pêche commerciale et sportive. Finalement, il est clair que les mesures destinées à la protection des ressources — totalement absentes des textes réglementaires avant 1871 — priment sur tout genre de pêche, qu'il s'agisse de la pêche par les Indiens, de pêche commerciale ou sportive.

Les rapports entre les divers intérêts dans une pêcherie à l'égard de laquelle a été établie l'existence d'un droit ancestral au sens plein du terme

1996 CanLII 216 (SCC)

food, ceremony and articles to meet other needs obtained directly from the fishery or through trade and barter of fish products, may be summarized as follows:

1. The state may limit the exercise of the right of the aboriginal people, for purposes associated with the responsible use of the right, including conservation and prevention of harm to others;

2. Subject to these limitations, the aboriginal people have a priority to fish for food, ceremony, as well as supplementary sustenance defined in terms of the basic needs that the fishery provided to the people in ancestral times;

3. Subject to (1) and (2) non-aboriginal peoples may use the resource.

In times of plentitude, all interests may be satisfied. In times of limited stocks, aboriginal food fishing will have priority, followed by additional aboriginal commercial fishing to satisfy the sustenance the fishery afforded the particular people in ancestral times. The aboriginal priority to commercial fishing is limited to satisfaction of these needs, which typically will be confined to basic amenities. In this sense, the right to fish for commerce is a "limited" priority. If there is insufficient stock to satisfy the entitlement of all aboriginal peoples after required conservation measures, allocations must be made between them. Allocations between aboriginal peoples may also be required to ensure that upstream bands are allowed their fair share of the fishery, whether for food or supplementary sustenance. All this is subject to the overriding power of the state to limit or indeed, prohibit fishing in the interests of conservation.

— savoir le droit de pêcher à des fins alimentaires et rituelles et pour satisfaire d'autres besoins qui étaient comblés directement par l'exploitation de la pêcherie ou par la vente et l'échange du poisson et des produits du poisson — peuvent se résumer ainsi:

1. l'État peut limiter l'exercice du droit des autochtones visés à des fins liées à l'exercice responsable du droit, y compris la conservation de la ressource et la prévention des activités nuisibles à autrui;

2. sous réserve de ces limites, les autochtones visés ont la priorité pour pêcher à des fins alimentaires et rituelles, ainsi qu'à des fins supplémentaires de subsistance, c'est-à-dire pour satisfaire les besoins fondamentaux que la pêcherie permettait à leurs ancêtres de combler;

3. sous réserve des par. (1) et (2), les non-autochtones peuvent exploiter la ressource.

En périodes d'abondance des stocks, tous les intérêts peuvent être comblés. En périodes de rareté, la pêche autochtone à des fins alimentaires aura la priorité, suivie d'un droit additionnel de pêcher commercialement à des fins de subsistance pour satisfaire les besoins que la pêcherie permettait à leurs ancêtres de combler. La priorité des autochtones en matière de pêche commerciale est restreinte à ce qui est requis pour satisfaire ces besoins, lesquels se limiteront d'ordinaire aux besoins fondamentaux. En ce sens, le droit de pêcher à des fins commerciales ne jouit que d'une priorité «restreinte». Si les stocks de poisson ne permettent pas de satisfaire les besoins des divers peuples autochtones concernés, une fois prises les mesures de conservation requises, la ressource doit alors être répartie entre ceux-ci. Il est également possible que, dans la répartition, il faille assurer aux bandes vivant en amont leur juste part de la pêche, que ce soit à des fins alimentaires ou à des fins supplémentaires de subsistance. Toutes ces mesures sont subordonnées au pouvoir prépondérant de l'État de limiter, voire de prohiber la pêche pour des fins de conservation de la ressource. 319

1996 CanLII 216 (SCC)

320 The consequence of this system of priorities is that the Crown may limit aboriginal fishing by aboriginal people found to possess a right to fish for sustenance on two grounds: (1) on the ground that a limited amount of fish is required to satisfy the basic sustenance requirement of the band, and (2) on the ground of conservation and other limits required to ensure the responsible use of the resource (justification).

321 Against this background, I return to the question of whether the regulation preventing the Sto:lo from selling any fish is justified. In my view it is not. No compelling purpose such as that proposed in *Sparrow* has been demonstrated. The denial to the Sto:lo of their right to sell fish for basic sustenance has not been shown to be required for conservation or for other purposes related to the continued and responsible exploitation of the resource. The regulation, moreover, violates the priorities set out in *Jack* and *Sparrow* and breaches the fiduciary duty of the Crown to preserve the rights of the aboriginal people to fish in accordance with their ancestral customs and laws by summarily denying an important aspect of the exercise of the right.

4. Conclusion

322 I would allow the appeal to the extent of confirming the existence in principle of an aboriginal right to sell fish for sustenance purposes, and set aside the appellant's conviction. I would answer the constitutional question as follows:

Question: Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read on September 11, 1987, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, invoked by the appellant?

Ce régime de priorités a pour conséquence que l'État peut limiter le droit de pêcher à des fins de subsistance reconnu à une bande autochtone pour deux motifs: (1) parce qu'une quantité limitée de poisson est nécessaire pour satisfaire les besoins fondamentaux de la bande, et (2) pour des fins de conservation de la ressource et parce que d'autres restrictions sont nécessaires pour l'utilisation responsable de celle-ci (justification).

Sur cette toile de fond, je reviens à la question de savoir si la disposition réglementaire qui interdit complètement aux Sto:lo de vendre du poisson est justifiée. À mon avis, elle ne l'est pas. Aucun objectif impérieux du genre de ceux évoqués dans *Sparrow* n'a été établi. Il n'a pas été démontré qu'il était nécessaire, pour des fins de conservation de la ressource ou pour d'autres fins se rapportant à l'exploitation continue et responsable de celle-ci, de dénier au peuple Sto:lo le droit de vendre du poisson pour subvenir à ses besoins fondamentaux. Qui plus est, la disposition réglementaire viole l'ordre de priorité énoncé dans les arrêts *Jack* et *Sparrow* et elle contrevient à l'obligation de fiduciaire qu'a l'État de préserver les droits des autochtones concernés de pêcher conformément à leurs lois et coutumes ancestrales, en leur déniant sommairement un aspect important de l'exercice de ce droit.

4. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer l'existence en principe d'un droit ancestral de vendre du poisson à des fins de subsistance. J'annulerais la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelante et répondrais comme suit à la question constitutionnelle:

Question: Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait le 11 septembre 1987, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

1996 CanLII 216 (SCC)

Answer: Section 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read on September 11, 1987, is of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, as invoked by the appellant.

Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ *and* MCLACHLIN *JJ. dissenting.*

Solicitors for the appellant: Mandell, Pinder, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Fisheries Council of British Columbia: J. Keith Lowes, Vancouver.

Solicitors for the interveners the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the First Nations Summit: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Solicitors for the interveners Delgamuukw et al.: Rush Crane, Guenther & Adams, Vancouver.

Solicitors for the interveners Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner: Pape & Salter, Vancouver.

Réponse: Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait le 11 septembre 1987, est, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque.

Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ *et* MCLACHLIN *sont dissidentes.*

Procureurs de l'appelante: Mandell, Pinder, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le Fisheries Council of British Columbia: J. Keith Lowes, Vancouver.

Procureurs des intervenantes la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le First Nations Summit: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Procureurs des intervenants Delgamuukw et autres: Rush Crane, Guenther & Adams, Vancouver.

Procureurs des intervenants Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner: Pape & Salter, Vancouver.

1996 CanLII 216 (SCC)

8

Norm Ringstad, in his capacity as the Project Assessment Director of the Tulsequah Chief Mine Project, Sheila Wynn, in her capacity as the Executive Director, Environmental Assessment Office, the Minister of Environment, Lands and Parks, and the Minister of Energy and Mines and Minister Responsible for Northern Development *Appellants*

v.

Taku River Tlingit First Nation and Melvin Jack, on behalf of himself and all other members of the Taku River Tlingit First Nation, Redfern Resources Ltd., and Redcorp Ventures Ltd. formerly known as Redfern Resources Ltd. *Respondents*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Attorney General of Alberta, Business Council of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of Commerce, British Columbia Wildlife Federation, Council of Forest Industries, Mining Association of British Columbia, Aggregate Producers Association of British Columbia, Doig River First Nation, First Nations Summit, and Union of British Columbia Indian Chiefs *Interveners*

Indexed as: Taku River Tlingit First Nation *v.* British Columbia (Project Assessment Director)

Norm Ringstad, en sa qualité de directeur d'évaluation de projet pour le Projet de la mine Tulsequah Chief, Sheila Wynn, en sa qualité de directrice administrative, Bureau des évaluations environnementales, le ministre de l'Environnement, des Terres et des Parcs, et le ministre de l'Énergie et des Mines et ministre responsable du Développement du Nord *Appelants*

c.

Première nation Tlingit de Taku River et Melvin Jack, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la Première nation Tlingit de Taku River, Redfern Resources Ltd., et Redcorp Ventures Ltd. auparavant connue sous le nom de Redfern Resources Ltd. *Intimés*

et

Procureur général du Canada, procureur général du Québec, procureur général de l'Alberta, Business Council of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of Commerce, British Columbia Wildlife Federation, Council of Forest Industries, Mining Association of British Columbia, Aggregate Producers Association of British Columbia, Première nation de Doig River, Sommet des Premières nations et Union of British Columbia Indian Chiefs *Intervenants*

Répertorié : Première nation Tlingit de Taku River *c.* Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)

2004 SCC 74 (CanLII)

Neutral citation: 2004 SCC 74.

File No.: 29146.

2004: March 24; 2004: November 18.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Crown — Honour of Crown — Duty to consult and accommodate Aboriginal peoples — Whether Crown has duty to consult and accommodate Aboriginal peoples prior to making decisions that might adversely affect their as yet unproven Aboriginal rights and title claims — If so, whether consultation and accommodation engaged in by Province prior to issuing project approval certificate was adequate to satisfy honour of Crown.

Since 1994, a mining company has sought permission from the British Columbia government to re-open an old mine. The Taku River Tlingit First Nation ("TRTFN"), which participated in the environmental assessment process engaged in by the Province under the *Environmental Assessment Act*, objected to the company's plan to build a road through a portion of the TRTFN's traditional territory. The Province granted the project approval certificate in 1998. The TRTFN brought a petition to quash the decision on grounds based on administrative law and on its Aboriginal rights and title. The chambers judge concluded that the decision makers had not been sufficiently careful during the final months of the assessment process to ensure that they had effectively addressed the substance of the TRTFN's concerns. She set aside the decision and directed a reconsideration. The majority of the Court of Appeal upheld the decision, finding that the Province had failed to meet its duty to consult with and accommodate the TRTFN.

Held: The appeal should be allowed.

The Crown's duty to consult and accommodate Aboriginal peoples, even prior to proof of asserted Aboriginal rights and title, is grounded in the principle of the honour of the Crown, which derives from the Crown's assertion of sovereignty in the face of prior Aboriginal occupation. The Crown's honour cannot be interpreted

Référence neutre : 2004 CSC 74.

N^{o} du greffe : 29146.

2004 : 24 mars; 2004 : 18 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps et Fish.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Couronne — Honneur de la Couronne — Obligation de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements à leurs préoccupations — La Couronne a-t-elle l'obligation de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements à leurs préoccupations avant de prendre une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des revendications de droits et titres ancestraux non encore prouvées? — Dans l'affirmative, les mesures de consultation et d'accommodement adoptées par la province avant de délivrer le certificat d'approbation de projet étaient-elles suffisantes pour préserver l'honneur de la Couronne?

Depuis 1994, une entreprise d'exploitation minière demande au gouvernement de la Colombie-Britannique l'autorisation de rouvrir une vieille mine. La Première nation Tlingit de Taku River (« PNTTR »), qui a participé à l'évaluation environnementale effectuée par la province conformément à l'*Environmental Assessment Act*, s'est opposée au projet de l'entreprise de construire une route sur une partie de son territoire traditionnel. La province a octroyé le certificat d'approbation de projet en 1998. Invoquant des moyens fondés sur le droit administratif et sur son titre et ses droits ancestraux, la PNTTR a présenté une demande visant à faire annuler la décision. La juge en son cabinet a conclu que les décideurs n'avaient fait preuve de suffisamment de prudence durant les derniers mois de l'évaluation afin de s'assurer qu'ils avaient bien répondu à l'essentiel des préoccupations de la PNTTR. Elle a annulé la décision et a ordonné le réexamen de la demande. La majorité de la Cour d'appel a confirmé la décision, concluant que la province ne s'était pas acquittée de son obligation de consulter la PNTTR et de trouver des accommodements aux préoccupations de cette dernière.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

L'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements à leurs préoccupations, même avant que l'existence des droits et titre ancestraux revendiqués n'ait été établie, repose sur le principe de l'honneur de la Couronne, qui découle de l'affirmation de la souveraineté de la

2004 SCC 74 (CanLII)

narrowly or technically, but must be given full effect in order to promote the process of reconciliation mandated by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The duty to consult varies with the circumstances. It arises when a Crown actor has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it. This in turn may lead to a duty to accommodate Aboriginal concerns. Responsiveness is a key requirement of both consultation and accommodation. The scope of the duty to consult is proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed.

The Crown's obligation to consult the TRTFN was engaged in this case. The Province was aware of the TRTFN's title and rights claims and knew that the decision to reopen the mine had the potential to adversely affect the substance of the TRTFN's claims. The TRTFN's claim is relatively strong, supported by a *prima facie* case, as attested to by its inclusion in the Province's treaty negotiation process. While the proposed road is to occupy only a small portion of the territory over which the TRTFN asserts title, the potential for negative derivative impacts on the TRTFN's claims is high. On the spectrum of consultation required by the honour of the Crown, the TRTFN was entitled to more than minimum consultation under the circumstances, and to a level of responsiveness to its concerns that can be characterized as accommodation. It is impossible, however, to provide a prospective checklist of the level of consultation required.

In this case, the process engaged in by the Province under the *Environmental Assessment Act* fulfilled the requirements of its duty to consult and accommodate. The TRTFN was part of the Project Committee, participating fully in the environmental review process. Its views were put before the decision makers, and the final project approval contained measures designed to address both its immediate and its long-term concerns. The Province was not under a duty to reach agreement with the TRTFN, and its failure to do so did not breach the obligations of good faith that it owed the TRTFN. Finally, it is expected that, throughout the permitting, approval and licensing process, as well as in the

Couronne face à l'occupation antérieure des terres par les peuples autochtones. Le principe de l'honneur de la Couronne ne peut recevoir une interprétation étroite ou formaliste. Au contraire, il convient de lui donner plein effet afin de promouvoir le processus de conciliation prescrit par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'obligation de consulter varie selon les circonstances. Elle naît lorsqu'un représentant de la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle d'un droit ou titre ancestral et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ce droit ou ce titre. Cette obligation peut, à son tour, donner lieu à l'obligation de trouver des accommodements aux préoccupations des Autochtones. La volonté de répondre aux préoccupations est un élément clé tant à l'étape de la consultation qu'à celle de l'accommodement. L'étendue de l'obligation de consultation dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou titre.

En l'espèce, la Couronne avait l'obligation de consulter la PNTTR. La province était au courant des revendications de titre et de droits de la PNTTR et elle savait que la décision de rouvrir la mine pouvait avoir un effet préjudiciable sur le fond de ses revendications. Les revendications de la PNTTR sont relativement solides et à première vue fondées, comme le démontre le fait qu'elles ont été acceptées en vue de la négociation d'un traité. La route proposée n'occupe qu'une petite partie du territoire sur lequel la PNTTR revendique un titre; toutefois, le risque de conséquences négatives sur les revendications est élevé. En ce qui concerne le niveau de consultation que requiert le principe de l'honneur de la Couronne, la PNTTR avait droit à davantage que le minimum prescrit dans les circonstances et elle avait le droit de s'attendre à une volonté de répondre à ses préoccupations qui puisse être qualifiée d'accommodement. Il est cependant impossible de déterminer à l'avance le niveau de consultation requis.

En l'espèce, la province s'est acquittée de son obligation de consultation et d'accommodement en engageant le processus prévu à l'*Environmental Assessment Act*. La PNTTR faisait partie du comité d'examen du projet et elle a participé à part entière à l'examen environnemental. Ses vues ont été exposées aux décideurs et le certificat d'approbation du projet final contenait des mesures visant à répondre à ses préoccupations, à court comme à long terme. La province n'avait pas l'obligation de se mettre d'accord avec la PNTTR et le fait qu'elle n'y soit pas parvenue ne constitue pas un manquement à son obligation d'agir de bonne foi avec la PNTTR. Enfin, on s'attend à ce que, à chacune des étapes (permis, licences et

2004 SCC 74 (CanLII)

development of a land use strategy, the Crown will continue to fulfill its honourable duty to consult and, if appropriate, accommodate the TRTFN.

Cases Cited

Applied: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73; **referred to:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Environmental Assessment Act, R.S.B.C. 1996, c. 119 [rep. 2002, c. 43, s. 58], ss. 2, 7, 9, 10, 14 to 18, 19(1), 21, 22, 23, 29, 30(1).
Judicial Review Procedure Act, R.S.B.C. 1996, c. 241.
Mine Development Assessment Act, S.B.C. 1990, c. 55.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2002), 211 D.L.R. (4th) 89, [2002] 4 W.W.R. 19, 163 B.C.A.C. 164, 267 W.A.C. 164, 98 B.C.L.R. (3d) 16, 42 C.E.L.R. (N.S.) 169, [2002] 2 C.N.L.R. 312, 91 C.R.R. (2d) 260, [2002] B.C.J. No. 155 (QL), 2002 BCCA 59, affirming a decision of the British Columbia Supreme Court (2000), 77 B.C.L.R. (3d) 310, 34 C.E.L.R. (N.S.) 209, [2000] B.C.J. No. 1301 (QL), 2000 BCSC 1001. Appeal allowed.

Paul J. Pearlman, *Q.C.*, and *Kathryn L. Kickbush*, for the appellants.

Arthur C. Pape, *Jean Teillet* and *Richard B. Salter*, for the respondents Taku River Tlingit First Nation and Melvin Jack, on behalf of himself and all other members of the Taku River Tlingit First Nation.

Randy J. Kaardal and *Lisa Hynes*, for the respondents Redfern Resources Ltd. and Redcorp Ventures Ltd. formerly known as Redfern Resources Ltd.

Mitchell Taylor and *Brian McLaughlin*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Pierre-Christian Labeau, for the intervener the Attorney General of Quebec.

autres autorisations) ainsi que lors de l'élaboration d'une stratégie d'utilisation des terres, la Couronne continue de s'acquitter honorablement de son obligation de consulter la PNTTR et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux préoccupations de cette dernière.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

Lois et règlements cités

Environmental Assessment Act, R.S.B.C. 1996, ch. 119 [abr. 2002, ch. 43, art. 58], art. 2, 7, 9, 10, 14 à 18, 19(1), 21, 22, 23, 29, 30(1).
Judicial Review Procedure Act, R.S.B.C. 1996, ch. 241.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).
Mine Development Assessment Act, S.B.C. 1990, ch. 55.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2002), 211 D.L.R. (4th) 89, [2002] 4 W.W.R. 19, 163 B.C.A.C. 164, 267 W.A.C. 164, 98 B.C.L.R. (3d) 16, 42 C.E.L.R. (N.S.) 169, [2002] 2 C.N.L.R. 312, 91 C.R.R. (2d) 260, [2002] B.C.J. No. 155 (QL), 2002 BCCA 59, qui a confirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (2000), 77 B.C.L.R. (3d) 310, 34 C.E.L.R. (N.S.) 209, [2000] B.C.J. No. 1301 (QL), 2000 BCSC 1001. Pourvoi accueilli.

Paul J. Pearlman, *c.r.*, et *Kathryn L. Kickbush*, pour les appelants.

Arthur C. Pape, *Jean Teillet* et *Richard B. Salter*, pour les intimés la Première nation Tlingit de Taku River et Melvin Jack, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la Première nation Tlingit de Taku River.

Randy J. Kaardal et *Lisa Hynes*, pour les intimées Redfern Resources Ltd. et Redcorp Ventures Ltd., auparavant connue sous le nom de Redfern Resources Ltd.

Mitchell Taylor et *Brian McLaughlin*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Pierre-Christian Labeau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

2004 SCC 74 (CanLII)

Kurt J. W. Sandstrom and *Stan Rutwind*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Charles F. Willms and *Kevin G. O'Callaghan*, for the interveners Business Council of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of Commerce, British Columbia Wildlife Federation, Council of Forest Industries, Mining Association of British Columbia and Aggregate Producers Association of British Columbia.

Jeffrey R. W. Rath and *Allisun Rana*, for the intervener Doig River First Nation.

Hugh M. G. Braker, *Q.C.*, and *Anja Brown*, for the intervener First Nations Summit.

Robert J. M. Janes and *Dominique Nouvet*, for the intervener Union of British Columbia Indian Chiefs.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

1 This case raises the issue of the limits of the Crown's duty to consult with and accommodate Aboriginal peoples when making decisions that may adversely affect as yet unproven Aboriginal rights and title claims. The Taku River Tlingit First Nation ("TRTFN") participated in a three-and-a-half-year environmental assessment process related to the efforts of Redfern Resources Ltd. ("Redfern") to reopen an old mine. Ultimately, the TRTFN found itself disappointed in the process and in the result.

2 I conclude that the Province was required to consult meaningfully with the TRTFN in the decision-making process surrounding Redfern's project approval application. The TRTFN's role in the environmental assessment was, however, sufficient to uphold the Province's honour and meet the require-

Kurt J. W. Sandstrom et *Stan Rutwind*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Charles F. Willms et *Kevin G. O'Callaghan*, pour les intervenants Business Council of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of Commerce, British Columbia Wildlife Federation, Council of Forest Industries, Mining Association of British Columbia et Aggregate Producers Association of British Columbia.

Jeffrey R. W. Rath et *Allisun Rana*, pour l'intervenante la Première nation de Doig River.

Hugh M. G. Braker, *c.r.*, et *Anja Brown*, pour l'intervenant le Sommet des Premières nations.

Robert J. M. Janes et *Dominique Nouvet*, pour l'intervenante Union of British Columbia Indian Chiefs.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève la question des limites de l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements à leurs préoccupations avant de prendre des décisions susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur des revendications de droits et de titres ancestraux dont le bien-fondé n'a pas encore été établi. La Première nation Tlingit de Taku River (« PNTTR ») a participé à une évaluation environnementale de trois ans et demi menée par suite des démarches entreprises par Redfern Resources Ltd. (« Redfern ») pour rouvrir une vieille mine. Finalement, ni l'évaluation ni son résultat n'ont su satisfaire la PNTTR.

Je conclus que, dans le processus décisionnel relatif à la demande d'approbation de projet de Redfern, la province avait l'obligation de consulter véritablement la PNTTR. Cependant, cette dernière a joué dans l'évaluation environnementale un rôle suffisant pour qu'il soit possible de conclure que la

2004 SCC 74 (CanLII)

ments of its duty. Where consultation is meaningful, there is no ultimate duty to reach agreement. Rather, accommodation requires that Aboriginal concerns be balanced reasonably with the potential impact of the particular decision on those concerns and with competing societal concerns. Compromise is inherent to the reconciliation process. In this case, the Province accommodated TRTFN concerns by adapting the environmental assessment process and the requirements made of Redfern in order to gain project approval. I find, therefore, that the Province met the requirements of its duty toward the TRTFN.

province s'est comportée honorablement et qu'elle s'est acquittée de son obligation. Lorsqu'une véritable consultation a eu lieu, il n'est pas essentiel que les parties parviennent à une entente. L'obligation d'accommodement exige plutôt que les préoccupations des Autochtones soient raisonnablement mises en balance avec l'incidence potentielle de la décision sur ces préoccupations et avec les intérêts sociétaux opposés. L'idée de compromis fait partie intégrante du processus de conciliation. En l'espèce, la province a pris des mesures d'accommodement à l'égard des préoccupations de la PNTTR en adaptant la procédure d'évaluation environnementale et les conditions imposées à Redfern pour que son projet soit approuvé. Par conséquent, j'estime que la province s'est acquittée de son obligation envers la PNTTR.

II. Facts and Decisions Below

The Tulsequah Chief Mine, operated in the 1950s by Cominco Ltd., lies in a remote and pristine area of northwestern British Columbia, at the confluence of the Taku and Tulsequah Rivers. Since 1994, Redfern has sought permission from the British Columbia government to reopen the mine, first under the *Mine Development Assessment Act*, S.B.C. 1990, c. 55, and then, following its enactment in 1995, under the *Environmental Assessment Act*, R.S.B.C. 1996, c. 119. During the environmental assessment process, access to the mine emerged as a point of contention. The members of the TRTFN, who participated in the assessment as Project Committee members, objected to Redfern's plan to build a 160-km road from the mine to the town of Atlin through a portion of their traditional territory. However, after a lengthy process, project approval was granted on March 19, 1998 by the Minister of Environment, Lands and Parks and the Minister of Energy and Mines ("Ministers").

II. Faits et décisions des juridictions inférieures

3 La mine Tulsequah Chief, qui était exploitée dans les années 50 par Cominco Ltd., se trouve dans une région vierge et éloignée du nord-ouest de la Colombie-Britannique, au confluent des rivières Taku et Tulsequah. Depuis 1994, Redfern demande au gouvernement de la Colombie-Britannique l'autorisation de rouvrir la mine. Elle a présenté sa demande d'abord en vertu de la *Mine Development Assessment Act*, S.B.C. 1990, ch. 55, puis en vertu de l'*Environmental Assessment Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 119, après la promulgation de celle-ci en 1995. Au cours de l'évaluation environnementale, la question de l'accès à la mine s'est révélée être un point de discorde. La PNTTR, dont des représentants ont participé à l'évaluation en tant que membres du comité responsable du projet, s'est opposée au projet de Redfern de construire, sur une partie de son territoire traditionnel, une route de 160 kilomètres reliant la mine à la ville d'Atlin. Au terme d'un long processus, le ministre de l'Environnement, des Terres et des Parcs et le ministre de l'Énergie et des Mines (« ministres ») ont donné leur aval au projet le 19 mars 1998.

The Redfern proposal was assessed in accordance with British Columbia's *Environmental Assessment Act*. The environmental assessment process is

4 La proposition de Redfern a été évaluée conformément à la loi intitulée *Environmental Assessment Act* (« Loi ») de la Colombie-Britannique.

2004 SCC 74 (CanLII)

distinct from both the land use planning process and the treaty negotiation process, although these latter processes may necessarily have an impact on the assessment of individual proposals. The following provisions are relevant to this matter.

L'évaluation environnementale est un processus distinct de l'aménagement du territoire et de la négociation des traités, bien que ces deux processus puissent évidemment avoir des répercussions sur l'évaluation des différentes propositions. Les dispositions suivantes de la Loi sont pertinentes en l'espèce.

5 Section 2 sets out the purposes of the Act, which are:

Les objets de la Loi sont définis ainsi à l'art. 2 :

[TRADUCTION]

(a) to promote sustainability by protecting the environment and fostering a sound economy and social well-being,

a) favoriser la durabilité en protégeant l'environnement et en encourageant une économie saine et le bien-être collectif;

(b) to provide for the thorough, timely and integrated assessment of the environmental, economic, social, cultural, heritage and health effects of reviewable projects,

b) fournir en temps utile une évaluation complète et intégrée des conséquences que les projets assujettis à la procédure d'examen peuvent avoir sur l'environnement, l'économie, la société, la culture, le patrimoine et la santé;

(c) to prevent or mitigate adverse effects of reviewable projects,

c) prévenir ou atténuer les effets négatifs des projets assujettis à la procédure d'examen;

(d) to provide an open, accountable and neutrally administered process for the assessment

(i) of reviewable projects, and

d) fournir un processus ouvert et neutre assorti de mécanismes d'imputabilité pour l'évaluation :

(i) des projets assujettis à la procédure d'examen;

. . .

. . .

(e) to provide for participation, in an assessment under this Act, by the public, proponents, first nations, municipalities and regional districts, the government and its agencies, the government of Canada and its agencies and British Columbia's neighbouring jurisdictions.

e) permettre, lors des évaluations effectuées en vertu de la présente loi, la participation du public, des promoteurs, des Premières nations, des municipalités et districts régionaux, du gouvernement et de ses organismes, du gouvernement du Canada et de ses organismes et des ressorts voisins de la Colombie-Britannique.

6 "The proponent of a reviewable project may apply for a project approval certificate" under s. 7 of the Act, providing a "preliminary overview of the reviewable project, including" potential effects and proposed mitigation measures. If the project is accepted for review, "the executive director must establish a project committee" for the project (s. 9(1)). The executive director must invite a number of groups to nominate members to the committee, including "any first nation whose traditional territory includes the site of the project or is in the

En vertu de l'art. 7 de la Loi, [TRADUCTION] « [l]e promoteur d'un projet assujetti à la procédure d'examen peut présenter une demande de certificat d'approbation de projet » en fournissant, « à l'égard du projet, un aperçu préliminaire indiquant notamment » ses effets possibles et les mesures d'atténuation envisagées. Si le projet est accepté pour examen, [TRADUCTION] « le directeur administratif forme un comité chargé d'examiner le projet » (par. 9(1)). À cette fin, il invite à participer à la nomination des membres du comité

2004 SCC 74 (CanLII)

vicinity of the project" (s. 9(2)(d)). Under s. 9(6), the committee "may determine its own procedure, and provide for the conduct of its meetings".

un certain nombre de groupes, notamment « toute Première nation dont le territoire traditionnel abrite le chantier ou se trouve à proximité de celui-ci » (al. 9(2)d)). Aux termes du par. 9(6), le comité d'examen du projet peut [TRADUCTION] « établir des règles régissant sa procédure et la conduite de ses réunions ».

Redfern's proposal was accepted for review under the former *Mine Development Assessment Act*, and a project committee was established in November 1994. Invited to participate were the TRTFN, the British Columbia, federal, Yukon, United States, and Alaskan governments, as well as the Atlin Advisory Planning Commission. When the *Environmental Assessment Act* was instituted, the Project Committee was formally constituted under s. 9. Working groups and technical sub-committees were formed, including a group to deal with Aboriginal concerns and a group to deal with issues around transportation options. The TRTFN participated in both of these groups. A number of studies were commissioned and provided to the Project Committee during the assessment process.

7 La proposition de Redfern a été acceptée pour examen en vertu de l'ancienne loi intitulée *Mine Development Assessment Act*, et un comité d'examen du projet a été créé en novembre 1994. Ont été invités à faire partie de ce comité la PNTTR, les gouvernements de la Colombie-Britannique, du Canada, du Yukon, des États-Unis et de l'Alaska, ainsi que la commission consultative d'aménagement du territoire d'Atlin. Lorsque l'*Environmental Assessment Act* est entrée en vigueur, le comité d'examen du projet a été officiellement constitué conformément à l'art. 9. Divers groupes de travail et sous-comités techniques ont été formés, notamment un groupe chargé d'examiner les préoccupations des Autochtones et un autre d'étudier les options en matière de transport. La PNTTR a participé à ces deux groupes. Plusieurs études ont été commandées et remises au comité d'examen du projet au cours de l'évaluation.

The project committee becomes the primary engine driving the assessment process. It must act in accordance with the purposes of a project committee, set out in s. 10 as:

8 Le comité d'examen du projet devient le principal moteur du processus d'évaluation. Il doit s'acquitter de son mandat, qui est défini ainsi à l'art. 10 :

(a) to provide to the executive director, the minister and the responsible minister expertise, advice, analysis and recommendations, and

(b) to analyze and advise the executive director, the minister and the responsible minister as to,

(i) the comments received in response to an invitation for comments under this Act,

(ii) the advice and recommendations of the public advisory committee, if any, established for that reviewable project,

(iii) the potential effects, and

(iv) the prevention or mitigation of adverse effects.

[TRADUCTION]

a) fournir au directeur administratif, au ministre et au ministre responsable expertise, conseils, analyses et recommandations;

b) conseiller, après analyse, le directeur administratif, le ministre et le ministre responsable à propos :

(i) des commentaires reçus en réponse à l'invitation de donner des commentaires en vertu de la présente loi,

(ii) des conseils et recommandations du comité consultatif public établi pour l'examen de ce projet, le cas échéant,

(iii) des effets possibles du projet,

(iv) de la prévention ou de l'atténuation des effets négatifs.

2004 SCC 74 (CanLII)

9 The proponent of the project is required to engage in public consultation and distribution of information about the proposal (ss. 14-18). After the period for receipt of comments has expired, the executive director must either "refer the application to the [Ministers] . . . for a decision . . . or order that a project report be prepared . . . and that the project undergo further review" (s. 19(1)). If a project report is to be prepared, the executive director must prepare draft project report specifications indicating what information, analysis, plans or other records are relevant to an effective assessment, on the recommendation of the project committee (s. 21(a)). Sections 22 and 23 set out a non-exhaustive list of what matters may be included in a project report. These specifications are provided to the proponent (s. 21(b)).

Le promoteur du projet a l'obligation de mener des consultations publiques relativement à la proposition et de diffuser de l'information à cet égard (art. 14-18). À l'expiration de la période de réception des commentaires, le directeur administratif [TRADUCTION] « renvoie la demande [aux ministres] [. . .] pour décision [. . .] ou il ordonne la préparation d'un rapport de projet [. . .] et la poursuite de l'examen du projet » (par. 19(1)). Dans le cas où un rapport de projet s'impose, le directeur administratif établit les spécifications du rapport de projet en indiquant, selon les recommandations du comité d'examen du projet, les renseignements, analyses, plans ou autres éléments requis pour l'évaluation (al. 21a)). Les articles 22 et 23 dressent une liste non exhaustive des points qui peuvent être inclus dans ce rapport de projet. Les spécifications sont communiquées au promoteur (al. 21b)).

10 In this case, Redfern was required to produce a project report, and draft project report specifications were provided to it. Additional time was granted to allow the executive director and Project Committee to prepare specifications.

En l'espèce, Redfern devait produire un rapport de projet, et elle a reçu la liste des spécifications requises pour la préparation de ce rapport. Le délai a été prorogé afin que la directrice administrative et le comité responsable aient plus de temps pour établir les spécifications.

11 When the proponent submits a project report, the project committee makes a recommendation to the executive director, whether to accept the report for review or to withhold acceptance if the report does not meet the specifications. Redfern submitted a multiple volume project report in November 1996. A time limit extension was granted to allow extra time to complete the review of the report. In January 1997, the Project Committee concluded that the report was deficient in certain areas, and Redfern was required to address the deficiencies.

Lorsque le promoteur soumet un rapport de projet, le comité recommande au directeur administratif d'accepter le rapport pour examen ou de le refuser s'il ne respecte pas les spécifications. En novembre 1996, Redfern a remis un rapport de projet de plusieurs volumes. Le délai d'examen du rapport a été prorogé pour permettre au comité de terminer son travail. En janvier 1997, le comité d'examen du projet a conclu que le rapport comportait des lacunes et il a été enjoint à Redfern d'y remédier.

12 Through the environmental assessment process, the TRTFN's concerns with the road proposal became apparent. Its concerns crystallized around the potential effect on wildlife and traditional land use, as well as the lack of adequate baseline information by which to measure subsequent effects. It was the TRTFN's position that the road ought not to be approved in the absence of a land use planning strategy and away from the treaty

Les inquiétudes de la PNTTR au sujet de la route proposée sont ressorties clairement au cours de l'évaluation environnementale. La PNTTR s'inquiétait particulièrement des effets possibles sur la faune et l'utilisation traditionnelle des terres, ainsi que de l'absence de données de base permettant de mesurer les effets ultérieurs du projet. La PNTTR estimait que la construction de la route ne devait pas être approuvée sans une stratégie

2004 SCC 74 (CanLII)

negotiation table. The environmental assessment process was unable to address these broader concerns directly, but the project assessment director facilitated the TRTFN's access to other provincial agencies and decision makers. For example, the Province approved funding for wildlife monitoring programs as desired by the TRTFN (the Grizzly Bear Long-term Cumulative Effects Assessment and Ungulate Monitoring Program). The TRTFN also expressed interest in TRTFN jurisdiction to approve permits for the project, revenue sharing, and TRTFN control of the use of the access road by third parties. It was informed that these issues were outside the ambit of the certification process and could only be the subject of later negotiation with the government.

d'utilisation du territoire et en dehors du cadre de la négociation des traités. Ces préoccupations plus larges n'ont pu être examinées directement dans l'évaluation environnementale, mais le directeur de l'évaluation du projet a mis la PNTTR en contact avec d'autres organismes et décideurs provinciaux. Par exemple, selon le désir de la PNTTR, la province a approuvé le financement de programmes de surveillance de la faune (évaluation des effets cumulatifs à long terme sur les grizzlis et programme de surveillance des ongulés). La PNTTR a aussi manifesté son intérêt à l'égard des aspects suivants : pouvoir d'approuver les permis pour le projet, partage des recettes et contrôle de l'utilisation de la route d'accès par des tiers. Elle a été informée que ces questions ne relevaient pas du processus de délivrance des certificats et ne pourraient être examinées que lors de négociations ultérieures avec le gouvernement.

2004 SCC 74 (CanLII)

While Redfern undertook to address other deficiencies, the Environmental Assessment Office's project assessment director engaged a consultant acceptable to the TRTFN, Mr. Lindsay Staples, to perform traditional land use studies and address issues raised by the TRTFN. Redfern submitted its upgraded report in July 1997, but was requested to await receipt of the Staples Report. The Staples Report, prepared by August 1997, was provided for inclusion in the Project Report. The Project Report was distributed for review in September 1997, with public comments received for a 60-day period thereafter. However, the TRTFN, upon reviewing the Staples Report, voiced additional concerns. In response, the Environmental Assessment Office engaged Staples to prepare an addendum to his report, which was completed in December 1997 and also included in the Project Report from that time forward.

13 Pendant que Redfern s'attachait à remédier à d'autres lacunes, le directeur de l'évaluation du projet, Bureau des évaluations environnementales, a engagé un consultant jugé acceptable par la PNTTR, M. Lindsay Staples, pour effectuer des études sur l'utilisation traditionnelle des terres et examiner les questions soulevées par la PNTTR. En juillet 1997, Redfern a remis son rapport corrigé, mais on lui a demandé d'attendre le rapport Staples. Celui-ci, préparé en août 1997, a été annexé au rapport de projet, lequel a été distribué pour examen en septembre 1997. Le public disposait de 60 jours pour faire part de ses observations. Cependant, après examen du rapport Staples, la PNTTR a exprimé d'autres inquiétudes et le Bureau des évaluations environnementales a demandé à M. Staples de préparer un addenda à son rapport. L'addenda a été terminé en décembre 1997 et figure en annexe du rapport de projet depuis cette date.

Under the Act, the executive director, upon accepting a project report, may refer the application for a project approval certificate to the Ministers for a decision (s. 29). "In making a referral . . . the executive director must take into account the application, the project report and any comments

14 Suivant la Loi, après avoir accepté un rapport de projet, le directeur administratif peut renvoyer la demande de certificat d'approbation de projet aux ministres pour décision (art. 29). [TRADUCTION] « Dans un tel cas [. . .] le directeur administratif doit prendre en considération la demande, le

received about them" (s. 29(1)). "A referral . . . may be accompanied by recommendations of the project committee" (s. 29(4)). There is no requirement under the Act that a project committee prepare a written recommendations report.

15 In this case, the staff of the Environmental Assessment Office prepared a written Project Committee Recommendations Report, the major part of which was provided to committee members for review in early January 1998. The final 18 pages were provided as part of a complete draft on March 3, 1998. The majority of the committee members agreed to refer the application to the Ministers and to recommend approval for the project subject to certain recommendations and conditions. The TRTFN did not agree with the Recommendations Report, and instead prepared a minority report stating their concerns with the process and the proposal.

16 After a referral under s. 29 is made, "the ministers must consider the application and any recommendations of the project committee" (s. 30(1)(a)), in order to either "issue a project approval certificate", "refuse to issue the . . . certificate", or "refer the application to the Environmental Assessment Board for [a] public hearing" (s. 30(1)(b)). Written reasons are required (s. 30(1)(c)).

17 The executive director referred Redfern's application to the Ministers on March 12, 1998. The referral included the Project Committee Recommendations Report, the Project Approval Certificate in the form that it was ultimately signed, and the TRTFN Report (A.R., vol. V, p. 858). In addition, the Recommendations Report explicitly identified TRTFN concerns and points of disagreement throughout, as well as suggested mitigation measures. The Ministers issued the Project Approval Certificate on March 19, 1998, approving the proposal subject to detailed terms and conditions.

rapport de projet et les commentaires reçus à leur sujet » (par. 29(1)). [TRADUCTION] « Le comité d'examen du projet peut joindre des recommandations à la demande déférée aux ministres » (par. 29(4)), mais il n'est pas tenu par la Loi de rédiger un rapport faisant état de ses recommandations.

En l'espèce, le personnel du Bureau des évaluations environnementales a préparé un tel rapport, dont la majeure partie a été remise aux membres du comité pour examen au début de janvier 1998. Les 18 dernières pages ont été remises avec le rapport provisoire complet le 3 mars 1998. La majorité des membres du comité ont convenu de renvoyer la demande aux ministres et de recommander l'approbation du projet, sous réserve de certaines recommandations et conditions. La PNTTR a exprimé son désaccord au sujet du rapport faisant état des recommandations et a préparé son propre rapport minoritaire énonçant ses préoccupations à l'égard du processus et de la proposition.

Lorsqu'une demande leur est déférée en vertu de l'art. 29, [TRADUCTION] « les ministres doivent examiner la demande et les recommandations du comité d'examen du projet » (al. 30(1)a)) et soit « délivrer un certificat d'approbation de projet », soit « refuser la délivrance du certificat . . . », ou encore « renvoyer la demande à la Commission d'évaluation environnementale pour la tenue [d'une] audience publique » (al. 30(1)b)). Leur décision doit être motivée (al. 30(1)c)).

Le 12 mars 1998, la directrice administrative a renvoyé la demande de Redfern aux ministres. La demande était accompagnée du rapport faisant état des recommandations du comité d'examen du projet, de la version du certificat d'approbation qui a finalement été signée, et du rapport de la PNTTR (d.a., vol. V, p. 858). De plus, dans le rapport faisant état des recommandations on mentionne explicitement à plusieurs endroits les préoccupations et les points de désaccord de la PNTTR, ainsi que les mesures d'atténuation proposées. Les ministres ont délivré le certificat d'approbation du projet le 19 mars 1998, avalisant ainsi la proposition sous réserve de conditions détaillées.

2004 SCC 74 (CanLII)

2004 SCC 74 (CanLII)

Issuance of project approval certification does not constitute a comprehensive "go-ahead" for all aspects of a project. An extensive "permitting" process precedes each aspect of construction, which may involve more detailed substantive and information requirements being placed on the developer. Part 6 of the Project Committee's Recommendations Report summarized the requirements for licences, permits and approvals that would follow project approval in this case. In addition, the Recommendations Report made prospective recommendations about what ought to happen at the permit stage, as a condition of certification. The Report stated that Redfern would develop more detailed baseline information and analysis at the permit stage, with continued TRTFN participation, and that adjustments might be required to the road route in response. The majority also recommended creation of a resource management zone along the access corridor, to be in place until completion of a future land use plan; the use of regulations to control access to the road; and creation of a Joint Management Committee for the road with the TRTFN. It recommended that Redfern's future Special Use Permit application for the road be referred to the proposed Joint Management Committee.

18 Délivrer un certificat d'approbation de projet ne revient pas à donner « le feu vert » pour tous les aspects du projet. Chaque aspect de la construction fait au préalable l'objet d'un long processus d'« autorisation » et peut nécessiter la fourniture par le promoteur de renseignements plus détaillés et plus substantiels. À la partie 6 du rapport faisant état des recommandations, le comité d'examen du projet a résumé les exigences en matière de licences, de permis et d'autorisations qui s'appliqueraient après l'approbation du projet en l'espèce. De plus, ce rapport formulait des recommandations prospectives quant à ce qui devrait se produire à l'étape du certificat, comme condition de sa délivrance. Il prévoyait que Redfern devrait, toujours avec le concours de la PNTTR, préparer à cette étape des analyses et des données de base plus détaillées, lesquelles pourraient donner lieu à une correction du tracé de la route. La majorité des membres a aussi recommandé la création d'une zone de gestion des ressources le long du corridor d'accès et son maintien jusqu'à l'achèvement d'un futur plan d'aménagement du territoire, l'établissement de règlements régissant l'utilisation de la route et la création d'un comité conjoint de gestion de la route avec la PNTTR. Le rapport recommandait que la future demande de Redfern en vue d'obtenir un permis spécial d'utilisation de la route soit présentée au comité conjoint de gestion proposé.

The TRTFN brought a petition in February 1999 under the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1996, c. 241, to quash the Ministers' decision to issue the Project Approval Certificate on administrative law grounds and on grounds based on its Aboriginal rights and title. Determination of its rights and title was severed from the judicial review proceedings and referred to the trial list, on the Province's application. The chambers judge on the judicial review proceedings, Kirkpatrick J., concluded that the Ministers should have been mindful of the possibility that their decision might infringe Aboriginal rights, and that they had not been sufficiently careful during the final months of the assessment process to ensure that they had effectively addressed the substance of the TRTFN's concerns ((2000), 77 B.C.L.R. (3d) 310,

19 Invoquant des moyens fondés sur le droit administratif et sur son titre et ses droits ancestraux, la PNTTR a présenté, en février 1999, en vertu de la *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 241, une demande visant à faire annuler la décision des ministres de délivrer le certificat d'approbation du projet. À la demande de la province, la demande de détermination des droits et du titre a été dissociée de la procédure de contrôle judiciaire et a été inscrite pour instruction. La juge Kirkpatrick, en son cabinet, a entendu la demande de contrôle judiciaire et conclu que les ministres auraient dû être conscients de la possibilité que leur décision porte atteinte à des droits ancestraux et qu'ils auraient dû faire preuve de plus de prudence durant les derniers mois de l'évaluation afin de s'assurer qu'ils avaient bien répondu à l'essentiel des

2000 BCSC 1001). She also found in the TRTFN's favour on administrative law grounds. She set aside the decision to issue the Project Approval Certificate and directed a reconsideration, for which she later issued directions.

20 The majority of the British Columbia Court of Appeal dismissed the Province's appeal, finding (*per* Rowles J.A.) that the Province had failed to meet its duty to consult with and accommodate the TRTFN ((2002), 98 B.C.L.R. (3d) 16, 2002 BCCA 59). Southin J.A., dissenting, would have found that the consultation undertaken was adequate on the facts. Both the majority and the dissent appear to conclude that the decision complied with administrative law principles. The Province has appealed to this Court, arguing that no duty to consult exists outside common law administrative principles, prior to proof of an Aboriginal claim. If such a duty does exist, the Province argues, it was met on the facts of this case.

III. Analysis

21 In *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73, heard concurrently with this case, this Court has confirmed the existence of the Crown's duty to consult and, where indicated, to accommodate Aboriginal peoples prior to proof of rights or title claims. The Crown's obligation to consult the TRTFN was engaged in this case. The Province was aware of the TRTFN's claims through its involvement in the treaty negotiation process, and knew that the decision to reopen the Tulsequah Chief Mine had the potential to adversely affect the substance of the TRTFN's claims.

préoccupations de la PNTTR ((2000), 77 B.C.L.R. (3d) 310, 2000 BCSC 1001). La juge a également donné raison à la PNTTR en ce qui concerne les moyens fondés sur le droit administratif. Elle a annulé la décision accordant le certificat d'approbation du projet et elle a ordonné le réexamen de la demande de permis, réexamen à l'égard duquel elle a plus tard donné des directives.

La majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (sous la plume de la juge Rowles) a rejeté l'appel de la province, concluant que celle-ci ne s'était pas acquittée de son obligation de consulter la PNTTR et de trouver des accommodements aux préoccupations de celle-ci ((2002), 98 B.C.L.R. (3d) 16, 2002 BCCA 59). Dissidente, la juge Southin était d'avis que la consultation avait été adéquate au vu des faits. Tant les juges majoritaires que la juge dissidente semblent conclure que la décision était conforme aux principes du droit administratif. La province s'est pourvue devant la Cour, faisant valoir que, sauf application des principes du droit administratif prévus par la common law, il n'existe pas d'obligation de consultation, tant qu'une revendication de droits ancestraux n'a pas été établie. Elle ajoute que, si une telle obligation existe, les faits démontrent qu'elle a été respectée en l'espèce.

III. Analyse

Dans l'affaire *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, entendue en même temps que le présent pourvoi, la Cour a confirmé l'existence de l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux préoccupations de ceux-ci même avant que n'ait été tranchée une revendication de droits ou de titre. En l'espèce, la Couronne avait l'obligation de consulter la PNTTR. La province était au courant des revendications en raison de la participation de la PNTTR au processus de négociation de traités, et elle savait que la décision de rouvrir la mine Tulsequah Chief pouvait avoir un effet préjudiciable sur le fond des revendications de la PNTTR.

2004 SCC 74 (CanLII)

On the principles discussed in *Haida*, these facts mean that the honour of the Crown placed the Province under a duty to consult with the TRTFN in making the decision to reopen the Tulsequah Chief Mine. In this case, the process engaged in by the Province under the *Environmental Assessment Act* fulfilled the requirements of its duty. The TRTFN was part of the Project Committee, participating fully in the environmental review process. It was disappointed when, after three and a half years, the review was concluded at the direction of the Environmental Assessment Office. However, its views were put before the Ministers, and the final project approval contained measures designed to address both its immediate and long-term concerns. The Province was under a duty to consult. It did so, and proceeded to make accommodations. The Province was not under a duty to reach agreement with the TRTFN, and its failure to do so did not breach the obligations of good faith that it owed the TRTFN.

A. *Did the Province Have a Duty to Consult and if Indicated Accommodate the TRTFN?*

The Province argues that, before the determination of rights through litigation or conclusion of a treaty, it owes only a common law "duty of fair dealing" to Aboriginal peoples whose claims may be affected by government decisions. It argues that a duty to consult could arise after rights have been determined, through what it terms a "justificatory fiduciary duty". Alternatively, it submits, a fiduciary duty may arise where the Crown has undertaken to act only in the best interests of an Aboriginal people. The Province submits that it owes the TRTFN no duty outside of these specific situations.

The Province's submissions present an impoverished vision of the honour of the Crown and all

Selon les principes analysés dans *Haïda*, il ressort de ces faits que l'honneur de la Couronne commandait que celle-ci consulte la PNTTR avant de décider de rouvrir la mine Tulsequah Chief. En l'espèce, la province s'est acquittée de son obligation en engageant le processus prévu à l'*Environmental Assessment Act*. La PNTTR faisait partie du comité d'examen du projet et elle a participé à part entière à l'examen environnemental. Elle a été déçue, trois ans et demi plus tard, de voir celui-ci prendre fin sur ordre du Bureau des évaluations environnementales. Ses vues ont toutefois été exposées aux ministres et le certificat d'approbation du projet final contenait des mesures visant à répondre à ses préoccupations, à court comme à long terme. La province avait l'obligation de consulter. Elle l'a fait et elle a pris des mesures d'accommodement à l'égard des préoccupations exprimées. Elle n'avait cependant pas l'obligation de se mettre d'accord avec la PNTTR et le fait qu'elle n'y soit pas parvenue ne constitue pas un manquement à son obligation d'agir de bonne foi avec la PNTTR.

A. *La province avait-elle l'obligation de consulter la PNTTR et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux préoccupations de cette dernière?*

La province plaide que, tant que les droits n'ont pas été fixés dans une décision, une procédure judiciaire ou un traité, elle n'a que l'obligation, prévue par la common law, de « négocier honorablement » avec les peuples autochtones dont les revendications risquent d'être touchées par les décisions gouvernementales. Elle affirme que l'obligation de consulter pourrait prendre naissance une fois les droits établis, par l'effet de ce qu'elle appelle une [TRADUCTION] « obligation fiduciaire de justification ». Subsidiairement, elle soutient qu'une obligation fiduciaire peut naître lorsque la Couronne s'engage à agir uniquement dans le meilleur intérêt d'un peuple autochtone. Elle prétend qu'en dehors de ces situations précises elle n'a aucune obligation envers la PNTTR.

Les prétentions de la province donnent une vision étroite de l'honneur de la Couronne et de

2004 SCC 74 (CanLII)

that it implies. As discussed in the companion case of *Haida*, *supra*, the principle of the honour of the Crown grounds the Crown's duty to consult and if indicated accommodate Aboriginal peoples, even prior to proof of asserted Aboriginal rights and title. The duty of honour derives from the Crown's assertion of sovereignty in the face of prior Aboriginal occupation. It has been enshrined in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which recognizes and affirms existing Aboriginal rights and titles. Section 35(1) has, as one of its purposes, negotiation of just settlement of Aboriginal claims. In all its dealings with Aboriginal peoples, the Crown must act honourably, in accordance with its historical and future relationship with the Aboriginal peoples in question. The Crown's honour cannot be interpreted narrowly or technically, but must be given full effect in order to promote the process of reconciliation mandated by s. 35(1).

25 As discussed in *Haida*, what the honour of the Crown requires varies with the circumstances. It may require the Crown to consult with and accommodate Aboriginal peoples prior to taking decisions: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1119; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 168. The obligation to consult does not arise only upon proof of an Aboriginal claim, in order to justify infringement. That understanding of consultation would deny the significance of the historical roots of the honour of the Crown, and deprive it of its role in the reconciliation process. Although determining the required extent of consultation and accommodation before a final settlement is challenging, it is essential to the process mandated by s. 35(1). The duty to consult arises when a Crown actor has knowledge, real or constructive, of the potential existence of Aboriginal rights or title and contemplates conduct that might adversely affect them. This in turn may lead to a duty to change government plans or policy to accommodate Aboriginal concerns. Responsiveness is a key

tout ce que ce principe implique. Comme il a été expliqué dans l'arrêt connexe *Haïda*, précité, l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements à leurs préoccupations, même avant que l'existence des droits et titres ancestraux revendiqués n'ait été établie, repose sur le principe de l'honneur de la Couronne. L'obligation d'agir honorablement découle de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne face à l'occupation antérieure des terres par les peuples autochtones. Ce principe a été consacré au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui reconnaît et confirme les droits et titres ancestraux existants des peuples autochtones. Un des objectifs visés par le par. 35(1) est la négociation de règlements équitables des revendications autochtones. Dans toutes ses négociations avec les Autochtones, la Couronne doit agir honorablement, dans le respect de ses relations passées et futures avec le peuple autochtone concerné. Le principe de l'honneur de la Couronne ne peut recevoir une interprétation étroite ou formaliste. Au contraire, il convient de lui donner plein effet afin de promouvoir le processus de conciliation prescrit par le par. 35(1).

Comme il a été expliqué dans *Haïda*, les obligations requises pour que soit respecté le principe de l'honneur de la Couronne varient selon les circonstances. La Couronne peut être tenue de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements aux préoccupations de ceux-ci avant de prendre des décisions : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1119; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 168. L'obligation de consulter ne prend pas naissance seulement lorsque la revendication autochtone a été établie, pour justifier des violations. Une telle interprétation de l'obligation de consultation nierait l'importance des racines historiques de l'honneur de la Couronne et empêcherait ce principe de jouer son rôle dans la conciliation. Déterminer, avant le règlement définitif d'une revendication, l'ampleur des mesures de consultation et d'accommodement qui sont requises n'est pas une tâche facile, mais il s'agit d'un aspect essentiel du processus imposé par le par. 35(1). L'obligation de consulter naît lorsqu'un représentant de la Couronne a connaissance,

2004 SCC 74 (CanLII)

requirement of both consultation and accommodation.

concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle d'un titre ou de droits ancestraux et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ces droits ou ce titre. Cette obligation pourrait également obliger le gouvernement à modifier ses plans ou politiques afin de trouver des accommodements aux préoccupations des Autochtones. La volonté de répondre aux préoccupations est un élément clé tant à l'étape de la consultation qu'à celle de l'accommodement.

The federal government announced a comprehensive land claims policy in 1981, under which Aboriginal land claims were to be negotiated. The TRTFN submitted its land claim to the Minister of Indian Affairs in 1983. The claim was accepted for negotiation in 1984, based on the TRTFN's traditional use and occupancy of the land. No negotiation ever took place under the federal policy; however, the TRTFN later began negotiation of its land claim under the treaty process established by the B.C. Treaty Commission in 1993. As of 1999, the TRTFN had signed a Protocol Agreement and a Framework Agreement, and was working towards an Agreement in Principle. The Province clearly had knowledge of the TRTFN's title and rights claims.

26 En 1981, le gouvernement fédéral a annoncé la mise en place d'une politique de règlement des revendications territoriales globales devant régir la négociation des revendications territoriales autochtones. En 1983, la PNTTR a présenté sa revendication territoriale au ministre des Affaires indiennes. Cette revendication a été acceptée pour négociation en 1984, sur le fondement de l'utilisation et de l'occupation traditionnelles des terres par la PNTTR. Il n'y a eu aucune négociation en vertu de la politique fédérale. Cependant, la PNTTR a par la suite entamé la négociation de sa revendication territoriale dans le cadre du processus de conclusion de traités établi par la Commission des traités de la Colombie-Britannique en 1993. En 1999, la PNTTR avait déjà signé un protocole d'entente et un accord-cadre et elle négociait un accord de principe. Il est clair que la province connaissait l'existence des revendications de titre et de droits de la PNTTR.

When Redfern applied for project approval, in its efforts to reopen the Tulsequah Chief Mine, it was apparent that the decision could adversely affect the TRTFN's asserted rights and title. The TRTFN claim Aboriginal title over a large portion of northwestern British Columbia, including the territory covered by the access road considered during the approval process. It also claims Aboriginal hunting, fishing, gathering, and other traditional land use activity rights which stood to be affected by a road through an area in which these rights are exercised. The contemplated decision thus had the potential to impact adversely the rights and title asserted by the TRTFN.

27 Lorsque Redfern a présenté sa demande d'approbation du projet visant la réouverture de la mine Tulsequah Chief, il était évident que la décision pouvait avoir un effet préjudiciable sur les droits et le titre revendiqués par la PNTTR. Celle-ci revendique le titre ancestral sur une grande partie du nord-ouest de la Colombie-Britannique, territoire qui comprend le secteur où passerait la route d'accès étudiée durant le processus d'approbation. La PNTTR revendique également des droits ancestraux de chasse, de pêche, de cueillette et d'utilisation des terres pour d'autres activités traditionnelles, qui risqueraient d'être touchés si une route traversait cette région. La mesure envisagée était donc susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur les droits et le titre revendiqués par la PNTTR.

2004 SCC 74 (CanLII)

28 The Province was aware of the claims, and contemplated a decision with the potential to affect the TRTFN's asserted rights and title negatively. It follows that the honour of the Crown required it to consult and if indicated accommodate the TRTFN in making the decision whether to grant project approval to Redfern, and on what terms.

La province était au courant des revendications et envisageait de prendre une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur les droits et le titre revendiqués par la PNTTR. L'honneur de la Couronne commandait donc que celle-ci consulte la PNTTR et, au besoin, qu'elle prenne des mesures d'accommodement à l'égard des préoccupations de cette dernière avant de décider d'approuver le projet de Redfern et de fixer les conditions dont son approbation doit être assortie.

B. *What Was the Scope and Extent of the Province's Duty to Consult and Accommodate the TRTFN?*

B. *Quelle est l'étendue de l'obligation de la province de consulter la PNTTR et de trouver des accommodements aux préoccupations de celle-ci?*

29 The scope of the duty to consult is "proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed" (*Haida*, *supra*, at para. 39). It will vary with the circumstances, but always requires meaningful, good faith consultation and willingness on the part of the Crown to make changes based on information that emerges during the process.

L'étendue de l'obligation de consultation « dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre » (*Haïda*, précité, par. 39). L'obligation varie selon les circonstances, mais elle requiert dans tous les cas que la Couronne consulte véritablement et de bonne foi les Autochtones concernés et qu'elle soit disposée à modifier ses plans à la lumière des données recueillies au cours du processus.

30 There is sufficient evidence to conclude that the TRTFN have *prima facie* Aboriginal rights and title over at least some of the area that they claim. Their land claim underwent an extensive validation process in order to be accepted into the federal land claims policy in 1984. The Department of Indian Affairs hired a researcher to report on the claim, and her report was reviewed at several stages before the Minister validated the claim based on the TRTFN's traditional use and occupancy of the land and resources in question. In order to participate in treaty negotiations under the B.C. Treaty Commission, the TRTFN were required to file a statement of intent setting out their asserted territory and the basis for their claim. An Aboriginal group need not be accepted into the treaty process for the Crown's duty to consult to apply to them. Nonetheless, the TRTFN's claim was accepted for negotiation on the basis of a preliminary decision as to its validity. In contrast to the *Haida* case, the courts below did

La preuve permet de conclure que, à première vue, la PNTTR détient un titre et des droits ancestraux sur au moins une partie de la région revendiquée. Sa revendication territoriale a été soumise à une procédure exhaustive de validation avant d'être jugée recevable dans le processus fédéral de règlement des revendications territoriales en 1984. Le ministère des Affaires indiennes a engagé une chercheuse pour préparer un rapport sur les revendications de la PNTTR, rapport qui a été examiné à différentes étapes avant que le ministre déclare la revendication valide, sur le fondement de l'utilisation et de l'occupation traditionnelles par la PNTTR des terres et des ressources en question. Pour participer aux négociations de traités sous l'égide de la Commission des traités de la Colombie-Britannique, la PNTTR a dû produire une déclaration d'intention précisant les territoires revendiqués et le fondement de sa demande. Il n'est pas nécessaire qu'un groupe autochtone soit admis à participer au processus de

2004 SCC 74 (CanLII)

not engage in a detailed preliminary assessment of the various aspects of the TRTFN's claims, which are broad in scope. However, acceptance of its title claim for negotiation establishes a *prima facie* case in support of its Aboriginal rights and title.

The potentially adverse effect of the Ministers' decision on the TRTFN's claims appears to be relatively serious. The chambers judge found that all of the experts who prepared reports for the review recognized the TRTFN's reliance on its system of land use to support its domestic economy and its social and cultural life (para. 70). The proposed access road was only 160 km long, a geographically small intrusion on the 32,000-km² area claimed by the TRTFN. However, experts reported that the proposed road would pass through an area critical to the TRTFN's domestic economy: see, for example, Dewhirst Report (R.R., vol. I, at pp. 175, 187, 190 and 200) and Staples Addendum Report (A.R., vol. IV, at pp. 595-600, 604-5 and 629). The TRTFN was also concerned that the road could act as a magnet for future development. The proposed road could therefore have an impact on the TRTFN's continued ability to exercise its Aboriginal rights and alter the landscape to which it laid claim.

In summary, the TRTFN's claim is relatively strong, supported by a *prima facie* case, as attested to by its acceptance into the treaty negotiation process. The proposed road is to occupy only a small portion of the territory over which the TRTFN asserts title; however, the potential for negative derivative impacts on the TRTFN's claims is high. On the spectrum of consultation required by the honour of the Crown, the TRTFN was entitled to more than the minimum receipt of notice, disclosure of information, and ensuing discussion. While it is

négociation de traités pour que la Couronne ait l'obligation de le consulter. Néanmoins, la revendication de la PNTTR a été acceptée en vue de la négociation d'un traité, par suite d'une décision préliminaire sur sa validité. À l'inverse de l'affaire *Haïda*, les juridictions inférieures n'ont pas en l'espèce procédé à une évaluation préliminaire détaillée des divers aspects des revendications de la PNTTR, revendications qui ont une large portée. Toutefois, l'acceptation de leur revendication de titre en vue de la négociation d'un traité constitue une preuve *prima facie* du bien-fondé de leurs revendications d'un titre et de droits ancestraux.

31 L'effet négatif que la décision des ministres risque d'avoir sur les revendications de la PNTTR semble relativement grave. La juge en son cabinet a conclu que tous les experts ayant préparé un rapport pour l'examen de la proposition ont reconnu que la PNTTR dépendait de son régime d'utilisation du territoire pour soutenir son économie ainsi que la vie sociale et culturelle de sa communauté (par. 70). La route d'accès proposée ne compte que 160 kilomètres et ne représente donc qu'une faible proportion des 32 000 kilomètres carrés revendiqués par la PNTTR. Cependant, les experts ont signalé que cette route traverserait une zone critique pour l'économie de la PNTTR : voir, par exemple, le rapport Dewhirst (d.i., vol. I, p. 175, 187, 190 et 200) et l'addenda du rapport Staples (d.a., vol. IV, p. 595-600, 604-605 et 629). La PNTTR craint également que la route n'attire d'autres projets. La route proposée pourrait donc avoir une incidence sur sa capacité de continuer d'exercer ses droits ancestraux et pourrait modifier le territoire qui est revendiqué.

32 En résumé, les revendications de la PNTTR sont relativement solides et à première vue fondées, comme le démontre le fait qu'elles ont été acceptées en vue de la négociation d'un traité. La route proposée n'occupe qu'une petite partie du territoire sur lequel la PNTTR revendique un titre; toutefois, le risque de conséquences négatives sur les revendications est élevé. En ce qui concerne le niveau de consultation que requiert le principe de l'honneur de la Couronne, la PNTTR avait droit à davantage que le minimum prescrit, à savoir un avis, la

2004 SCC 74 (CanLII)

impossible to provide a prospective checklist of the level of consultation required, it is apparent that the TRTFN was entitled to something significantly deeper than minimum consultation under the circumstances, and to a level of responsiveness to its concerns that can be characterized as accommodation.

C. *Did the Crown Fulfill its Duty to Consult and Accommodate the TRTFN?*

33 The process of granting project approval to Redfern took three and a half years, and was conducted largely under the *Environmental Assessment Act*. As discussed above, the Act sets out a process of information gathering and consultation. The Act requires that Aboriginal peoples whose traditional territory includes the site of a reviewable project be invited to participate on a project committee.

34 The question is whether this duty was fulfilled in this case. A useful framework of events up to August 1st, 2000 is provided by Southin J.A. at para. 28 of her dissent in this case at the Court of Appeal. Members of the TRTFN were invited to participate in the Project Committee to coordinate review of the project proposal in November 1994 and were given the original two-volume submission for review and comment: Southin J.A., at para. 39. They participated fully as Project Committee members, with the exception of a period of time from February to August of 1995, when they opted out of the process, wishing instead to address the issue through treaty talks and development of a land use policy.

35 The Final Project Report Specifications ("Specifications") detail a number of meetings between the TRTFN, review agency staff and company representatives in TRTFN communities prior to February 1996: Southin J.A., at para. 41. Redfern and TRTFN met directly several times between June 1993 and February 1995 to discuss Redfern's exploration activities and TRTFN's concerns and information requirements. Redfern also contracted an independent consultant to conduct

communication d'information et la tenue de discussions en conséquence. Bien qu'il soit impossible de déterminer à l'avance le niveau de consultation requis, il est clair que, dans les circonstances, la PNTTR avait le droit de s'attendre à des consultations plus poussées que le strict minimum et à une volonté de répondre à ses préoccupations qui puisse être qualifiée d'accommodement.

C. *La Couronne s'est-elle acquittée envers la PNTTR de son obligation de consultation et d'accommodement?*

Le processus d'approbation du projet de Redfern a duré trois ans et demi et a dans une large mesure été mené en vertu de l'*Environmental Assessment Act*. Comme il a été expliqué précédemment, la Loi prévoit un processus de collecte d'information et de consultation. Selon la Loi, les peuples autochtones dont le territoire traditionnel abrite le chantier d'un projet assujetti à la procédure d'examen doivent être invités à faire partie du comité d'examen du projet.

Il s'agit en l'espèce de décider si cette obligation a été respectée. Au par. 28 de ses motifs dissidents dans la présente affaire, la juge Southin de la Cour d'appel décrit utilement les événements jusqu'au 1er août 2000. En novembre 1994, la PNTTR a été invitée à faire partie du comité chargé de coordonner l'examen du projet et s'est vu remettre pour examen et commentaires la demande originale qui comportait deux volumes : la juge Southin, par. 39. Elle a participé à part entière en tant que membre du comité d'examen du projet, sauf de février à août 1995, où elle a choisi de se retirer, préférant se concentrer sur les pourparlers au sujet du traité et l'élaboration d'une politique d'utilisation du territoire.

Les spécifications du rapport de projet final (« spécifications ») précisent le nombre de réunions qui ont eu lieu, avant février 1996, entre la PNTTR, le personnel de l'agence d'examen et des représentants de l'entreprise dans les communautés de la PNTTR : la juge Southin, par. 41. De juin 1993 à février 1995, Redfern et la PNTTR se sont rencontrées plusieurs fois pour discuter des activités d'exploration de Redfern ainsi que des inquiétudes et des demandes d'information de la PNTTR. Redfern a

2004 SCC 74 (CanLII)

archaeological and ethnographic studies with input from the TRTFN to identify possible effects of the proposed project on the TRTFN's traditional way of life: Southin J.A., at para. 41. The Specifications document TRTFN's written and oral requirements for information from Redfern concerning effects on wildlife, fisheries, terrain sensitivity, and the impact of the proposed access road, of barging and of mine development activities: Southin J.A., at para. 41.

aussi chargé un consultant indépendant d'effectuer, avec le concours de la PNTTR, des études archéologiques et ethnographiques pour déterminer les effets possibles du projet sur le mode de vie traditionnel de celle-ci : la juge Southin, par. 41. Les spécifications montrent que la PNTTR a, tant par écrit que verbalement, demandé à Redfern des renseignements concernant les effets sur la faune, la pêche et la sensibilité du terrain, l'impact de la route d'accès proposée, le transport par chaland et les activités minières : la juge Southin, par. 41.

The TRTFN declined to participate in the Road Access Subcommittee until January 26, 1998. The Environmental Assessment Office appreciated the dilemma faced by the TRTFN, which wished to have its concerns addressed on a broader scale than that which is provided for under the Act. The TRTFN was informed that not all of its concerns could be dealt with at the certification stage or through the environmental assessment process, and assistance was provided to it in liaising with relevant decision makers and politicians.

36 Jusqu'au 26 janvier 1998, la PNTTR a refusé de participer aux travaux du sous-comité chargé d'examiner la question de l'accès à la route. Le Bureau des évaluations environnementales a compris le dilemme de la PNTTR, qui préférait voir ses préoccupations examinées sur une plus grande échelle que ce qui est prévu par la Loi. Elle a été informée que tous ses sujets de préoccupation ne pouvaient pas être examinés à l'étape de la délivrance du certificat ou dans le cadre de l'évaluation environnementale, et on l'a aidée à prendre contact avec les décideurs et les politiciens compétents.

With financial assistance the TRTFN participated in many Project Committee meetings. Its concerns with the level of information provided by Redfern about impacts on Aboriginal land use led the Environmental Assessment Office to commission a study on traditional land use by an expert approved by the TRTFN, under the auspices of an Aboriginal study steering group. When the first Staples Report failed to allay the TRTFN's concerns, the Environmental Assessment Office commissioned an addendum. The TRTFN notes that the Staples Addendum Report was not specifically referred to in the Recommendations Report eventually submitted to the Ministers. However, it did form part of Redfern's Project Report.

37 Aidée financièrement, la PNTTR a participé à de nombreuses réunions du comité d'examen du projet. Devant les préoccupations de la PNTTR à propos du niveau d'information fourni par Redfern au sujet des effets sur l'utilisation du territoire par les Autochtones, le Bureau des évaluations environnementales a chargé un expert, jugé acceptable par la PNTTR, d'effectuer une étude sur l'utilisation traditionnelle des terres, sous les auspices d'un groupe directeur autochtone. Comme le premier rapport Staples n'a pas su dissiper les inquiétudes de la PNTTR, le Bureau des évaluations environnementales a commandé la préparation d'un addenda à ce rapport. La PNTTR souligne que cet addenda n'était pas mentionné expressément dans le rapport faisant état des recommandations qui a été présenté ultérieurement aux ministres. Il faisait toutefois partie du rapport de projet de Redfern.

While acknowledging its participation in the consultation process, the TRTFN argues that the rapid conclusion to the assessment deprived it of meaningful consultation. After more than three years,

38 La PNTTR reconnaît avoir participé à la consultation, mais soutient que la clôture rapide de l'évaluation l'a privée du bénéfice d'une véritable consultation. Après plus de trois années ponctuées

2004 SCC 74 (CanLII)

numerous studies and meetings, and extensions of statutory time periods, the assessment process was brought to a close in early 1998. The Environmental Assessment Office stated on February 26 that consultation must end by March 4, citing its work load. The Project Committee was directed to review and sign off on the Recommendations Report on March 3, the same day that it received the last 18 pages of the report. Appendix C to the Recommendations Report notes that the TRTFN disagreed with the Recommendations Report because of certain "information deficiencies": Southin J.A., at para. 46. Thus, the TRTFN prepared a minority report that was submitted with the majority report to the Ministers on March 12. Shortly thereafter, the project approval certification was issued.

de nombreuses études et réunions et de prorogations des délais prévus par la Loi, il a été mis fin à l'évaluation au début de 1998. Invoquant sa charge de travail, le Bureau des évaluations environnementales a déclaré, le 26 février, que la consultation devait se terminer le 4 mars. Il a ordonné au comité d'examen du projet d'examiner le rapport faisant état des recommandations et de remettre ses conclusions le 3 mars, soit le jour même où le comité a reçu les 18 dernières pages du rapport. Il est mentionné à l'annexe C du rapport faisant état des recommandations que la PNTTR a exprimé son désaccord au sujet du rapport en raison de certaines [TRADUCTION] « lacunes de l'information » : la juge Southin, par. 46. La PNTTR a donc préparé un rapport minoritaire, qui a été soumis aux ministres avec le rapport majoritaire le 12 mars. Le certificat d'approbation de projet a été délivré peu après.

39 It is clear that the process of project approval ended more hastily than it began. But was the consultation provided by the Province nonetheless adequate? On the findings of the courts below, I conclude that it was.

Il ne fait pas de doute qu'il y a eu, à la fin, accélération du processus d'approbation du projet. Mais la consultation menée par la province a-t-elle été suffisante malgré tout? Les constatations des juridictions inférieures m'amènent à conclure affirmativement.

40 The chambers judge was satisfied that any duty to consult was satisfied until December 1997, because the members of the TRTFN were full participants in the assessment process (para. 132). I would agree. The Province was not required to develop special consultation measures to address TRTFN's concerns, outside of the process provided for by the *Environmental Assessment Act*, which specifically set out a scheme that required consultation with affected Aboriginal peoples.

La juge en son cabinet a estimé que l'obligation de consulter a été respectée jusqu'en décembre 1997, parce que la PNTTR participait alors à part entière à l'évaluation (par. 132). Je souscris à son opinion. La province n'était pas tenue de mettre sur pied, pour l'examen des préoccupations de la PNTTR, une procédure spéciale de consultation différente de celle établie par l'*Environmental Assessment Act*, qui requiert expressément la consultation des Autochtones concernés.

41 The Act permitted the Committee to set its own procedure, which in this case involved the formation of working groups and subcommittees, the commissioning of studies, and the preparation of a written recommendations report. The TRTFN was at the heart of decisions to set up a steering group to deal with Aboriginal issues and a subcommittee on the road access proposal. The information and analysis required of Redfern were clearly shaped by TRTFN's concerns. By the time that the assessment was concluded, more than one extension of

La Loi autorisait le comité à établir lui-même sa procédure. Il a ainsi décidé de former des groupes de travail et des sous-comités, de commander des études et la préparation d'un rapport faisant état de ses recommandations. La PNTTR a été l'instigatrice des décisions de mettre sur pied un groupe directeur chargé d'étudier les questions autochtones et un sous-comité pour l'examen de la proposition concernant l'accès à la route. Les renseignements et l'analyse demandés à Redfern reflétaient clairement les préoccupations de la PNTTR. À la fin de

2004 SCC 74 (CanLII)

statutory time limits had been granted, and in the opinion of the project assessment director, "the positions of all of the Project Committee members, including the TRTFN had crystallized" (Affidavit of Norman Ringstad, at para. 82 (quoted at para. 57 of the Court of Appeal's judgment)). The concerns of the TRTFN were well understood as reflected in the Recommendations Report and Project Report, and had been meaningfully discussed. The Province had thoroughly fulfilled its duty to consult.

l'évaluation, plus d'une prorogation des délais prévus par la Loi avait été accordée et, selon le directeur de l'évaluation du projet, [TRADUCTION] « tous les membres du comité responsable du projet, y compris la PNTTR, avaient formé leur opinion » (par. 82 de l'affidavit de Norman Ringstad (cité au par. 57 de l'arrêt de la Cour d'appel)). Les préoccupations de la PNTTR ont été bien comprises, comme le montrent le rapport faisant état des recommandations et le rapport de projet, et elles ont été analysées en profondeur. La province s'est pleinement acquittée de son obligation de consultation.

As discussed in *Haida*, the process of consultation may lead to a duty to accommodate Aboriginal concerns by adapting decisions or policies in response. The purpose of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* is to facilitate the ultimate reconciliation of prior Aboriginal occupation with *de facto* Crown sovereignty. Pending settlement, the Crown is bound by its honour to balance societal and Aboriginal interests in making decisions that may affect Aboriginal claims. The Crown may be required to make decisions in the face of disagreement as to the adequacy of its response to Aboriginal concerns. Balance and compromise will then be necessary.

42 Comme il a été expliqué dans l'affaire *Haïda*, la consultation peut donner lieu à l'obligation de trouver des accommodements aux préoccupations des Autochtones en adaptant des décisions ou des politiques en conséquence. L'objectif du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est de favoriser la conciliation ultime de l'occupation antérieure du territoire par les Autochtones et la souveraineté de fait de la Couronne. Tant que la question n'est pas réglée, le principe de l'honneur de la Couronne commande que celle-ci mette en balance les intérêts de la société et ceux des peuples autochtones lorsqu'elle prend des décisions susceptibles d'entraîner des répercussions sur les revendications autochtones. Elle peut être appelée à prendre des décisions en cas de désaccord quant au caractère suffisant des mesures adoptées en réponse aux préoccupations exprimées par les Autochtones. Une attitude de pondération et de compromis s'impose alors.

The TRTFN in this case disputes the adequacy of the accommodation ultimately provided by the terms of the Project Approval Certificate. It argues that the Certificate should not have been issued until its concerns were addressed to its satisfaction, particularly with regard to the establishment of baseline information.

43 En l'espèce, la PNTTR conteste le caractère suffisant des mesures d'accommodement prévues par les conditions dont est assorti le certificat d'approbation de projet. Elle soutient que celui-ci n'aurait pas dû être délivré tant qu'on n'avait pas répondu de façon satisfaisante à ses préoccupations, surtout en ce qui concerne l'établissement de données de base.

With respect, I disagree. Within the terms of the process provided for project approval certification under the Act, TRTFN concerns were adequately accommodated. In addition to the discussion in the minority report, the majority report thoroughly identified the TRTFN's concerns and recommended mitigation strategies, which were adopted into the

44 En toute déférence, je ne souscris pas à cette opinion. Dans le cadre du processus prévu par la Loi pour la délivrance du certificat d'approbation de projet, les préoccupations de la PNTTR ont fait l'objet de mesures d'accommodement suffisantes. En plus de l'analyse présentée dans le rapport minoritaire, le rapport majoritaire a exposé en détail les

2004 SCC 74 (CanLII)

terms and conditions of certification. These mitigation strategies included further directions to Redfern to develop baseline information, and recommendations regarding future management and closure of the road.

45 Project approval certification is simply one stage in the process by which a development moves forward. In *Haida*, the Province argued that although no consultation occurred at all at the disputed, "strategic" stage, opportunities existed for Haida input at a future "operational" level. That can be distinguished from the situation in this case, in which the TRTFN was consulted throughout the certification process and its concerns accommodated.

46 The Project Committee concluded that some outstanding TRTFN concerns could be more effectively considered at the permit stage or at the broader stage of treaty negotiations or land use strategy planning. The majority report and terms and conditions of the Certificate make it clear that the subsequent permitting process will require further information and analysis of Redfern, and that consultation and negotiation with the TRTFN may continue to yield accommodation in response. For example, more detailed baseline information will be required of Redfern at the permit stage, which may lead to adjustments in the road's course. Further socio-economic studies will be undertaken. It was recommended that a joint management authority be established. It was also recommended that the TRTFN's concerns be further addressed through negotiation with the Province and through the use of the Province's regulatory powers. The Project Committee, and by extension the Ministers, therefore clearly addressed the issue of what accommodation of the TRTFN's concerns was warranted at this stage of the project, and what other venues would also be appropriate for the TRTFN's continued input. It is expected that, throughout the permitting, approval and licensing process, as well as in the development of a land use strategy, the Crown will continue to fulfill its

préoccupations de la PNTTR et a recommandé des mesures d'atténuation, lesquelles ont été intégrées dans les conditions du certificat. Ces mesures prévoyaient notamment qu'il soit ordonné à Redfern d'établir des données de base et comprenaient des recommandations au sujet de la gestion future de la route et sa fermeture.

La délivrance du certificat d'approbation de projet est simplement l'étape du processus qui permet la mise en œuvre du projet. Dans l'affaire *Haïda*, la province a fait valoir que, même s'il n'y avait pas eu du tout de consultation à l'étape en litige, soit celle de la [TRADUCTION] « stratégie », les Haïda avaient la possibilité de se faire entendre ultérieurement, à l'étape des [TRADUCTION] « activités ». La situation est différente en l'espèce, car la PNTTR a été consultée tout au long du processus de délivrance du certificat, et ses préoccupations ont fait l'objet de mesures d'accommodement.

Le comité d'examen du projet a conclu que certaines préoccupations non encore examinées pourraient être étudiées de façon plus efficace à l'étape du permis, dans le contexte plus large de la négociation de traités ou lors de la planification d'une stratégie d'utilisation du territoire. Il ressort clairement du rapport majoritaire et des conditions du certificat que, pour la délivrance des permis subséquents, Redfern devra fournir d'autres renseignements et analyses, et que des consultations et négociations ultérieures avec la PNTTR pourront entraîner la prise de mesures d'accommodement. Par exemple, Redfern devra fournir des données de base plus détaillées à l'étape du permis, ce qui pourrait entraîner un rajustement du tracé de la route. D'autres études socio-économiques seront effectuées. Il a été recommandé de former un groupe conjoint d'aménagement et de répondre aux préoccupations de la PNTTR par la négociation avec la province et par le recours aux pouvoirs de réglementation de celle-ci. Il ne fait donc aucun doute que le comité d'examen du projet, et par voie de conséquence les ministres, ont examiné la question de savoir dans quelle mesure les préoccupations de la PNTTR devaient faire l'objet d'accommodements à ce stade du projet et dans quelles autres instances celle-ci pourrait continuer de participer au processus. On s'attend à ce que, à

2004 SCC 74 (CanLII)

honourable duty to consult and, if indicated, accommodate the TRTFN.

IV. Conclusion

In summary, I conclude that the consultation and accommodation engaged in by the Province prior to issuing the Project Approval Certificate for the Tulsequah Chief Mine were adequate to satisfy the honour of the Crown. The appeal is allowed. Leave to appeal was granted on terms that the appellants pay the party and party costs of the respondents TRTFN and Melvin Jack for the application for leave to appeal and for the appeal in any event of the cause. There will be no order as to costs with respect to the respondents Redfern Resources Ltd. and Redcorp Ventures Ltd.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellants: Fuller Pearlman & McNeil, Victoria.

Solicitors for the respondents Taku River Tlingit First Nation and Melvin Jack, on behalf of himself and all other members of the Taku River Tlingit First Nation: Pape & Salter, Vancouver.

Solicitors for the respondents Redfern Resources Ltd. and Redcorp Ventures Ltd. formerly known as Redfern Resources Ltd.: Blake Cassels & Graydon, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Department of Justice, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Justice, Edmonton.

Solicitors for the interveners Business Council of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of

chacune des étapes (permis, licences et autres autorisations) ainsi que lors de l'élaboration d'une stratégie d'utilisation du territoire, la Couronne continue de s'acquitter honorablement de son obligation de consulter la PNTTR et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux préoccupations de celle-ci.

IV. Conclusion

47

En résumé, je conclus que les mesures de consultation et d'accommodement adoptées par la province avant de délivrer le certificat d'approbation du projet de la mine Tulsequah Chief étaient suffisantes pour préserver l'honneur de la Couronne. Le pourvoi est accueilli. L'autorisation de pourvoi a été accordée à la condition que les appelants paient, sur la base partie-partie, les dépens des intimés PNTTR et Melvin Jack pour la demande d'autorisation de pourvoi et pour le pourvoi, quelle que soit l'issue de la cause. Aucune ordonnance relative aux dépens n'est rendue à l'égard des intimées Redfern Resources Ltd. et Redcorp Ventures Ltd.

Pourvoi accueilli.

Procureurs des appelants : Fuller Pearlman & McNeil, Victoria.

Procureurs des intimés la Première nation Tlingit de Taku River et Melvin Jack, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la Première nation Tlingit de Taku River : Pape & Salter, Vancouver.

Procureurs des intimées Redfern Resources Ltd. et Redcorp Ventures Ltd. auparavant connue sous le nom de Redfern Resources Ltd. : Blake Cassels & Graydon, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Alberta Justice, Edmonton.

Procureurs des intervenants Business Council of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of

2004 SCC 74 (CanLII)

Commerce, British Columbia Wildlife Federation, Council of Forest Industries, Mining Association of British Columbia and Aggregate Producers Association of British Columbia: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener Doig River First Nation: Rath & Company, Priddis, Alberta.

Solicitors for the intervener First Nations Summit: Braker & Company, Port Alberni, British Columbia.

Solicitors for the intervener Union of British Columbia Indian Chiefs: Cook Roberts, Victoria.

Commerce, British Columbia Wildlife Federation, Council of Forest Industries, Mining Association of British Columbia et Aggregate Producers Association of British Columbia : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Première nation de Doig River : Rath & Company, Priddis, Alberta.

Procureurs de l'intervenant le Sommet des Premières nations : Braker & Company, Port Alberni, Colombie-Britannique.

Procureurs de l'intervenante Union of British Columbia Indian Chiefs : Cook Roberts, Victoria.

2004 SCC 74 (CanLII)

9

This consolidation is unofficial and is for reference only. For the official version of the regulations, consult the original documents on file with the Office of the Registrar of Regulations, or refer to the Royal Gazette Part II.

Regulations are amended frequently. Please check the list of Regulations by Act to see if there are any recent amendments to these regulations filed with our office that are not yet included in this consolidation.

Although every effort has been made to ensure the accuracy of this electronic version, the Office of the Registrar of Regulations assumes no responsibility for any discrepancies that may have resulted from reformatting.

This electronic version is copyright © 2025, Province of Nova Scotia, all rights reserved. It is for your personal use and may not be copied for the purposes of resale in this or any other form.

Aquaculture Licence and Lease Regulations
made under Section 64 of the
Fisheries and Coastal Resources Act
S.N.S. 1996, c. 25
O.I.C. 2015-338 (October 26, 2015), N.S. Reg. 347/2015
amended to O.I.C. 2019-322 (effective November 12, 2019), N.S. Reg. 186/2019

Table of Contents

Please note: this table of contents is provided for convenience of reference and does not form part of the regulations.

Click here to go to the text of the regulations.

Citation
Definitions
Factors to be considered in decisions related to marine aquaculture sites
Options to Lease
Details in call for proposals
Unsolicited proposal for option to lease
Issuing options to lease
Fee required to secure option to lease
Duration of option to lease
Public notice of issued option to lease
Scoping process for option to lease holder for marine aquaculture site
New application for a marine site in a non-designated area
Incomplete application
Adjudicative Amendments
Approval to advance application for adjudicative amendment
Scoping process for applicant for adjudicative amendment
Applying for adjudicative amendment
Consultations on adjudicative amendment application
Performance review on application for adjudicative amendment
Minister must refer application to Review Board
Adjudicative Hearings
Adjudicative hearing process
Date of adjudicative hearing
Public notice of adjudicative hearing
Pre-hearing submissions for adjudicative hearing
Location of adjudicative hearing
Parties to adjudicative hearing
Request for intervenor status

Copies of documents to intervenor
Intervenors' evidence may be consolidated
Copies of documents and correspondence to parties
Review Board authority
Opening adjudicative hearing
Adjourning and reconvening adjudicative hearing
Evidence at adjudicative hearing
Documentary and real evidence at adjudicative hearing
Public participation in adjudicative hearing
Questions at adjudicative hearing
Conclusion of adjudicative hearing
Record of adjudicative hearing
Decision on application for adjudicative hearing
Deadline for implementing Review Board decision
Administrative Decisions
Prescribed process for administrative decisions
Manner of applying to Administrator
Consultations on application to Administrator
Public submissions on application to Administrator
Administrator's decision
Land-based Aquaculture
Factors to be considered in application for land-based aquaculture licence
Applications for land-based aquaculture
U-fish operations
Special Experimental Leases and Licences
Applying for special experimental licence
Applying for special experimental lease
Research purposes
Research results
No assigning special experimental licence or lease
Conversion to commercial purpose
Institutional Licences and Leases
Applying for institutional licence
Applying for institutional lease
Terms and Conditions of Aquaculture Licences and Aquaculture Leases
Term and renewal of aquaculture licence or aquaculture lease
Application of Sections 54 to 58
Information included on licence or lease
Location and marking
Security bond
Access for riparian land owner
Recording and reporting requirements
No sublicensing or subletting
Use of aquaculture site
Discontinuance of Aquacultural Operation at Marine Site
Request for certificate of discharge
When Minister may remediate aquaculture site
Certificate of discharge
Reallocated Marine Aquaculture Sites
Definition for Sections 64 to 67
Call for proposals

Evaluating proposals
Application requirements for reallocation of marine aquaculture site
Aquaculture Development Areas
Definition for Sections 68 to 70
Call for proposals
Evaluating proposals
Application requirements for licence and lease in aquaculture development area
Performance Reviews Conducted by Administrator
Definition for Sections 72 and 73
Timing of performance reviews
Outcomes of performance review
Fee Payments and Fee Waivers
Fees required
Application fee payable on date application submitted
Prescribed Fees
Fee to secure option to lease
Fees for aquaculture licence and aquaculture lease applications
Annual fees
Minister may waive annual fee

Citation

1 These regulations may be cited as the *Aquaculture Licence and Lease Regulations*.

Definitions

2 In these regulations,

"Act" means the *Fisheries and Coastal Resources Act*;

"adjudicative amendment" means an amendment to an aquaculture licence or aquaculture lease that the Review Board is required by clause 49(b) or (c) of the Act to decide on;

"adjudicative hearing" means a public hearing held by the Review Board as required by Section 51 of the Act in accordance with the process set out in Sections 17 to 36;

"aquaculture development area" means an aquaculture development area designated by the Minister under clause 56(1)(a) of the Act;

"bottom shellfish with gear method" means a method of shellfish aquaculture using gear placed on the solum;

"bottom shellfish without gear method" means a method of shellfish aquaculture practised without using gear placed on the solum;

"development plan" means a document that specifies the technical aspects and feasibility of an aquacultural operation at a particular site;

"Farm Management Plan" means a farm management plan as required by the *Aquaculture Management Regulations* made under the Act;

"institutional lease" means an institutional lease granted by the Administrator under Section 55A of the Act;

"institutional licence" means an institutional licence granted by the Administrator under Section 55A of the Act;

"intervenor" means a person who is granted leave to intervene in an adjudicative hearing before the Review Board under Section 23;

"option to lease" means an option issued by the Minister under subsection 44A(4) of the Act to lease a tract of Crown land that is not designated as an aquaculture development area;

"prescribed fee" means a fee prescribed in Sections 76 to 78;

"reallocation", in relation to an aquaculture site, means the issuance of an aquaculture licence or aquaculture lease for the aquaculture site after the revocation of its previous aquaculture licence or aquaculture lease, as referred to in clauses 54A(1)(f) and 58(1)(e) of the Act and subsection 59(2) of the Act;

"special experimental lease" means a special experimental lease granted by the Administrator under Section 55 of the Act;

"security bond" means a surety bond or any other form of financial security acceptable to the Administrator;

"special experimental licence" means a special experimental licence granted by the Administrator under Section 55 of the Act;

"suspended shellfish method" means a method of shellfish aquaculture using gear placed in the water column;

"u-fish pond" means a pond stocked with fish that meets all of the following criteria:

(i) it is located on private property,

(ii) in the opinion of the Administrator, it is used primarily for the purpose of allowing persons to fish in the pond with rod and line for a fee.

Factors to be considered in decisions related to marine aquaculture sites

3 In making decisions related to marine aquaculture sites, the Review Board or Administrator must take all of the following factors into consideration:

(a) the optimum use of marine resources;

(b) the contribution of the proposed operation to community and Provincial economic development;

(c) fishery activities in the public waters surrounding the proposed aquacultural operation;

(d) the oceanographic and biophysical characteristics of the public waters surrounding the proposed aquacultural operation;

(e) the other users of the public waters surrounding the proposed aquacultural operation;

(f) the public right of navigation;

(g) the sustainability of wild salmon;

(h) the number and productivity of other aquaculture sites in the public waters surrounding the proposed aquacultural operation;

Options to Lease

Details in call for proposals

4 A call for proposals for options to lease issued by the Minister must include any details the Minister considers necessary, including all of the following:

(a) a description of the geographic area under consideration;

(b) the types of species to be cultivated;

(c) the method of cultivation to be used;

(d) the deadline for submitting a proposal;

(e) the number of options to be issued.

Unsolicited proposal for option to lease

5 The Minister may entertain an unsolicited proposal for an option to lease in a manner determined by the Minister.

Issuing options to lease

6 **(1)** The Minister may establish procedures for evaluating proposals for and issuing options to lease.

(2) The Minister has sole discretion in deciding whether to issue an option to lease and, if issued, whether to issue it

(a) as set out in the proposal for the option; or

(b) with variations from the proposal for the option.

(3) In deciding on a proposal for an option to lease, the Minister may take any of the following into consideration:

(a) the potential benefits to the community and Province;

(b) any previous record of the proponent related to aquacultural operations;

(c) the ability of the proponent to carry out the proposal;

(d) the concentration of current and proposed aquacultural operations, in order to ensure orderly development of the industry;

(e) the suitability of the proposal, determined in accordance with any policies established by the Minister.

(4) Before issuing an option to lease, the Minister must notify the proponent that their proposal has been approved and that a fee to secure the option must be paid as required by Section 7 before the option to lease will be issued.

Fee required to secure option to lease

7 **(1)** To secure an option to lease, a proponent must pay the prescribed fee no later than 15 days after the date the Minister notifies the proponent under subsection 6~~(5)~~[(4)] of their successful proposal for the option to lease.

(2) The Minister must not issue an option to lease to a proponent who does not pay the prescribed fee as required by subsection (1).

Duration of option to lease

8 **(1)** Unless it is renewed under subsection (2), an option to lease expires on the date determined by the Minister, which must be no later than 6 months from the date the option is issued.

(2) At the written request of the holder, the Minister may grant an extension of up to 6 months to the duration of an option to lease.

Public notice of issued option to lease

9 **(1)** The Minister must publish notice of an issued option to lease on the Department's website and in the *Royal Gazette* Part I no later than the following dates:

(a) 30 days after the option has been issued; or

(b) 60 days after the option has been issued, if requested by the proponent and approved by the Minister.

(2) Notice of an issued option to lease must include any information determined by the Minister.

(3) In addition to publishing notice of an issued option to lease as required by subsection (1), the Minister may do any of the following:

(a) notify any person, group of persons or organization, as determined by the Minister, of the issued option to lease;

(b) publish notice of the issued option to lease by any means determined by the Minister.

Scoping process for option to lease holder for marine aquaculture site

10 **(1)** Before submitting an application for an aquaculture licence or aquaculture lease for a marine aquaculture site in the area for which their option to lease was issued, an option to lease holder must complete a scoping process.

(2) The scoping process required by subsection (1) must be carried out as determined by the Minister and must include at least 1 public information meeting that is

(a) organized by the option to lease holder; and

(b) held in the community that the Minister determines is the most appropriate community closest to the location of the aquaculture site that is the subject of the option to lease.

(3) An option to lease holder must publish notice of the public information meeting required by subsection (2) in a manner determined by the Minister.

New application for a marine site in a non-designated area

11 **(1)** An option to lease holder who wishes to apply for an aquaculture licence or aquaculture lease must submit their application

(a) after completing the scoping process required by Section 10; and

(b) before their option to lease expires.

(2) In addition to any information required by the Minister under Section 46 of the Act, an option to lease holder must include all of the following with their application for an aquaculture licence or aquaculture lease:

(a) a report on the scoping process carried out under Section 10, including any details required by the Minister;

(b) a development plan that meets the criteria established by the Minister for the type of aquacultural operation to be carried out under the licence or lease.

Incomplete application

11A (1) If the Minister considers an application for an aquaculture licence and aquaculture lease to be incomplete, the Minister must notify the applicant in writing of all of the following:

(a) that the application is incomplete;

(b) that, for the application to be processed, the applicant must provide the additional required information no later than 90 days after the date of the Minister's notice.

(2) If an applicant does not submit the required additional information in compliance with the deadline in clause (1)(b), the Minister must notify the applicant in writing that the application is deemed to be withdrawn.

Adjudicative Amendments

Approval to advance application for adjudicative amendment

11B (1) In this Section,

"approval" means an approval issued by the Minister under subsection 47A(4) of the Act to advance an application for an adjudicative amendment before the Review Board; and

"proposal" means a proposal to the Minister under subsection 47A(1) of the Act to advance an application for an adjudicative amendment before the Review Board.

(2) The Minister may establish procedures for evaluating proposals and issuing approvals.

(3) Subject to any extension granted under subsection (4), the prescribed duration of approvals for the purpose of clause 47A(5)(b) of the Act is 6 months.

(4) At the written request of the holder of an approval, the Minister may extend the approval's duration for up to 6 months.

Scoping process for applicant for adjudicative amendment

12 (1) Before applying for an adjudicative amendment, the holder of the aquaculture licence or aquaculture lease must complete a scoping process.

(2) The scoping process required by subsection (1) must be carried out as determined by the Minister and must include at least 1 public information meeting that is

(a) organized by the holder of the aquaculture licence or aquaculture lease; and

(b) held in the community that the Minister determines is the most appropriate community closest to the location of the site that is the subject of the aquaculture licence or aquaculture lease.

(3) A prospective applicant for an adjudicative amendment must publish notice of the public information meeting required by subsection (2) in a manner determined by the Minister.

Applying for adjudicative amendment

13 An application for an adjudicative amendment must include any information or documentation that the Minister considers necessary to assess the application, including all of the following:

(a) a report on the scoping process carried out under Section 12, including any details required by the Minister;

(b) an updated development plan that meets the criteria established by the Minister for the type of aquacultural operation to be carried out under the amended aquaculture licence or lease.

Consultations on adjudicative amendment application

14 (1) On receipt of a completed application for an adjudicative amendment, the Minister must appoint an employee of the Department to undertake consultations with any of the following as required under the laws of the Province or of Canada with respect to the application:

(a) a department or agency of the Government of Nova Scotia;

(b) a department or agency of the Government of Canada.

(2) In addition to any required consultation referred to in subsection (1), the Minister may appoint an employee of the Department to undertake consultations with any person, group of persons or organization that the Minister considers necessary in the circumstances.

Performance review on application for adjudicative amendment

15 (1) On receipt of a completed application for an adjudicative amendment, the Minister must appoint an employee of the Department to conduct a performance review of the aquacultural operation that is the subject of the amendment.

(2) The Minister must determine the criteria for and scope of a performance review under this Section.

Minister must refer application to Review Board

16 The Minister must refer a completed application for an adjudicative amendment to the Review Board, along with all of the following:

(a) a report on the outcomes of any consultations undertaken under Section 14;

(b) a report on any outcomes of the performance review conducted under Section 15.

Adjudicative Hearings

Adjudicative hearing process

17 The Review Board must follow the adjudicative hearing process with respect to any of the following applications:

(a) an aquaculture licence or aquaculture lease application with respect to a marine site in an area not designated as an aquaculture development area, as referred to in clause 49(a) of the Act;

(b) an application for an adjudicative amendment.

Date of adjudicative hearing

18 (1) No later than 15 days after receiving an application referred by the Minister, the Review Board must set a date for an adjudicative hearing.

(2) The date of an adjudicative hearing must be at least 60 days but no later than 90 days after the date on which the Review Board sets the adjudicative hearing date under subsection (1).

(3) The Review Board must give the parties to an adjudicative hearing at least 60 days' written notice of the hearing date.

Public notice of adjudicative hearing

19 **(1)** At least 60 days before the date set for an adjudicative hearing, the clerk of the Review Board must publish notice of the adjudicative hearing on the Department's website and in the Royal Gazette Part I.

(2) Public notice of an adjudicative hearing must include all of the following information:

(a) the nature of the hearing;

(b) the time and place of the hearing;

(c) the location of the aquaculture site that is the subject of the adjudicative hearing;

(d) the species and method of cultivation proposed;

(e) the applicant's name;

(f) any information about the hearing that the Review Board determines should be made public.

(3) In addition to publishing notice of an adjudicative hearing as required by subsection (1), the clerk of the Review Board may publish the notice by any means determined by the Review Board.

Pre-hearing submissions for adjudicative hearing

20 Members of the public may submit written comments to the Review Board during the notice period provided for an adjudicative hearing and in the manner determined by the Review Board.

Location of adjudicative hearing

21 An adjudicative hearing must be held in the community that the Review Board determines is the most appropriate community closest to the aquaculture site that is the subject of the hearing.

Parties to adjudicative hearing

22 All of the following are parties to an adjudicative hearing:

(a) the applicant;

(b) any intervenor;

(c) the Minister or the Minister's designate.

Request for intervenor status

23 **(1)** A person may request intervenor status from the Review Board.

(2) A request under subsection (1) must be in writing in a form determined by the Review Board and must be submitted to the Review Board no later than 10 days after the date that notice of the adjudicative hearing is published under Section 19.

(3) No later than 10 days after the date it receives a request for intervenor status, the Review Board must decide whether to grant or refuse the request.

(4) The Review Board must grant intervenor status to any person requesting it who, in the opinion of the Review Board, is substantially and directly affected by the hearing.

(5) A decision made by the Review Board with respect to intervenor status is final.

(6) No later than 5 days after deciding on a request for intervenor status, the Review Board must provide notice of its decision to the person requesting intervenor status and, if the request is granted, to each of the parties to the proceeding.

Copies of documents to intervenor

24 (1) Subject to any order under subsection (2) respecting confidentiality, promptly after receiving ~~of~~ any of the following documents referred by the Minister for an adjudicative hearing, the Review Board must provide copies of the documents to an intervenor in the hearing:

(a) for an application for a new aquaculture licence or aquaculture lease for a marine site in a non-designated area, the documents referred to in subsection 11(2);

(b) for an application for an adjudicative amendment, the documents referred to in Section 13.

(2) If an applicant requests, consistent with the Review Board's procedures, that the Review Board hold a document in confidence, the requirement to provide copies in subsection (1) does not apply until the Review Board makes an order respecting the confidentiality of the document, and the requirement must then be applied only in a manner consistent with the Review Board's order.

Intervenors' evidence may be consolidated

25 The Review Board may require all or part of 2 or more intervenors' evidence to be consolidated if the Review Board determines that consolidation is necessary to avoid repetitive or cumulative evidence.

Copies of documents and correspondence to parties

26 (1) Subject to any order under subsection (1A) respecting confidentiality, a party to an adjudicative hearing who files any correspondence or document with the Review Board, other than a document referred to in Section 24, must at the same time deliver a copy of the document or correspondence to each of the other parties to the adjudicative hearing.

(1A) If a party to an adjudicative hearing requests, consistent with the Review Board's procedures, that the Review Board hold a document in confidence, the requirement to deliver copies in subsection (1) does not apply until the Review Board makes an order respecting the confidentiality of the document, and the requirement must then be applied only in a manner consistent with the Review Board's order.

(2) At the same time it delivers any correspondence to a party to an adjudicative hearing, the Review Board must deliver a copy of the correspondence to each of the other parties.

Review Board authority

27 (1) If procedures are not provided for in these regulations or in the Act, the Review Board may do whatever is necessary and permitted by law to enable it to effectively and completely adjudicate on the matter before it.

(2) The Review Board may dispense with, amend, vary or supplement all or part of the procedures for adjudicative hearings set out in these regulations if it is satisfied that the special circumstances of the application before it so require or it is in the public interest to do so.

Opening adjudicative hearing

28 The Review Board must open an adjudicative hearing by describing in general terms the purpose of the adjudicative hearing and the general procedure governing its conduct.

Adjourning and reconvening adjudicative hearing

29 **(1)** The Review Board may adjourn an adjudicative hearing and reconvene the adjudicative hearing at any time and at any place the Review Board considers appropriate.

(2) The Review Board must provide reasonable notice of the time and place of a reconvened hearing to the parties to the hearing and to the public.

Evidence at adjudicative hearing

30 **(1)** Evidence presented at an adjudicative hearing must be relevant to all of the following:

(a) the proposed aquacultural operation, including its geographic location;

(b) the factors to be considered by the Review Board as required by Section 3.

(2) The Review Board may exclude anything it considers to be hearsay, irrelevant, immaterial or unduly repetitious from the evidence presented at an adjudicative hearing.

(3) A party is not entitled to present the evidence of an expert witness at an adjudicative hearing unless

(a) the evidence is in the form of a report that includes the expert's name, address and qualifications, along with a statement of the substance of the expert's proposed evidence; and

(b) the party has provided the evidence to the Review Board and each of the other parties as required by subsection (5).

(4) A party to an adjudicative hearing may submit written evidence or present oral testimony to explain their position.

(5) At least 15 days before the date of an adjudicative hearing, a party who intends to present written or visual evidence at the adjudicative hearing must provide that evidence to the Review Board through an affidavit, with a copy to each of the other parties.

(6) The Review Board may take notice of any facts of which judicial notice could be taken.

Documentary and real evidence at adjudicative hearing

31 **(1)** The clerk of the Review Board must number or otherwise identify each document, material item and object offered and accepted as evidence in an adjudicative hearing.

(2) The Review Board may accept evidence submitted in the form of a copy or excerpt if the original is not readily available.

(3) The Review Board may require any person presenting a document or photograph as an exhibit to submit a specified number of copies, unless the document or photograph is determined to be unsuitable for reproduction.

Public participation in adjudicative hearing

32 **(1)** Any member of the public may participate in an adjudicative hearing by making a sworn oral statement or an affirmation providing the Review Board with all of the following information:

(a) their name;

(b) their place of residence;

(c) their position on the issues, subject to any limits, terms and conditions determined by the Review Board.

(2) The Review Board must limit the duration of oral testimony given by a member of the public to 6 minutes per person.

(3) To be considered by the Review Board, a sworn oral statement or an affirmation provided by any member of the public must be in relation to 1 or more of the factors set out in Section 3.

Questions at adjudicative hearing

33 (1) The Chair of the Review Board may determine the order of questioning at an adjudicative hearing.

(2) The Chair may exclude any question that, in the opinion of the Chair, is outside of the terms of reference of the Review Board or is needlessly repetitive in nature.

(3) The Chair may limit the number of questions that may be asked at an adjudicative hearing.

(4) A question addressed to a group of persons representing a party may be directed to a specific member of the group or all members present in person.

(5) If a question is directed to a specific member of a group representing a party and that person is unable to answer because of a lack of knowledge or qualification, the Chair may permit another member of the group to provide an answer.

(6) If a party is unable to answer a question without further consultation or research, the party must undertake to provide an answer on or before the close of the hearing or, if that is not possible, no later than 7 days after the close of the adjudicative hearing, and the clerk must provide the response to the person who asked the question and to any other person on request.

Conclusion of adjudicative hearing

34 (1) At the conclusion of an adjudicative hearing, the record of the hearing must be closed and, except by agreement of all parties or as specified by the Review Board in accordance with subsection (2), no other evidence may be entered into the record.

(2) The Review Board may re-open the record of an adjudicative hearing after it has been closed to take additional evidence on specific issues if the Review Board is not satisfied that all necessary information to make a decision has been presented.

Record of adjudicative hearing

35 (1) The clerk of the Review Board must keep a full and complete record for each adjudicative hearing.

(2) A record of an adjudicative hearing must include all of the following:

(a) the application;

(b) supporting documents;

(c) all exhibits.

Decision on application for adjudicative hearing

36 **(1)** No later than 30 days after the date that an adjudicative hearing concludes, the Review Board must decide on the application and issue a written decision that includes the reasons for the decision.

(2) In setting out reasons in a written decision, the Review Board must include all of the following:

(a) the findings of fact on the evidence related to the factors set out in Section 3;

(b) the conclusions of law based on the findings of fact;

(c) particulars of any deviations by the Review Board from the procedures for adjudicative hearings set out in these regulations, as allowed under subsection ~~24~~[27](2).

(3) Once a written decision on an application is issued by the Review Board, the clerk of the Review Board must

(a) send a certified copy of the decision to each party to the adjudicative hearing on the application; and

(b) publish a certified copy of the decision on the Department's website.

Deadline for implementing Review Board decision

37 An action of the Minister to implement a decision of the Review Board must be taken no later than 15 days after the closing date of the appeal period set out in Section 50 of the Act.

Administrative Decisions

Prescribed process for administrative decisions

38 **(1)** Except as provided in subsection (2), the process set out in Sections 39 to 42 is prescribed as the process to be followed by the Administrator in making a decision with respect to an application for any of the following:

(a) an aquaculture licence or aquaculture lease in a designated aquaculture development area;

(b) an aquaculture licence for a land-based aquaculture site;

(c) an amendment of an aquaculture licence or aquaculture lease;

(d) a renewal of an aquaculture licence or aquaculture lease;

(e) an assignment of an aquaculture licence or aquaculture lease;

(f) a special experimental licence or special experimental lease;

(g) a reallocation of an aquaculture site;

(h) an institutional licence or institutional lease in a designated aquaculture development area.

(2) The administrative decision process prescribed by subsection (1) is not required for any of the following:

(a) a routine amendment to an aquaculture licence or aquaculture lease that is required to correct an error or to address a revised policy or a regulatory change of the Government of Nova Scotia or of the Government of Canada;

(b) a request for corresponding expiry dates under subsection 52(5);

(c) a renewal of a special experimental licence or special experimental lease;

(d) an amalgamation of aquaculture licences or aquaculture leases and their associated aquaculture sites.

Manner of applying to Administrator

39 Any application referred to in clauses 38(1)(c) to (f) must be made in a manner determined by the Administrator.

Consultations on application to Administrator

40 **(1)** On receipt of a completed application that is within the jurisdiction of the Administrator, the Administrator must undertake consultations with any of the following as required under the laws of the Province or of Canada with respect to the application:

(a) a department or agency of the Government of Nova Scotia;

(b) a department or agency of the Government of Canada.

(2) In addition to any required consultation referred to in subsection (1), the Administrator may undertake consultations with any person, group of persons or organization that the Administrator considers necessary in the circumstances.

Public submissions on application to Administrator

41 **(1)** On completion of any consultations conducted under Section 40 with respect to an application, the Administrator must publish a notice on the Department's website and in the Royal Gazette Part I inviting the public to submit written comments on the application to the Administrator within the 30 days following the date the notice is published.

(2) A public notice under subsection (1) must specify the period during which written comments may be submitted together with any additional information that the Administrator determines to be necessary.

(3) In addition to the means of publishing required by subsection (1), the Administrator may publish a notice inviting written comments on an application by any other means determined by the Administrator.

(4) A member of the public may submit written comments about an application to the Administrator by mail, fax or e-mail.

(5) To be considered by the Administrator, a written submission from a member of the public must meet all of the following requirements:

(a) it must identify the person making the comments and include contact information;

(b) it must describe how the person making the comment is connected with the matter to be determined;

(c) it must be submitted within the 30-day period specified in the notice published under subsection (1);

(d) if it concerns a marine aquaculture site, it must be in relation to 1 or more of the factors set out in Section 3;

(e) if it concerns a land-based aquaculture site, it must be in relation to 1 or more of the factors set out in Section 43.

Administrator's decision

42 **(1)** After the close of submissions under Section 41, the Administrator must decide on the application and issue a written decision that includes the reasons for the decision.

(2) On issuing a written decision, the Administrator must

(a) send a copy of the written decision issued to the applicant; and

(b) publish a copy of the decision on the Department's website.

Land-based Aquaculture

Factors to be considered in application for land-based aquaculture licence

43 In deciding on an application for a land-based aquaculture licence, the Administrator may take the following factors into consideration:

(a) the financial viability of the proponent and the proposed operation;

(b) the extent to which the proposal is in accordance with the Act, the relevant regulations made under the Act and any guidelines or policies established by the Minister;

(c) the technical viability of the proposed operation;

(d) any factors that the Administrator considers relevant to the application.

Applications for land-based aquaculture

44 In addition to any information required by the Minister under Section 46 of the Act, an application for a land-based aquaculture licence must include a development plan together with any information or documentation that the Administrator considers necessary to assess the application.

U-fish operations

45 **(1)** Sections 43 and 44 apply to an application for an aquaculture licence for a u-fish pond.

(2) The holder of an aquaculture licence for a u-fish pond must not process and sell the aquacultural produce from their u-fish pond.

Special Experimental Leases and Licences

Applying for special experimental licence

46 A person who wishes to conduct aquaculture to do any of the following may apply for a special experimental licence:

(a) test or develop new technology or methods;

(b) carry out basic research;

(c) test the technical feasibility of a aquaculture site.

Applying for special experimental lease

47 An applicant for a special experimental licence must also apply for a special experimental lease if the proposed aquaculture site is on Crown land.

Research purposes

48 Aquaculture conducted under a special experimental licence must be in support of research and must not be on a scale that exceeds the research purposes for which the special experimental licence or special experimental lease was granted.

Research results

49 **(1)** A holder of a special experimental licence must make a summary of the research results from the aquaculture conducted under the experimental licence available to the Minister.

(2) The Minister, in the Minister's sole discretion, may release the summary submitted under subsection (1) to the public in full or in part.

No assigning special experimental licence or lease

50 **(1)** A holder of a special experimental licence or special experimental lease must not assign the special experimental licence or special experimental lease.

(2) An assignment contrary to subsection (1) is void.

Conversion to commercial purpose

51 A holder of a special experimental licence or special experimental lease applying for a commercial aquaculture licence or aquaculture lease must apply to the Minister in accordance with Section 45 of the Act and these regulations, including any requirement to submit a proposal for an option to lease, if the application is for either of the following:

(a) the same site;

(b) an area that includes all or part of the same site.

Institutional Licences and Leases

Applying for institutional licence

51A An applicant for an institutional licence must apply in a manner determined by the Administrator.

Applying for institutional lease

51B If the proposed aquaculture site is on Crown land, an applicant for an institutional licence must also apply for an institutional lease.

Terms and Conditions of Aquaculture Licences and Aquaculture Leases

Term and renewal of aquaculture licence or aquaculture lease

52 **(1)** Except as provided in subsection (3), the term of an aquaculture licence must not exceed 10 years, and an aquaculture licence may be renewed for further terms of no longer than 10 years each.

(2) Except as provided in subsection (3), the term of an aquaculture lease must not exceed 20 years, and an aquaculture lease may be renewed for further terms of no longer than 20 years each.

(3) A special experimental licence or a special experimental lease is valid for a term of 1 year and may be renewed annually for up to 5 years.

(4) On application by the holder of an aquaculture licence or aquaculture lease at least 6 months before its term expires, the Administrator may renew the licence or lease.

(5) On request by the holder of an aquaculture licence or aquaculture lease, the Administrator may amend the expiry date of the licence or lease so that it corresponds with the expiry date of another aquaculture licence or aquaculture lease granted to the same holder, but only if this does not result in the granting or renewal of a term longer than that permitted under subsection (1) or (2).

Application of Sections 54 to 58

53 Sections 54 to 58 apply to all aquaculture licences and aquaculture leases, including, unless otherwise specified, special experimental licences and special experimental leases.

Information included on licence or lease

54 (1) An aquaculture licence or aquaculture lease must indicate all of the following information:

(a) the species that may be cultivated under the licence or lease;

(b) the methods of cultivation authorized under the licence or lease;

(c) the geographic coordinates of the boundaries of the site under the licence or lease.

(2) In addition to the requirements of subsection (1), an aquaculture licence or aquaculture lease may specify the maximum amount of aquacultural produce allowed on the site.

Location and marking

55 (1) An aquaculture licence holder must mark each of their sites in a manner determined by the Minister and keep each site marked during the term of their licence.

(2) An aquaculture licence holder must ensure all of the following:

(a) that each of their sites is marked as required under subsection (1) before any development takes place at the site;

(b) that equipment and aquacultural produce related to any of their sites remain within the geographic boundaries of that site.

Security bond

56 (1) An aquaculture licence holder must ensure that a security bond is in place for the aquaculture site under the licence until a certificate of discharge has been issued by the Administrator.

(2) The holder of a new aquaculture licence must not begin their aquacultural operation until any applicable security bond has been approved by the Administrator.

(3) A person carrying out an aquacultural operation under an existing aquaculture licence on the date these regulations come into force must, no later than 18 months after that date, provide the Administrator with proof that any security bond required by this Section is in place and meets the requirements of this Section.

(4) A security bond must be in a form satisfactory to the Administrator.

(5) Except as provided in subsection (6), and subject to subsection (7) and (8), a security bond must be in an amount equal to the amount set out in the following table for the type of aquacultural operation carried out by the licensee:

Type of Aquacultural Operation	**Security Bond Amount**
Land-based operation	none
Operation using only bottom shellfish without gear method	none
Operation using bottom shellfish with gear method, site size 10 ha or smaller	$500.00
Operation using bottom shellfish with gear method, site size larger than 10 ha and smaller than or equal to 50 ha	$1000.00
Operation using bottom shellfish with gear method, site size larger than 50 ha	$1500.00
Operation using suspended method for shellfish, marine plant or other species, site size 10 ha or smaller	$5000.00
Operation using suspended method for shellfish, marine plant or other species, site size larger than 10 ha and smaller than or equal to 50 ha	$10 000.00
Operation using suspended method for shellfish, marine plant or other species, site size larger than 50 ha	$15 000.00
Marine finfish operation	$1.50 per 100 kg licensed

(6) For a holder of a special experimental licence, the amount required for a security bond is 50% of the applicable amount specified in subsection (5).

(6A) For a holder of an institutional licence, the amount required for a security bond is 50% of the applicable amount specified in subsection (5).

(7) The security bond amount required for an aquaculture licence holder who is licensed for more than 1 species class on a site is the highest amount listed in subsection (5) that is applicable to that licensee.

(8) The Minister may approve collective security arrangements for a group of aquaculture licence holders if the Minister is satisfied that those arrangements will effectively meet the requirements of this Section.

Access for riparian land owner

57 An aquaculture licence holder must conduct their aquacultural operation so as not to deprive any riparian land owner of reasonable access to and from the water adjacent to the land of the riparian land owner.

Recording and reporting requirements

58 **(1)** An aquaculture licence holder must maintain current and accurate records of all of the following with respect to their aquacultural operation:

(a) all aquacultural produce sales, including the date, number or weight and destination of each sale;

(b) all losses of aquacultural produce by any means, including predation and weather;

(c) all on-site inventory;

(d) any information that the Minister requires to be recorded.

(2) An aquaculture licence holder must retain each record maintained under subsection (1) at their normal place of business for at least 7 years from the date of the last entry in the record.

(3) On request, an aquaculture licence holder must provide the Minister or the Minister's designate with any information from their records that is specified in the request in the manner and within the time period specified in the request.

(4) An aquaculture licence holder must submit an annual report to the Minister at a time determined by the Minister that sets out any information required by the Minister concerning the aquaculture licence holder's use of the aquaculture site under the licence and the productivity of the site.

No sublicensing or subletting

59 (1) A holder of an aquaculture licence must not sublicense their interest in an aquaculture site.

(2) A holder of an aquaculture lease must not sublet their interest in an aquaculture site.

(3) A sublicence or sublease contrary to this Section is void.

Use of aquaculture site

59A An aquaculture licence holder must use all of the aquaculture site for aquaculture purposes, to the degree and in the manner determined by the Administrator.

Discontinuance of Aquacultural Operation at Marine Site

Request for certificate of discharge

60 (1) On revocation of an aquaculture licence or aquaculture lease by the Administrator under Section 59A of the Act, or on the decision of an aquaculture licence holder to discontinue their marine aquacultural operation, the former aquaculture licence holder or aquaculture licence holder must obtain a certificate of discharge from the Administrator.

(2) A request to the Administrator for a certificate of discharge must include all of the following:

(a) a remediation plan;

(b) an anticipated date of completion of the remediation plan;

(c) payment of any outstanding fees that are owed for the aquaculture licence or aquaculture lease.

(3) On receipt of a request for a certificate of discharge, the Administrator must do 1 of the following with respect to the remediation plan submitted with the request:

(a) accept the remediation plan as submitted; or

(b) establish an amended remediation plan with or without adjusting the anticipated date of completion of the remediation plan.

When Minister may remediate aquaculture site

61 **(1)** The Minister may remediate an aquaculture site at the risk and expense of a former aquaculture licence holder or aquaculture licence holder in either of the following circumstances:

(a) the site is not remediated in accordance with the remediation plan by the anticipated date of completion provided in a request for a certificate of discharge under Section 60;

(b) the site is abandoned without the former aquaculture licence holder or aquaculture licence holder first requesting a certificate of discharge from the Administrator.

(2) The Minister may draw on the security bond of the former aquaculture licence holder or aquaculture licence holder to remediate an aquaculture site.

Certificate of discharge

62 On completion of a remediation plan established under Section 60 or a remediation carried out by the Minister under Section 61, the Administrator must issue a certificate of discharge to the former aquaculture licence holder or aquaculture licence holder and release any outstanding portion of their security bond.

Reallocated Marine Aquaculture Sites

Definition for Sections 64 to 67

63 In Sections 64 to 67, "proposal" means a proposal for the exclusive right to apply for reallocation of a marine aquaculture site.

Call for proposals

64 **(1)** The Administrator may issue a call for proposals.

(2) A call for proposals must include any details the Administrator considers necessary, including all of the following:

(a) a description of the location and size of the aquaculture site;

(b) the types of species to be cultivated;

(c) the method of cultivation to be used;

(d) the deadline for submitting a proposal.

Evaluating proposals

65 **(1)** The Administrator may establish the criteria for selecting a proposal and may, in the Administrator's sole discretion, do any of the following:

(a) select a proposal as submitted;

(b) select a proposal but require variations to the proposal;

(c) not select any proposals.

(2) On selecting a proposal, the Administrator must notify the successful proponent of the selection and of any variations to the proposal required by the Administrator under clause (1)(b).

Application requirements for reallocation of marine aquaculture site

66 **(1)** A proponent whose proposal is selected by the Administrator and who wishes to apply for an aquaculture licence and aquaculture lease for the aquaculture site being reallocated must submit their application no later than 90 days after the date of the Administrator's notice under subsection 65(2).

(2) In addition to any information required by the Minister under Section 46 of the Act, an application referred to in subsection (1) must be accompanied by a development plan together with any information or documentation that the Administrator considers necessary to assess the application.

Aquaculture Development Areas

Definition for Sections 68 to 70

67 In Sections 68 to 70, "proposal" means a proposal for the exclusive right to apply for an aquaculture licence and aquaculture lease for a site in an aquaculture development area.

Call for proposals

68 **(1)** The Minister may issue a call for proposals.

(2) A call for proposals must include any details the Minister considers necessary, including all of the following:

(a) a description of the location of the aquaculture development area;

(b) the types of species to be cultivated;

(c) the method of cultivation to be used;

(d) the size of the sites within the aquaculture development area;

(e) the deadline for submitting a proposal.

Evaluating proposals

69 **(1)** The Administrator may establish the criteria for selecting a proposal and may, in the Administrator's sole discretion, do any of the following:

(a) select 1 or more proposals as submitted;

(b) select 1 or more proposals but require variations to the proposal or proposals;

(c) not select any proposals.

(2) On selecting a proposal, the Administrator must notify the successful proponent of the selection and of any variations to the proposal required by the Administrator under clause (1)(b).

Application requirements for licence and lease in aquaculture development area

70 **(1)** A proponent whose proposal is selected by the Administrator and who wishes to apply for an aquaculture licence and aquaculture lease for a site within the aquaculture development area must submit their application no later than 90 days after the date of the Administrator's notice.

(2) In addition to any information required by the Minister under Section 46 of the Act, an application referred to in subsection (1) must be accompanied by a development plan together with any information or documentation that the Administrator considers necessary to assess the application.

Performance Reviews Conducted by Administrator

Definition for Sections 72 and 73

71 **(1)** In Sections 72 and 73, "performance review" means a performance review of an aquacultural operation required by this Section.

(2) The Administrator or a person designated by the Administrator must conduct performance reviews of aquacultural operations at the times specified in Section 72.

(3) The Minister must determine the criteria for and scope of a performance review.

Timing of performance reviews

72 The times specified for performance reviews are as follows:

(a) for a new aquaculture licence, following the first production cycle, as determined on initial issuance of the licence;

(b) on receiving an application to assign the aquaculture licence or aquaculture lease for the operation;

(c) on receiving an application to renew the aquaculture licence or aquaculture lease for the operation;

(d) on receiving an application for an amendment to the aquaculture licence or aquaculture lease for the operation that is under the jurisdiction of the Administrator;

(e) before entering the information related to that site into the aquaculture registry;

(f) at any time the Minister considers a performance review to be necessary.

Outcomes of performance review

73 **(1)** On completion of a performance review, the Administrator must notify the aquaculture licence holder of the outcome of the review.

(2) In a notice under subsection (1), the Adminstrator may address concerns raised in the review by either

(a) varying the terms and conditions of the aquaculture licence or aquaculture lease; or

(b) revoking the aquaculture licence or aquaculture lease in accordance with Section 59A of the Act.

Fee Payments and Fee Waivers

Fees required

74 **(1)** A fee must be paid for each application, renewal, assignment and amendment of an aquaculture licence or aquaculture lease under the Act or these regulations.

(2) All fees are payable to the Minister of Finance and Treasury Board.

(3) All fees are non-refundable.

Application fee payable on date application submitted

75 An application under these regulations is not considered complete and ready for processing until the application fee is paid.

Prescribed Fees

Fee to secure option to lease

76 The fee to secure an option to lease is $500.00.

Fees for aquaculture licence and aquaculture lease applications

77 **(1)** For an aquacultural operation at a marine aquaculture site that is in an area not designated as an aquaculture development area, or at a reallocated site, the application fee is as set out in the following table:

Application Type	Application Fee	
	Licence	Lease
New licence or lease for finfish operation	$1000.00	$1000.00
New licence or lease for operation using only bottom shellfish without gear operation	$250.00	$250.00
New licence for operation using bottom shellfish with gear method	$375.00	$375.00
New licence or lease for suspended shellfish operation	$500.00	$500.00
New licence or lease for operation using suspended method for marine plants or other species	$250.00	$250.00
Amendment to add finfish to a non-finfish operation	$1000.00	$1000.00
Amendment to add or change species, other than to add finfish to a non-finfish operation	$250.00 per species	$250.00 per species
Amendment to change culture method to include suspended shellfish	$375.00	$375.00
Amendment to change culture method to include bottom shellfish with gear	$250.00	$250.00
Amendment to change culture method to include bottom shellfish without gear	$125.00	$125.00
Amendment to change site boundaries	$500.00	$500.00
Assignment	$250.00	$250.00

Renewal, other than renewal of special experimental licence or lease	$500.00	$1000.00
New special experimental licence or lease	$250.00	$250.00
Renewal of special experimental licence or lease	$50.00	$50.00
Amendment to site configuration without adding gear	$125.00	$125.00
Amalgamation of aquaculture licences or aquaculture leases and their associated aquaculture sites	$500.00	$500.00
New institutional licence or institutional lease	$250.00	$250.00
Renewal of institutional licence or institutional lease	$125.00	$125.00

(2) For an aquaculture site that is in an aquaculture development area, the application fee is as set out in the following table:

	Application Fee	
Application type	**Licence**	**Lease**
New licence or lease for finfish operation	$2000.00	$2000.00
New licence or lease for operation using only bottom shellfish without gear operation	$500.00	$500.00
New licence for operation using bottom shellfish with gear method	$750.00	$750.00
New licence or lease for suspended shellfish operation	$1000.00	$1000.00
New licence or lease for operation using suspended method for marine plants or other species	$500.00	$500.00
Amendment to add finfish to a non-finfish operation	$2000.00	$2000.00
Amendment to add or change species, other than to add finfish to a non-finfish operation	$500.00 per species	$500.00 per species
Amendment to change culture method to include suspended shellfish	$750.00	$750.00
Amendment to change culture method to include bottom shellfish with gear	$500.00	$500.00
Amendment to change culture method to include bottom shellfish without gear	$250.00	$250.00
Amendment to change site boundaries	$1000.00	$1000.00
Assignment	$250.00	$250.00
Renewal, other than renewal of special experimental licence or lease	$500.00	$1000.00

New special experimental licence or lease	$250.00	$250.00
Renewal of special experimental licence or lease	$50.00	$50.00
Amendment to site configuration without adding gear	$125.00	$125.00
Amalgamation of aquaculture licences or aquaculture leases and their associated aquaculture sites	$500.00	$500.00
New institutional licence or institutional lease	$250.00	$250.00
Renewal of institutional licence or institutional lease	$125.00	$125.00

(3) For a land-based aquaculture site, the application fee is as set out in the following table:

Application Type	**Application Fee**
Licence for new commercial operation	$500.00
Amendment to licence to add or change species	$250.00 per species
Commercial licence renewal	$500.00
Licence assignment	$250.00
New institutional licence	$250.00
Renewal of institutional licence	$250.00
New special experimental licence	$250.00
Renewal of special experimental licence	$50.00

Annual fees

78 **(1)** Except as provided in subsection (1A) for an institutional lease or institutional licence, an aquaculture licence or aquaculture lease holder must pay an annual fee on each anniversary date of the issuance of the licence or lease.

(1A) There is no annual fee for an institutional lease or an institutional licence.

(2) An annual fee that is not paid on the anniversary date of the issuance of the aquaculture licence or aquaculture lease is subject to a late fee.

(3) For any type of aquacultural operation other than one conducted under an institutional lease or institutional licence, the following annual fees apply:

Item	**Annual Fee**
Aquaculture licence	$398.10
Aquaculture lease	$13.30/ha
Late fee	10% of annual fee amount or $100, whichever is more

(4) If an amendment to an aquaculture lease results in a change to the annual fee, the annual fee payable for the year of the amendment is adjusted on a pro rata basis from the date of the amendment.

(5) The holder of an aquaculture licence to operate a u-fish pond is eligible for a rebate of $124.60 on their annual fees.

Minister may waive annual fee

79 **(1)** The Minister may waive annual fees payable by a person in connection with an aquaculture licence or aquaculture lease if all of the following conditions are met:

(a) existing environmental, food safety, market or fish health conditions have resulted in a loss to the person;

(b) the loss referred to in clause (a) cannot, in the opinion of the Minister, be mitigated;

(c) significant hardship is demonstrated by the person.

(2) An annual fee waiver granted under subsection (1) may apply to any of the following:

(a) 1 or more classes of aquacultural operations;

(b) 1 or more species of aquacultural produce;

(c) 1 or more geographic areas.

(3) A request to have an annual fee waived must be accompanied by any supporting information required by the Minister.

(4) Once a year, the Minister must review the records of fees waived during the preceding year.

Legislative History
Reference Tables

Aquaculture Licence and Lease Regulations
Fisheries and Coastal Resources Act

N.S. Reg. 347/2015

Note: The information in these tables does not form part of the regulations and is compiled by the Office of the Registrar of Regulations for reference only.

Source Law

The current consolidation of the *Aquaculture Licence and Lease Regulations* made under the *Fisheries and Coastal Resources Act* includes all of the following regulations:

N.S. Regulation	In force date*	How in force	Royal Gazette Part II Issue
347/2015	Oct 26, 2015	date specified	Nov 13, 2015
186/2019	Nov 12, 2019	date specified	Dec 6, 2019

The following regulations are not yet in force and are not included in the current consolidation:

N.S. Regulation	In force date*	How in force	Royal Gazette Part II Issue

*See subsection 3(6) of the *Regulations Act* for rules about in force dates of regulations.

Amendments by Provision

ad. = added
am. = amended
fc. = fee change
ra. = reassigned
rep. = repealed
rs. = repealed and substituted

Provision affected	How affected
2, defn. of "institutional lease".....	ad. 186/2019
2, defn. of "institutional licence".....	ad. 186/2019
2, defn. of "security bond".....	ad. 186/2019
9(1).....	rs. 186/2019
11A.....	ad. 186/2019
11B.....	ad. 186/2019
16.....	am. 186/2019

ad. = added
am. = amended
fc. = fee change
ra. = reassigned
rep. = repealed
rs. = repealed and substituted

Provision affected	How affected
24	ra. as 24(1), 186/2019
24(1)	ra. from 24, 186/2019; am. 186/2019
24(2)	ad. 186/2019
26(1)	am. 186/2019
26(1A)	ad. 186/2019
33(1)	rs. 186/2019
38(1)(a)	am. 186/2019
38(1)(h)	ad. 186/2019
38(2)	am. 186/2019
38(2)(b)	am. 186/2019
38(2)(c)-(d)	ad. 186/2019
41(4)	ra. from 41(5), 186/2019
41(5)	ra. as 41(4), 186/2019
41(5)	ra. from 41(6), 186/2019
41(5)(d)	am. 186/2019
41(5)(e)	ad. 186/2019
41(6)	ra. as 41(5), 186/2019
51	rs. 186/2019
51A	ad. 186/2019
51B	ad. 186/2019
53	am. 186/2019
56(6A)	ad. 186/2019
59A	ad. 186/2019
62	am. 186/2019
77(1)-(3)	am. 186/2019
78(1)	am. 186/2019
78(1A)	ad. 186/2019
78(3)	am. 186/2019
79	am. 186/2019

Note that changes to headings are not included in the above table.

Editorial Notes and Corrections

	Note	Effective date
1	Original text does not include subsection 41(4). **(corrected by N.S. Reg 186/2019)**	

Note	Effective date

Repealed and Superseded

N.S. Regulation	Title	In force date	Repealed date
15/2000	Aquaculture Licence and Lease Regulations	Feb 2, 2000	Oct 26, 2015

Note: Only regulations that are specifically repealed and replaced appear in this table. It may not reflect the entire history of regulations on this subject matter.

6

SUPREME COURT OF PRINCE EDWARD ISLAND

Citation: Mi'kmaq of P.E.I. v. Province of P.E.I. et al. 2018 PESC 20

Date: June 25, 2018
Docket: S1-GS-27549
Registry: Charlottetown

2018 PESC 20 (CanLII)

Between:

**The MI'KMAQ OF PRINCE EDWARD ISLAND,
CHIEF MATILDA RAMJATTAN, on her own behalf and on behalf of
all of the members of the LENNOX ISLAND FIRST NATION, and
CHIEF BRIAN FRANCIS, on his own behalf and on behalf of
all of the members of the ABEGWEIT FIRST NATION**

Applicants

And:

**HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF THE PROVINCE OF
PRINCE EDWARD ISLAND, 9711864 CANADA INC.,
and DONALD J. MCDOUGALL**

Respondents

Before: The Honourable Justice Gordon L. Campbell

Appearances:

David M. Rosenberg, Q.C., John W. Hennessey, Q.C. and David W.P. Moriarty, counsel for the Applicants

M. Lynn Murray, Q.C. and Thomas Isaac, counsel for Her Majesty the Queen in Right of the Province of Prince Edward Island

David W. Hooley, Q.C., counsel for 9711864 Canada Inc. and Donald J. McDougall

Place and date of hearing	Charlottetown, Prince Edward Island January 16 to 19, 2018
Place and date of judgment	Charlottetown, Prince Edward Island June 25, 2018

2018 PESC 20 (CanLII)

2018 PESC 20 (CanLII)

Administrative law - Judicial review - Aboriginal law - Crown land - Assertion of title - Aboriginal rights - Aboriginal title - Duty to consult and accommodate - Honour of the Crown - When does duty arise - Content and extent of duty to consult - The *Haida* spectrum - Preliminary assessment of the strength of case and degree of impact of contemplated Crown action - Principles governing consultation process.

Provincial Crown lands had been leased to a private development company and used as a golf course and resort complex for approximately 34 years. The operation had been losing money for several years. The Province sought expressions of interest from the private sector for the lease, management, or purchase of the 325 acres of lands and complex. The Province gave notice of its intentions to the Mi'kmaq prior to issuing its initial request for expressions of interest. The Mi'kmaq asserted title to the lands in question, and asserted title to all of Prince Edward Island. The Province and the Mi'kmaq communicated on numerous occasions about various aspects of the proposed disposition of Crown lands. Over approximately 4 ½ years the Province dealt with various proponents, eventually reaching agreement to sell the lands and complex to a new developer. The Mi'kmaq filed a judicial review application seeking a declaration that the Province had failed to satisfy its duty to consult and accommodate Mi'kmaq interests prior to the transfer of lands. They sought a declaration that the Orders-in-Council approving the sale were invalid and that the conveyance of lands to the new developer was void.

Held: The application for judicial review was dismissed.

STATUTE CONSIDERED: ***Constitution Act, 1982***, Section 35

CASES CONSIDERED: ***Tsilhqot'in Nation v. British Columbia***, 2014 SCC 44; ***Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)***, 2004 SCC 73; ***Ahousaht Indian Band v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)***, 2008 FCA 212; ***Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council***, 2010 SCC 43; ***Canada (Public Works and Government Services) v. Musqueam First Nation,*** 2008 FCA 214; ***Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)***, 2005 SCC 69; ***Delgamuukw v. British Columbia***, [1997] 3 S.C.R. 1010, 1997 CanLII 302 (SCC); ***R. v. Van der peet***, [1996] 2 S.C.R. 507; ***Canada (Attorney General) v. Long Plain First Nation***, 2015 FCA 177; ***Cold Lake First Nations v. Alberta (Tourism, Parks and Recreation)***, 2013 ABCA 443; ***Louis v. British Columbia (Minister of Energy, Mines, and Petroleum Resources)***, 2013 BCCA 412; ***Musqueam Indian Band v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)***, 2005 BCCA 128; ***Hupacasath First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)***, 2005 BCSC 1712; ***Katlodeeche First Nation v. Canada (Attorney General)***, 2013 FC 458; ***Little***

Salmon/Carmacks First Nation v. Yukon (Director, Agricultural Branch, Department of Energy, Mines & Resources) 2010 SCC 53 (also cited as ***Beckman v. Little Salmon, et al.***); ***Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*** 2017 SCC 54

TABLE OF CONTENTS

1.	**Introduction**	para. 1	p. 4
2.	**Applicants seek judicial review**	para. 4	p. 4
3.	**Consultation Agreement**	para. 9	p. 5
4.	**Call for Expressions of Interest**	para. 12	p. 8
5.	**Communication between the parties**	para. 20	p. 10
6.	**Issues**	para. 59	p. 30
7.	**Standard of Review**	para. 60	p. 30
8.	**Issue 1 - Duty to Consult**	para. 64	p. 32
	A) Was the Province required to consult and/or accommodate the Mi'kmaq of PEI prior to the transfer of Lands to McDougall and his Company?		
	(i) When does a duty to consult arise?	para. 72	p. 34
	(ii) Is the proposed conduct sufficient to trigger a duty to consult?	para. 83	p. 40
9.	**Issue 2 - Extent of the Duty to Consult**	para. 90	p. 41
	A) What factors are considered in determining the degree or extent of consultation required in this case? What, if any, consultation did occur?		
	(i) Evidentiary burden rests on claimant	para. 95	p. 43
	(ii) Principles governing consultation process	para.106	p. 46
	B) A preliminary assessment of the strength of the case for Aboriginal title to the Land		
	(i) What information did the parties have on the strength of the asserted Aboriginal claim for title and the seriousness of any adverse impact on Aboriginal rights claimed prior to the decision being made by Government?	para.110	p. 49
	(ii) What evidence did the Mi'kmaq present to	para.115	p.

2018 PESC 20 (CanLII)

	support their assertion of title?		
	(iii) What information was known by the Province about the Mi'kmaq assertion of title prior to making its decision?	para.126	p. 53
10.	**Exchanges regarding the consultation process itself**	para.132	p. 54
11.	**Determining the degree of consultation required**	para.154	p. 58
12.	**Issue 3 - Did the Province meet its obligation to consult and, if appropriate, accommodate?**	para.163	p. 61
13.	**Whether a duty to consult was triggered is a moot point**	para.186	p. 68
14.	**Issues relating to respondents McDougall and 9711864 Canada Inc.**	para.187	p. 68
15.	**Disposition**	para.195	p. 70

Campbell J.:

Introduction

[1] The Mill River Resort (the "Resort"), located in western Prince Edward Island, includes an 18 hole championship-style golf course, a hotel, a campground, and a fun park. The Resort, which sits on four parcels of land totalling approximately 325 acres (the "Lands"), has been operating since 1983. The Mill River Golf Course is one of four golf courses owned by the Province, each of which are associated with large tourist accommodations. Rodd Hotels and Resorts ("Rodds") have operated the Resort through a lease agreement with the Province for most of the past 34 years.

[2] In recent years, the Province has been losing money on its golf course operations. For that reason, in 2012, it decided to determine if anyone in the private sector had any interest in taking over its golf courses. In its Speech from the Throne on April 4, 2012, the Government signalled its intention to reassess and re-examine the manner in which it provided support to the tourism industry "to ensure [their] limited resources support the highest value return for the Province".

2018 PESC 20 (CanLII)

The Speech declared, “As well, my Government will introduce a public and transparent Request for Proposals to determine private interest in the four Provincial Golf Courses”.

[3] After issuing a Call for Expression of Interest in 2012, and after completing various discussions and negotiations, in January, 2017, the Government of Prince Edward Island announced it had reached an agreement to sell the Mill River Resort complex to a private developer. The Government issued two Orders-in-Council which granted permission for Donald J. McDougall (Order-in-Council EC 2017-6) and his company, 9711864 Canada Inc., (Order-in-Council EC 2017-12), to acquire the Lands from the Province.

2018 PESC 20 (CanLII)

Applicants seek judicial review

[4] The applicants applied for judicial review of Orders-in-Council EC 2017-6 and EC 2017-12. They seek the following relief:

> a) that the Orders-in-Council be declared invalid and be set aside;
>
> b) that any transfer of lands purported to have taken place pursuant to those Orders-in-Council is without effect; and
>
> c) a declaration that the respondent Province of Prince Edward Island failed to adequately consult and/or accommodate the Mi’kmaq of Prince Edward Island with respect to the decision to convey the Lands to the respondents, McDougall and his company.

[5] An additional application for an interim injunction prohibiting the further transfer of the Lands has been put in abeyance pursuant to a “standstill agreement” between the applicants and McDougall and his company. The standstill agreement expires after a fixed period of time following the issuance of this decision.

[6] The applicants are identified as the Mi’kmaq of Prince Edward Island, Chief Matilda Ramjattan, on her own behalf and on behalf of all members of the Lennox Island First Nation, and Chief Brian Francis, on his own behalf and on behalf of all of the members of the Abegweit First Nation. The Mi’kmaq Confederacy of Prince Edward Island (“Mi’kmaq Confederacy” or the “Confederacy” or “MCPEI”) is a nonprofit company which represents an alliance of the Lennox Island First Nation and the Abegweit First Nation, which are the two Indian bands which comprise the Mi’kmaq of PEI. I will generally refer to the applicants as the “Mi’kmaq Confederacy” or the “Confederacy” as that is the body which represents all of the applicants and through whom most of the contact or communications with the respondent Province flowed. I will refer to communications with the individual Chiefs when necessary to do so.

[7] I will refer to the respondent Her Majesty the Queen in Right of the Province of Prince Edward Island as the “Province”, or the “Government”.

[8] I will refer to the respondents Donald J. McDougall and his company, 9711864 Canada Inc., collectively as “McDougall” or “McDougall and his company”, unless the context requires specific reference to the company.

Consultation Agreement

[9] In 2012, the Mi’kmaq of Prince Edward Island, together with the Government of Prince Edward Island and the Government of Canada, signed a “Consultation Agreement”. To allow for an understanding of the nature of the agreement, I have set out the first several paragraphs:

> The Parties agree as follows:
>
> **PURPOSE**
>
> 1. **The consultation process under this Agreement is available whenever Canada or Prince Edward Island wishes to conduct consultation on the record and with prejudice with the Lennox Island First Nation and Abegweit First Nation respecting a decision or activity that may impact any established or asserted Mi’kmaq Aboriginal or treaty rights**.
>
> **MI’KMAQ OF PRINCE EDWARD ISLAND CONSULTATION UNIT**
>
> 2. The Mi’kmaq Consultation Unit is established, appointed by and reports to the two (2) Mi’kmaq First Nations in Prince Edward Island through the Mi’kmaq Confederacy of PEI Inc. (MCPEI).
>
> 3. The Mi’kmaq Consultation Unit has been mandated by the Mi’kmaq and the Chiefs and Councils of each of the two (2) Mi’kmaq Bands that subscribe to this Agreement to act as their agent in the consultation process as described in section 5.
>
> **CANADA AND PRINCE EDWARD ISLAND PARTICIPATION**
>
> 4. Canada or Prince Edward Island shall participate in consultations through the federal departments, provincial departments or other Crown agencies responsible for the decision or activity in respect of which consultation is sought.
>
> **CONSULTATION PROCESS**
>
> 5. The consultation process shall operate in good faith on the basis of the following:

2018 PESC 20 (CanLII)

a. **Where Canada or Prince Edward Island wishes to initiate consultation under this Agreement, they shall provide notification in writing to the Mi'kmaq Consultation Unit that consultation respecting a particular decision or activity is intended**;

b. **Canada or Prince Edward Island shall make good faith efforts to provide to the Mi'kmaq Consultation Unit all relevant information with respect to the proposed decision or activity and sufficient time to assess whether or not and the extent to which the decision or activity may impact on established or asserted Mi'kmaq Aboriginal or treaty rights**;

c. **The Mi'kmaq Consultation Unit shall, within a reasonable period of time, identify and communicate to Canada or Prince Edward Island any concern they may have respecting any potential adverse impact on established or asserted Mi'kmaq Aboriginal or treaty rights**;

d. Canada or Prince Edward Island shall consider the concerns identified pursuant to 5c, identifying potential accommodations, if any;

e. The Parties concerned may seek the engagement of industry proponents as part of any consultation conducted pursuant to this Agreement;

f. **Canada or Prince Edward Island shall notify the Mi'kmaq Consultation Unit of any decision reached, including responses to the issues or concerns raised, and notification of accommodations, if any, as a result of the consultation**; and,

g. The Parties concerned may terminate by written notice of seven (7) calendar days any consultation conducted pursuant to this Agreement.

LEGAL STATUS

6. **This Agreement does not require any Party to undertake consultation or to reach agreement in respect of any particular decision or activity**.

7. Nothing in this Agreement is intended to alter any statutory or regulatory requirements to which governments are subject.

2018 PESC 20 (CanLII)

8. **The consultation process under this Agreement is optional** and does not preclude the Parties from engaging in consultation independent of this process or from concluding additional or alternative consultation agreements.

9. This Agreement is not subject to settlement privilege and may be tendered as evidence in a court of law or other legal proceeding.

10. Consultation conducted pursuant to this Agreement is not subject to settlement privilege and evidence respecting consultation activities may be tendered as evidence in a court of law or other legal proceeding if the evidence is relevant to an issue of whether a duty to consult was or was not met.

11. **Nothing in this Agreement is intended to:**

    a. alter or define the duty to consult;

    b. create, alter or define any obligation on the Mi'kmaq respecting the duty to consult;

    c. prevent the Mi'kmaq from relying on any common law or statutory right they may have respecting the duty to consult; or

    d. represent the views of, or be interpreted as admissions by, any of the Parties with respect to the nature and scope of the duty to consult.

12. **Nothing in this Agreement is intended to recognize, deny, create, extinguish, abrogate, derogate from or define any Aboriginal or treaty rights that the Mi'kmaq may have.**

...

(Emphasis added throughout)

[10] The Consultation Agreement consists of non-binding declarations by each of the parties. The Province may give written notice to the Mi'kmaq that they intend to commence consultations with respect to a matter which may affect Aboriginal or treaty rights. Notwithstanding the use of the word "shall" from time to time in the agreement, the entire consultation process described in the agreement is "optional". It provides for notification of intention to consult, the use of best efforts to provide all relevant information, and the provision of a response by the Mi'kmaq within a reasonable time to any concerns arising. Neither party is required to undertake consultation or reach agreement, and no rights are intended to be created or extinguished or otherwise affected in any way.

2018 PESC 20 (CanLII)

[11] While the Consultation Agreement provided some basic process for consultation to occur, both the Province and the Mi'kmaq Confederacy acknowledged there is a legal obligation to "consult and, if appropriate, accommodate" with respect to asserted Aboriginal title and right, in situations or circumstances described in decisions of the Supreme Court of Canada.

2018 PESC 20 (CanLII)

Call for Expressions of Interest

[12] On July 10, 2012, prior to seeking public input, Her Majesty the Queen in Right of the Province of Prince Edward Island (the "Province"or the "Government") corresponded with Chief Brian Francis of the Abegweit First Nation and Chief Darlene Bernard of the Lennox Island First Nation. The Government advised them that the Department of Tourism and Culture was proposing to publish a Call for Expression of Interest to assist them in assessing the level of interest from the private sector in either purchasing, leasing, or engaging in the management of the provincial golf courses, and asked if further consultation was required.

[13] In the correspondence, which was copied to Don MacKenzie, Randy Angus, and Tammy MacDonald of the Mi'kmaq Confederacy, Helen Kristmanson of the Aboriginal Affairs Secretariat, and to Chris Jones, Director Tourism and Culture, the Province identified the golf courses and disclosed the Provincial Identification Numbers (PID#s) of the lands in question. Further materials were included in the information package, including location and ortho maps. The draft of the Call for Expression of Interest included in the information package referred to the potential for interested parties to purchase, lease, or manage the resort(s) and related properties. The correspondence of July 10, 2012, then stated:

> ...
>
> We kindly request your review of the information provided and advise us if further consultation with our Department regarding the information is required. We would appreciate if your response could be provided to the undersigned by *August 21, 2012.* If you are unable to meet that date, we kindly request your advising us of when you feel a response could be provided.
>
> ...

[14] The Confederacy responded to the Province on July 17, 2012, through its Executive Director, Senior Legal Advisor and Director of Intergovernmental Affairs, Don MacKenzie, stating:

> ...

> The First Nations expect to be consulted with respect to each and every decision that government may make in relation to this matter. However, there is no issue with putting out the expression of interest.

[15] That correspondence was the first exchange between the parties specifically in relation to the Province's wish to divest itself of its golf courses. The parties had numerous other exchanges of correspondence or consultations, between July, 2012 and January 10, 2017, when the Government passed the now-challenged Orders-in-Council.

[16] Following receipt of the response from the Confederacy, the Government published a Call for Expression of Interest in local and national newspapers on July 21, 2012. In addition, various invitations were sent to several North American golf course management companies.

[17] According to the Province, the Mill River Resort had, for several years, provided significant economic benefits to the West Prince County area of Prince Edward Island, and was an important draw for tourists to the whole of western PEI. However, by the mid-2000's, similar to the other three provincially owned golf courses, the Mill River Golf Course and the fun park, campground, and hotel resort were all suffering ongoing financial losses. Many major capital upgrades have been deferred resulting in the need, by 2012, for significant capital investment to improve, repair or replace a large portion of the infrastructure throughout the Resort. The Province estimated the combined payroll for the Resort operations to be in the range of $1.7 million per annum. In addition, 15,000 rounds of golf were played annually at the Mill River Golf Course, with additional hotel and campground accommodation nights being in the range of 6,500 and 2,500 respectively. The Province estimated that, in addition to the annual losses being incurred, the Resort required an investment of several million dollars.

[18] In response to its Call for Expression of Interest, the Province received numerous proposals with respect to some or all of the golf courses and related properties. According to the Province, it eventually focussed on the McDougall proposal for the Mill River Resort as a potential opportunity to revitalize tourism, upgrade or replace infrastructure, increase capital investment, and secure employment and other economic benefits for Western PEI.

[19] The Province was of the view that the Resort and related activities provide significant and much needed economic and socioeconomic benefits to the residents of western PEI. The Province stated that over the period of four and one-half years from the issuance of the Call for Expression of Interest to the time of making a decision, they considered various factors including:

a) the overall benefits to the taxpayers of Prince Edward Island;

2018 PESC 20 (CanLII)

b) issues and implications from a staffing, human resources and union perspective;
c) contractual arrangements and agreements with Rodd Resorts, as operator of the hotel situated at the Mill River Resort;
d) employment and tourism issues for the overall West Prince area; and
e) the need to engage in reasonable and adequate consultation with the Mi'kmaq Confederacy pertaining to the potential disposition of the provincially owned golf courses.

Communication between the parties

[20] The Province maintains that, with respect to the Mill River Lands, significant consultation did occur between it and the Mi'kmaq in the period from July 10, 2012 and January 11, 2017. They submit their consultations are reflected in, and highlighted primarily through, approximately 25 pieces of correspondence between the parties. They also refer to the fact there were three meetings between the parties specifically dealing with the Mill River Lands. Those meetings were held on November 3, 2016, December 5, 2016, and December 22, 2016. In addition, the Chiefs met with the Premier on one or more occasions. Further, on January 10, 2017, they met with the Provincial Cabinet which was the decision-maker whose decision is the subject of the application for judicial review. Neil Stewart, the Deputy Minister of Economic Development and Tourism at the time of the issuance of the Orders-in-Council, also testified that there were additional communications and un-minuted meetings of a general nature during which the issues relating to the Mill River Resort were discussed. The Province claims its consultation was adequate to satisfy its obligations to the Mi'kmaq of Prince Edward Island.

[21] The Mi'kmaq Confederacy maintains that the required consultation and accommodation did not occur. Throughout their correspondence they expressed that the Province required the "consent" of the Mi'kmaq of PEI before any conveyance of Crown lands could be completed, and such consent was not given.

[22] The parties addressed the numerous communications between the Province and Mi'kmaq of PEI. As the issue of the degree of consultation is central to the issue in dispute in this matter, there is value in reviewing those communications in detail. The highlighting, or bold print, appearing in the communications has been added by me, unless otherwise indicated.

2012
July 10, 2012

[23] This correspondence is referred to in para. 13 above. That the Province was conscious of its obligation to consult is clear from a reading of its initial

2018 PESC 20 (CanLII)

correspondence from Leo Creamer, Manager, Provincial Lands, to the Chiefs of the Abegweit and Lennox Island First Nations on July 10, 2012, in which he included a request to be advised of the desire for "**further consultation with our department**".

2018 PESC 20 (CanLII)

July 13, 2012

[24] The obligation to consult is even more pointedly referred to in follow-up contact from Kim Horrelt, Senior Director, Capital Planning, to Don Mackenzie, Executive Director of MCPEI. She emailed him on July 13, 2012, stating:

> Hi Don,
>
> I am assuming you received the **duty to consult notification letter** with respect to the "Expression of Interest" the Department of Tourism would like to put out on the provincial golf courses.
>
> The "Expression of Interest" is simply that, a way to gauge if there is any interest **for another party to buy, lease, or manage** any one, or all of the Provincial golf courses. ... **(Emphasis added)**

July 17, 2012

[25] This correspondence has already been referred to in para. 14 above. In it, the Executive Director responded to Ms. Horrelt by email on July 17, 2012, stating:

> ...
>
> **The First Nations expect to be consulted with respect to each and every decision that government may make in relation to this matter**. However, there is no issue with putting out the expression of interest.

August 29, 2012

[26] The next correspondence of significance came from MacKenzie of MCPEI, on August 29, 2012. It was an email to Leo Creamer, Manager of Provincial Lands, which was copied to MacDonald and Angus of MCPEI. In it, Mackenzie stated:

> ...
>
> I just wanted to touch base and advise that **our preliminary research** of the lands containing the four provincial golf courses has revealed a number of traditional Mi'kmaq activities potentially impacting on Aboriginal rights. **We will have further research to undertake before any kind of official consultation response can be provided. Until such time as we can explore the issues in more detail, the PEI**

> **Mi'kmaq would object to any Crown action or decision being taken with respect to those Crown lands - further consultation will be required**. Just wanted to give you a preliminary update.
>
> ...

2013
August 20, 2013

[27] Almost a year passed before the next recorded correspondence, which was again from Mackenzie by email to Ms. Horrelt on August 20, 2013, stating:

> ... **We haven't received any further consultation** respecting this matter from the Province, which I assume means nothing more has happened. But just thought I would check to see if there has been any activity since the expression of interest was put out last year. Anything?
>
> ...

[28] Following the email to Horrelt on August 20, 2013 a telephone conversation took place between Chris Jones of the Department of Tourism and Culture, and Mackenzie, on August 21, 2013.

September 30, 2013

[29] MacKenzie expressed the views of the Mi'kmaq Confederacy in correspondence of September 30, 2013, stating:

> ...
>
> Further to my email to Kim Horrelt of August 20th and the telephone conversation between you and me on August 21st, I am writing in relation to the possible Provincial Government (Crown) activity respecting one or more of the provincially owned golf courses (Mill River, Crowbush, Brudenell, Dundarave).
>
> In my email to Kim Horrelt in July of 2012, we advised that while the Mi'kmaq took no issue with the Crown publishing an "expression of interest" in the newspaper, there was the stated expectation that there must be Crown consultation with the Mi'kmaq with respect to each and every Crown decision relating to the subject properties. As we had heard nothing, we assumed that there was no activity respecting the properties, as set out in my August 20th email. However, after our phone conversation, I understand that there is some potential Crown activity in relation to one or more of the courses. As stated during our conversation, the Mi'kmaq have received no consultation respecting the potential activity, and such consultation is required before any Crown decisions are made.

2018 PESC 20 (CanLII)

> **As this matter involves large parcels of Crown land in areas where there is an abundance of traditional Mi'kmaq activities, Mi'kmaq Aboriginal and treaty rights may be negatively impacted by any Crown decision. Therefore, Crown consultation, and potentially accommodation, is mandatory**.
>
> **Until such time as proper and meaningful consultation with the Mi'kmaq has been undertaken, as well as appropriate accommodation, we will state for the record that we formally object to any Crown activities or decisions being made in relation to these properties**.
>
> ...

2018 PESC 20 (CanLII)

November 5, 2013

[30] William Dow, Q.C., ("Dow") responded to MacKenzie's letter by correspondence of November 5, 2013, stating:

> ...
>
> This letter is further to yours of September 30, 2013 addressed to Chris Jones of the Department of Tourism and Culture. Please be advised that we are legal counsel to the Department with respect to the "potential" sale of the Government owned golf courses.
>
> **For your information, no agreement has been reached, to date, with any of the proponents pertaining to the sale of these assets. If the Government of Prince Edward Island intends to reach such an agreement, it will ensure that its legal obligations with the Mi'kmaq of Prince Edward Island are fulfilled**.
>
> Should you have any questions, please do not hesitate to contact the undersigned.
>
> ...

2014
November 26, 2014

[31] The next substantive communication occurred a year after Dow's letter. The position of the PEI Mi'kmaq was set out by MacKenzie in correspondence to the Honourable Robert Henderson, Minister of Tourism and Culture, on November 26, 2014:

> ...

> I write to you on behalf of Chief Brian Francis of the Abegweit First Nation and Chief Matilda Ramjattan of the Lennox Island First Nation in relation to the potential conveyance of the Crown owned Mill River Golf Course and complex. We have noted that an article appeared in the November 22nd 2014, edition of the Charlottetown Guardian which indicates that **you have confirmed that the government is in discussions with a "perspective** [sic] **buyer". This is very surprising in light of the fact the PEI Mi'kmaq have not yet received any consultation notification**.
>
> As you are aware, **the Mi'kmaq Governments have asserted Aboriginal title to all lands and waters of Prince Edward Island, including adjacent areas and offshore islands**, and this certainly includes the Crown owned Mill River complex. Also, **the area in question is significant to the Mi'kmaq in terms of traditional and historical uses**, and therefore this is a matter that could have an adverse impact on Mi'kmaq Aboriginal and treaty rights.
>
> As such, **the Provincial Crown has a duty to meaningfully consult with the PEI Mi'kmaq before it makes any decision or takes any action** in relation to the Mill River property. Further, **as the property is subject to an assertion of Aboriginal title, the consent of the Mi'kmaq must be obtained prior to any conveyance being made. We formally advise that we object to any action being taken in relation to this property until such time as the Mi'kmaq have granted consent**.
>
> **We look forward to receiving a thorough consultation letter from the Provincial Crown at the earliest possible time,** should your government be considering taking any action respecting the subject property. Should you or your staff have any questions, please do not hesitate to contact me at any time.
>
> **I trust the foregoing to be satisfactory and that the position of the Mi'kmaq is clear.**
>
> ...

December 3, 2014

[32] On December 3, 2014, Jones from the Department of Tourism and Culture responded, with correspondence to Chief Francis and Chief Ramjattan:

> ...
>
> Please be advised that **the Department of Tourism and Culture,** in conjunction with the Department of Transportation and Infrastructure Renewal (TIR)**, intends to divest itself of the following properties**:

2018 PESC 20 (CanLII)

1. Provincial Parcel No. 39610 which contains **the Mill River Resort, the Mill River Golf Course and the Mill River Campground**; and

2. Provincial Parcel Nos. 559534 and 47217 to serve as **an access road** for the Mill River Resort, the Mill River Golf Course and the Mill River Campground.

Please find attached maps which provide locations and further property detail.

In keeping with the Provincial Policy on Consultation with the Mi'kmaq, **please consider this a formal consultation notice in relation to this proposed divestiture**. **Please provide any comments or information on how the proposed actions set out in this letter may affect your established and asserted Aboriginal and treaty rights**.

The Atlantic Canada Opportunities Agency (ACOA) has received an application for support for this proposed project. In keeping with the spirit of the 2012 Canada, Prince Edward Island and Mi'kmaq consultation agreement, ACOA will be participating in this process with the Government of Prince Edward Island.

Should you require further information, staff from the Department of Tourism and Culture, the Department of Transportation and Infrastructure Renewal and ACOA would be pleased to meet and discuss the proposed project.

The Department of Tourism and Culture on behalf of the Department of Transportation and Infrastructure Renewal **requests a response be provided to the undersigned by December 31, 2014 in order for your comments to be considered prior to a decision being made on this proposed divestiture**.

If you have any questions regarding the activities proposed herein or this notification package, please contact the undersigned.

...

[33] Three Geomatics maps were attached showing the subject parcels of land together with the surrounding parcels. The acreage and address of each parcel was also reflected in those maps.

December 19, 2014

[34] MacKenzie replied to Jones on December 19, 2014:

...

2018 PESC 20 (CanLII)

Firstly, I note that your letter has requested a response by December 31, 2014. As you are aware, **our protocol with the Provincial Government requires a minimum of 30 days from the date of notification to the date of requested response**. As the period is less than 30 days, and in light of the fact the Christmas holiday is in the middle of this period, the requested time frame is not in keeping with the spirit of meaningful and good faith consultation.

Secondly, before adopting a final position in this matter, or determining a reasonable time frame in which we could respond, **the PEI Mi'kmaq will require further details in relation to this proposed divestiture of Crown land. Please advise as to whom the Crown land is to be conveyed, and what the intended use is to be in relation to this significant acreage of Crown land post disposal**. If the Crown has already negotiated any kind of agreement prior to having sent the consultation notification, please provide us with full disclosure in relation to what was agreed.

Thirdly, our research has uncovered archaeological sites in Mill River and Cascumpec Bay areas. Our research has also revealed extensive historical Mi'kmaq use of the area, which includes campsites; hunting; and clay gathering for pottery. Traditional Mi'kmaq use includes group campsites, access for fishing and wild fruit gathering. Therefore, any conveyance of this Crown land will adversely impact on Mi'kmaq Aboriginal and treaty rights. If any disposal/conveyance were to take place, the Provincial Crown would have to accommodate the PEI Mi'kmaq as a result of the rights based infringement stemming from the disposal.

Fourthly, as the Provincial Crown is aware, the Mi'kmaq Governments have asserted Aboriginal title to all lands and waters of Prince Edward Island, including adjacent areas and offshore islands; and the assertion of Aboriginal title certainly includes those Crown lands that are the subject of this proposed disposal. As such, **and in addition to the consultation/accommodation required in relation to the rights based infringement, the Provincial Crown must secure the consent of the PEI Mi'kmaq before any disposal can be made**. This would be the case in relation to any Crown land, and certainly with such a large piece of Crown land that is historically and traditionally significant to the Mi'kmaq. If the Provincial Crown is intent on pursuing this disposal, **the two levels of government will have to engage in a meaningful and good faith negotiation process to determine if, and under what conditions, Mi'kmaq consent might be secured**. **To be clear, if no consent is secured, the Mi'kmaq formally object to, and strictly prohibit the disposal of this important Crown land**.

We look forward to receiving the requested details before embarking on the next phase of the consultation/accommodation process. Should you have any questions, please do not hesitate to contact me.

...

2018 PESC 20 (CanLII)

2015
January 30, 2015

[35] A detailed letter setting out the Province's activities to date, its future intentions for the Lands, and level of knowledge of Aboriginal activity in the area of the Mill River Resort was sent by Jones to MacKenzie on January 30, 2015:

> ...
>
> Thank you for your letter dated December 19, 2014 regarding the Province's potential plans for the Mill River Resort property. In your letter, you requested further information about this file.
>
> To date, this process has involved the Province, a private developer, West Prince Developments Inc. (a non-profit incorporated under Part II of the Companies Act) and the Atlantic Canada Opportunities Agency. **No agreement has been negotiated at this time.**
>
> At present, the Government of Prince Edward Island operates the golf course and provincial campground as contained on PID 39610 being +/- 282 acres. River Resorts Ltd. (doing business as Rodd's Mill River Resort) operates the hotel accommodation by way of a long term lease and aquaplex by way of a management agreement on this same property. Two other properties PID 559534 containing +/- 14 acres and PID 47217 containing +/- 4 acres are also included in this divestiture process.
>
> **The Province is in discussion with a private developer who is interested in purchasing the golf course, provincial campground, hotel, and adjacent lands (as referenced above)**. The private developer's intent is to maintain the existing use of the land, i.e. a golf course, campground and hotel. Any such change of use, either through development and/or subdivision would be subject to any and all relevant Provincial and/or federal statutes or regulations. It is intended that the not for profit corporation would assume title to the aquaplex.
>
> Upon successful completion of an agreement, the developer is proposing to carry out renovations of the hotel accommodations. The intent would be to commence renovations immediately upon closing of the sale with an expected 12 month completion period.
>
> **Timing is critical as it is anticipated that certain components require completion prior to the commencement of the busy 2015 tourism season beginning July 1, 2015.**
>
> In your letter you also make reference to the presence of archaeological sites and traditional Mi'kmaq use on the properties under discussion. **Our records show that a systematic archaeological survey of the Mill River system was completed by archaeologist Anna Sawicki in**

2018 PESC 20 (CanLII)

> **1984.** This survey was conducted mainly along the north shore of the Mill River, and included Fox Island, Hills River, Meggison's Creek, Long Creek, and Ashley Creek. **No archaeological sites were located in the surveyed areas and none are known within a five kilometre radius of the resort property**. Sawicki's interviews with local residents further identified traditional Mi'kmaq use in the 1930s at Carruthers Brook and at another unspecified location in the Mill River area. **We appreciate that your research has also produced knowledge of archaeological sites and traditional use in the Mill River and Cascumpec Bay areas. In order for us to give this proper consideration, please send detailed information to Dr. Helen Kristmanson, Director of Aboriginal Affairs and Archaeology**.
>
> On a related note, **in our letter of December 3, 2014, wherein we identified our intent to divest the subject properties, we requested comments or information on how the proposed actions may affect Aboriginal and treaty rights of the PEI Mi'kmaq. In your letter of December 19, 2014 you indicated that the property in question is "historically and traditionally significant to the Mi'kmaq." As the property in question is a developed site with a golf course and other recreational facilities and will continue to be used for this purpose, please specify how the transfer of the property adversely impacts an aboriginal or treaty right**.
>
> **Consistent with the spirit of meaningful and good faith consultation, we hereby request that this information be provided to the undersigned on or before February 13, 2015 in order for this information to be considered prior to a decision being made on this proposed divestiture**.
>
> Should you require further information, staff from the Department of Tourism and Culture would be pleased to meet and discuss the proposed project.
>
> ...

February 5, 2015

[36] MacKenzie responded to the Jones' January 30, 2015 correspondence with an email dated February 5, 2015, which was copied to Kristmanson, Chief Francis, Chief Ramjattan, and others at government and with MCPEI:

> Hi Chris, I am in receipt of your letter dated Friday, January 30, 2015, which was received on February 4th. **We will endavour** [sic] **to put together the requested information, but cannot guarantee that we can accumulate and communicate it by February 13, 2015.** Your requested time line requires comment on what is entailed in meaningful consultation. As pointed out in my letter of December 19th, for the Province to send a letter on December 3rd and request a response by year's end on a conveyance of this scale and magnitude, it would not be

2018 PESC 20 (CanLII)

> acceptable in any event. When the Christmas break is factored in, it becomes even less acceptable and flies in the face of the current protocol between the Provincial Government and MCPEI. **After the Provincial Crown was in possession of our initial response for six (6) weeks, we receive** [sic] **your most recent letter indicating that "timing is critical" and a response is requested within 9 days of us receiving the letter. This is not meaningful consultation**. The approach taken by the Crown to date has actually shown a level of disrespect towards the PEI Mi'kmaq and represents an unacceptable double standard. I must also mention that, in addition to any information we gather and provide respecting Aboriginal and treaty rights, **it is imperative that the Provincial Crown understands that this is a matter of Aboriginal title for which Mi'kmaq consent is required**. This was outlined in greater detail in my letter of December 19th. We will respond to your request in a reasonable time frame. In the meantime, **please advise how the Provincial Crown would like to initiate the process of negotiation that could potentially lead to the required consent being provided**.
>
> ...

February 9, 2015

[37] On February 9, 2015, Jones wrote a letter responding to MacKenzie's email of February 5, 2015:

> ...
>
> **Thank you for your February 5, 2015 email response to my letter which was dated and hand-delivered to the MCPEI Office on Friday, January 30, 2015.**
>
> I was looking forward to seeing your information by February 13. However, in light of your comments regarding your need for more response time, and owing to a spell of bad weather that has disrupted everyone's work schedule, an extension to February 23 is acceptable.
>
> **In your email you asked "how the Provincial Crown would like to initiate the process of negotiation that could potentially lead to the required consent being provided." As my focus is strictly the property transaction (PID#s 39610, 559534, 47217), the Aboriginal Affairs Secretariat will address this broader matter separately**.
>
> ...

February 9, 2015

2018 PESC 20 (CanLII)

[38] On the same date as Jones responded to MacKenzie's email of February 5, 2015, Kristmanson of the Aboriginal Affairs Secretariat wrote to MacKenzie, stating, in part:

> ...
>
> **In your email, you made reference to "how the Provincial Crown would like to initiate the process of negotiation that could potentially lead to the required consent being provided." We are giving this matter due consideration, however, as we undergo a transitional period with the resignation of our Minister, we won't be in a position to offer a considered response until internal matters have settled. Thanks for your patience**.
>
> **In the meantime**, **I know you are working with Chris Jones to bring forward any site-specific concerns regarding the proposed Mill River Resort property transaction and look forward to receiving that information**.
>
> ...

February 23, 2015

[39] MacKenzie emailed Jones indicating further time was required to respond:

> Hi Chris. Further to your letter of February 9, 2015, wherein you stated that "an extension to February 23 is acceptable" in relation to our next response; I am writing to advise that **we will not be able to provide that response today**. As I hope you can appreciate, this is a comprehensive matter involving many issues and a very large piece of Crown land. **We will respond in a reasonable time frame, and will endeavour to do so in the next week**. Please let me know if you have any questions.
>
> ...

March 12, 2015

[40] MacKenzie responded with references to archaeological sites, inquiring about the eventual decision-maker on the project and the opportunity for submissions, and stating their position on the duty to consult and the need for Mi'kmaq consent. On March 12, 2015, he wrote:

> ...
>
> Further to your letters of January 30th and February 9th, 2015, as well as our email correspondence, I am again writing in relation to the proposed land disposal of Mill River PID 39610; 559534; and 47217, which your Department is considering.

2018 PESC 20 (CanLII)

> **Our research has uncovered Mi'kmaq archaeological sites near the proposed land disposal areas, including three pre-Contact sites. Historical Mi'kmaq use of the area includes campsites; hunting; and clay gathering for pottery. Traditional, "Living Memory," Mi'kmaq uses within the designated areas include group campsites and wild fruit gathering. It must be remembered that the MCPEI database is, to date, a partial inventory of existing knowledge. As such, it does not mean that the subject area was not used (or used for additional purposes) or that there are not additional archaeological sites/findings, rather that evidence of these, if they exist, has not yet been collected**.
>
> On another note, **please advise whether there will be a statutory decision maker making a determination with respect to the proposed sale and transfer of the subject properties**. If so, will there be an opportunity for the Mi'kmaq to appear and make submissions?
>
> We have other matters to address in relation to this matter. In your letter of February 9, you indicated that your "focus is strictly on the property transaction ... the Aboriginal Affairs Secretariat will address this broader matter separately"; that was in response to our question about how the Crown would like to initiate the process of negotiation. By Letter of the same date, Dr. Helen Kristmanson of the Aboriginal Affairs Secretariat advised that they were undergoing a transitional period with the resignation of the responsible Minister, and would not be in a position to offer a considered response until internal matters have settled. **We take this opportunity to highlight that the Crown bears the onus of engaging in meaningful consultation, and the Crown has indicated that it is unable to undertake the negotiation process at this time**. **We would also highlight that it is the "property transaction" that has triggered the consultation and which will require the consent of the Mi'kmaq. We formally advise that the property transaction must not proceed without full and meaningful consultation and accommodation; and must not proceed without the consent of the Mi'kmaq, which is only possible after the Crown has initiated and undertaken a meaningful and respectful negotiation process**.
>
> ...

March 26, 2015

[41] Jones responded to MacKenzie on March 26, 2015, asking for further information on the pre-contact sites and uses to which MacKenzie referred, identifying the Government as the final decision-maker, and speaking of the process for further submissions to be made:

> ...

2018 PESC 20 (CanLII)

> **In your letter you refer to the existence of three pre-contact Mi'kmaq archaeological sites near the Mill River Resort property**. As I detailed in my letter of January 30, 2015 provincial records show that a professional archaeologist conducted a survey of the Mill River system in 1984 mainly along the north shore of the Mill River, and included Fox Island, Hills River, Meggison's Creek, Long Creek and Ashley Creek. No archaeological sites were located in the surveyed areas and none are known within a five kilometre radius of the resort property. **As soon as possible, please provide additional information as to the location and identification of the sites you referred to and indicate whether they are registered archaeological sites with Borden system assignations**.
>
> The 1984 archaeological survey also identified traditional Mi'kmaq use in the 1930s at Carruthers Brook and at another unspecified location in the Mill River area. **Please provide further information as to the location of the traditional uses cited in your letter such as campsites, hunting, clay gathering, and wild fruit gathering, and any current uses**.
>
> The Department's work on the proposed transaction of the Mill River Resort property (PID#s 39610, 559534, 47217) is on-going. **A final decision on the matter rests with Government. Please provide any further submissions you may have through this consultative process on or before April 24, 2015.**
>
> **As referred to in my letter of February 9, 2015**, the focus of this consultation process is the proposed property transaction. Issues outside the scope of the proposed transaction and **any related consultation should be brought to the attention of the Aboriginal Affairs Secretariat, and to whom this letter is copied, for their consideration**.
>
> ...

April 24, 2015

[42] In lengthy correspondence from MacKenzie to Jones on April 24, 2015, some traditional uses are identified. The position being taken by the PEI Mi'kmaq is forcefully reiterated as it relates to their view that the onus to identify negative impacts on Aboriginal rights is solely on the Province and that the Province is solely responsible for meaningful consultation, and that Mi'kmaq consent is a prerequisite to any transfer of the Lands:

> ...
>
> **With respect to the archaeological evidence, it is important to recognize that the MCPEI database is, to date, a partial inventory and there might very well be evidence that has not yet been**

2018 PESC 20 (CanLII)

discovered. Also, the entries in the database can be based on oral evidence, which can make it difficult to determine locations with exact specificity. We intend to set up a meeting with the Provincial Archaeologist and respond in more detail after that meeting has taken place.

With respect to traditional uses, the campsites are located directly on the subject parcels. Respecting the hunting, clay gathering and wild fruit gathering; the subject parcels would have been used by the Mi'kmaq as part of the travel routes directly related to these traditional activities.

In addition to matters you have referenced, there are matters that we would request you clarify. Firstly, as referenced in my March 12 letter, will there be any statutory decision maker making a determination with respect to the proposed sale and transfer of the subject properties? If so, will there be an opportunity for the Mi'kmaq to appear and make submissions?

Also could you please advise and detail as to what stage the Provincial Crown is at respecting the proposed transaction. As the case law has clearly set out that the Crown is under an obligation to inform itself of the impact its project will have on the rights of the Mi'kmaq, please advise as to what the Crown has done in this regard, and when it will be formally communicated to the Mi'kmaq.

In addition to the archaeological evidence and traditional activities you reference, it must be remembered that the Mi'kmaq have asserted Aboriginal title to all of PEI, including the subject parcels. Therefore, **the purported transfer would have a significant impact because of the transfer and control to a third party**. We trust the Crown is fully aware of this.

It should be recognized by the Crown that the Mi'kmaq will have numerous other submissions to make respecting this matter, but until further information is provided by the Crown, we will not be in a position to do so. To date, the Crown has failed to comply with all of its obligations related to its constitutional duty to consult and accommodate.

You reference that "the focus of this consultation process is the proposed property transaction". You suggest that issues outside the scope of the proposed transaction and any related consultation should be brought to the attention of the Aboriginal Affairs Secretariat. With respect, that approach is counterproductive and flies in the face of meaningful consultation. This matter relates to a proposed Crown activity - the transfer of the subject parcels. Therefore, **the Provincial Crown has an obligation to engage in meaningful consultation, to accommodate, and to obtain the consent of the Mi'kmaq before any transfer is made. The associated issues of consultation/accommodation and consent are inextricably linked to the proposed transfer, and cannot**

2018 PESC 20 (CanLII)

> **be carved off into separate Crown activities and responsibilities. Such an approach by the Provincial Crown is absolutely unacceptable. There is no obligation on the part of the Mi'kmaq to bring matters to the attention of the Aboriginal Affairs Secretariat. The obligation is solely on the Provincial Crown to meaningfully consult and to obtain consent prior to any transfer**.
>
> By virtue of this letter, and our previous correspondence, we have clearly made it known to the Provincial Crown what the position of the Mi'kmaq is and what needs to happen before any transfer can take place. **Should the Provincial Crown want to engage it's Aboriginal Affairs Secretariat as part of its obligations and duty to consult, so be it. But to be clear, before the Provincial Crown (through Tourism and Culture) can consider moving ahead with the proposed transfer, the Provincial Crown must meaningfully consult and obtain the consent of the Mi'kmaq. Failure to do so will result in injunctive relief being sought by the Mi'kmaq as a result of the failure of the Provincial Crown to live up to its legal and constitutional obligations**.
>
> As to the last paragraph of your letter, we require significantly more information from the Provincial Crown, as clearly outlined in this letter and our previous correspondence. **Included therein is a proposed time frame and structure for the required negotiation process. We shall await all of this information from the Provincial Crown.**
>
> **I trust the position of the Mi'kmaq has been made clear**. Should you have any questions, please do not hesitate to contact me.
>
> ...

2018 PESC 20 (CanLII)

July 2, 2015

[43] Chief Brian Francis and Chief Matilda Ramjattan wrote to Prince Edward Island Premier H. Wade MacLauchlan on July 2, 2015, about the import of the Supreme Court of Canada decision in ***Tsilhqot'in Nation v. British Columbia***, 2014 SCC 44, for the Mi'kmaq of Prince Edward Island. They expressed their interpretation of that decision and that they believed the decision provided an opportunity for both parties to embark on a new path forward. The correspondence did not deal specifically with Mill River, but referred in general to Aboriginal title on PEI and their desire to move forward based on their understanding of the meaning of that case.

September 2015 to October 2016

[44] Between 2012 and 2014, Donald J. McDougall was involved in discussions and negotiations with the Province of Prince Edward Island, for the purchase of the Mill River Resort. Those discussions ended without any agreement. In September 2015, McDougall was contacted by the Province to see if he had an

interest in resuming negotiations for the possible acquisition of Mill River. That triggered a second round of negotiations which led to McDougall taking over the operation of the Mill River Resort for the 2016 season pursuant to a Management Services Agreement which was signed with the Province in April 2016. During the course of the 2016 season, and into the fall of 2016, McDougall continued negotiations with the Province.

2018 PESC 20 (CanLII)

2016
October 4, 2016

[45] Jones wrote to Chief Brian Francis and Chief Matilda Ramjattan on October 4, 2016, stating:

> ...
>
> **Please be advised that the Government of Prince Edward Island intends to convey the following properties**:
>
> 1) **PID 39610**, being 289 acres of land in Woodstock, PE in the possession of the Government of PEI and **being used as golf course, campground, roads, access and egress.**
>
> 2) **PID 559534**, being 14 acres of land in Woodstock, PE **containing access and egress to resort/golf property**
>
> 3) **PID 47217**, being 3.5 acres of land in Woodstock, PE (**corner property**)
>
> 4) **PID 605949**, being 29.06 acres of land in Woodstock, PE and **being used as a "fun park".**
>
> At this time **we would like to continue our consultations to provide further information and answer any questions you may have**. Please contact me at (902) 368-6342.
>
> ...

October 17, 2016

[46] Tammy MacDonald, Consultation/Negotiation Coordinator and Historical Researcher, for the Mi'kmaq Confederacy replied to Jones by email on October 17, 2016:

> ...

We received your consultation notification of Woodstock, PID 39610 (289 acres); 559534 (14 acres); 47217 (3.5 acres); 605949 (29.06 acres), thank you. Before we can complete our review, however, the MCPEI Consultation Unit would like some information on the properties.

What is the intended usage of the properties? As well, have the properties been appraised recently, and, if so, what is their appraised values? If not, the Consultation Unit would like to wait our response to this consultation until an appraisal has taken place, and we have been informed as to the value of the properties.

If you have any questions about this, please do not hesitate to contact me.

...

October 19, 2016

[47] Jones replied in correspondence to MacDonald, with a copy to MacKenzie, on October 19, 2016:

...

Further to your request for supplementary information dated October 17, 2016, I offer the following response.

Government intends to convey to a private sector company, properties located at Woodstock, PEI and identified as PID numbers 39610, 559534, 47217 and 605949.

The Province owns certain assets commonly referred to as Rodd Mill River Golf Course, the Mill River Fun Park and the Mill River Campground and owns and leases the Rodd Mill River Hotel and Aquaplex to Rodd Management Limited doing business as Rodd Hotels and Resorts.

The aforementioned private sector company intends to continue with the above noted uses.

The agreed upon purchase price of the provincial assets is $500,000.

The private sector company continues to negotiate with Rodd Management Limited for acquisition of the resort complex.

As for an appraised value, the property/operations have lost money on an annual basis for the last several years; therefore the assets from a business perspective have minimal value.

2018 PESC 20 (CanLII)

> Please be advised that the above noted information is confidential.
>
> ...

November 3, 2016

[48] The Government called a meeting for November 3, 2016, at the Premier's Office for the purpose of allowing McDougall to explain his proposal and future plans to MacKenzie. Those present at the meeting included Robert Vessey, Principal Secretary to the Premier, Paul Ledwell, Clerk of Executive Counsel, David Arsenault, Deputy Minister of Finance, Don MacKenzie, Executive Director and Senior Legal Counsel of the Mi'kmaq Confederacy of PEI, and Donald McDougall.

[49] The meeting lasted approximately one to one and one half hours during which McDougall briefed MacKenzie (and others present) on his intention to continue the current use of the Lands and on his future plans for refurbishment and redevelopment of the Lands. He testified that MacKenzie asked about what employment opportunities would be available for the Mi'kmaq of PEI at the Resort.

[50] MacKenzie's notes about the meeting indicate that it included a management update outlining what McDougall intended to do with the property. He also states that he advised the meeting that he was not a decision-maker and that he would have to take formal direction from First Nations leaders as to what their response would be. MacKenzie advised there were some community consultations scheduled and following that the leadership would formulate its position. MacKenzie states in his supplementary affidavit that he specifically referred to the Mi'kmaq claim to Aboriginal title, the importance of the land to the Mi'kmaq, and the ***Tsilhqot'in*** decision and stated that Mi'kmaq consent was required before any conveyance could take place. McDougall testified that he does not recall any comment from MacKenzie at the meeting regarding any intended legal intervention by the Mi'kmaq Confederacy of PEI.

November 18, 2016

[51] Following the meeting of November 3, 2016, MacKenzie wrote to Jones referencing previous correspondence on the issue:

> ..
>
> I write further to your letters of October 4 and October 19, 2016, in relation to the disposal of Woodstock, PID 39610; 559534; 47217; 605949 properties that the Government of Prince Edward Island is proposing. We would also like to thank you for providing us with the agreed purchase price of the properties.

2018 PESC 20 (CanLII)

> Consistent with our previous letters to the Provincial Crown, we are writing to formally advise that the Mi'kmaq firmly object to the disposal. In addition to the fact that the subject area is of significance to the Mi'kmaq in terms of matters related to Aboriginal and treaty rights, **the PEI Mi'kmaq have asserted Aboriginal title to all lands and waters of Prince Edward Island**, including adjacent areas and offshore islands - this obviously includes the subject parcel.
>
> **The law is clear that there can be no disposal of Crown land without the consent of the Mi'kmaq**. **We are hoping to develop a process with the Provincial Crown whereby the interests of the indigenous Mi'kmaq can be addressed and satisfied such that consent might be considered**. However, that process has not yet been successfully negotiated. As such, the PEI Mi'kmaq strenuously object to the proposed disposal.
>
> ...

December 5, 2016

[52] Another meeting was held on December 5, 2016 between Paul Ledwell, Clerk of Executive Counsel, acting on behalf of the Province, and MacKenzie. At the meeting, MacKenzie advised that the Mi'kmaq of PEI would not provide their consent to the proposed transfer. MacKenzie then put forth an alternative proposal from the Mi'kmaq that the Province convey the Lands to the Mi'kmaq of PEI who would immediately enter into a long-term lease (50-75 years) with McDougall or his company. Ledwell advised MacKenzie that would not be acceptable to McDougall and McDougall would walk away from the deal if he did not have clear title to the land. In his testimony, McDougall confirmed that in December 2016 he was asked if he would enter into a long-term lease such as was proposed by the Mi'kmaq instead of owning the property and he declined both for philosophical reasons and because he did not believe he would obtain the necessary long-term financing based on a bare leasehold interest.

December 22, 2016

[53] Ledwell and MacKenzie again met to discuss the proposed transfer. MacKenzie reiterated the Mi'kmaq proposal for it to acquire the lands and enter into a long-term lease with the private developer. Such a proposal had been approved by the Mi'kmaq Confederacy Board on December 15, 2016. Ledwell confirmed that McDougall was not interested in the project if it was based on a long-term lease.

2017
January 10, 2017

2018 PESC 20 (CanLII)

[54] The Board of the Mi'kmaq Confederacy met with the Provincial Cabinet (Executive Council) on January 10, 2017. According to MacKenzie, at the meeting the Executive Council affirmed its commitment or desire to maintain a meaningful relationship between the Government of Prince Edward Island and the Mi'kmaq of Prince Edward Island.

January 10, 2017

[55] As part of the business conducted at its meeting on January 10, 2017, Executive Counsel passed Orders-in-Council EC2017-6 and EC2017-12 granting permission for Donald McDougall, and 9711864 Canada Inc., respectively to acquire approximately 325.59 acres of land (the "Lands") from the Government of Prince Edward Island. Orders-in-Council EC2017-6 and EC2017-12 are the subject of this judicial review application.

January 11, 2017

[56] Jones wrote to Chief Francis and Chief Ramjattan advising them of the decision by the Province to dispose of the Lands:

> ...
>
> **Further to my letter of October 19, 2016, we have received and given consideration to all the information you have provided over the past four years regarding the province's proposed plan to convey to a private sector company, properties located at Woodstock**, PEI (PID 39610, 559534, 47217, and 605949).
>
> **Please be advised that we are proceeding with a decision to sell the property complex,** which houses the Rodd Mill River Golf Course, Mill River Fun Park, Mill River Campground, Rodd Mill River Hotel and Aquaplex. **Under its new ownership the property will continue to serve its existing function as a multi-purpose resort.**
>
> ...

[57] Following receipt of the correspondence of January 11, 2017, Chief Francis and Chief Ramjattan wrote to Premier MacLauchlan, on January 18, 2017, expressing their displeasure with the Province's decision and stating they intended to commence legal action against the Government.

[58] The within Notice of Application for Judicial Review was filed on February 8, 2017.

Issues

2018 PESC 20 (CanLII)

[59] The Mi'kmaq Confederacy submitted that the following issues are to be determined on this application for judicial review. The Province agreed:

1) Was the Province required to consult and/or accommodate the Mi'kmaq of PEI prior to the transfer of Lands to McDougall and his Company?

2) If so, did the Province adequately fulfil its duty with respect to that consultation and/or accommodation prior to the transfer of the Lands?

3) If not, what remedies are appropriate?

I have also addressed the issue of the extent or degree of consultation required.

Standard of Review

[60] McLachlin C.J., writing in ***Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)***, 2004 SCC 73, at paras. 60-63, addressed the issue of the applicable standard of review as follows:

> 60 Where the government's conduct is challenged on the basis of allegations that it failed to discharge its duty to consult and accommodate pending claims resolution, the matter may go to the courts for review. To date, the Province has established no process for this purpose. The question of what standard of review the court should apply in judging the adequacy of the government's efforts cannot be answered in the absence of such a process. General principles of administrative law, however, suggest the following.
>
> 61 **On questions of law, a decision-maker must generally be correct**: for example, *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55 (CanLII). **On questions of fact or mixed fact and law, on the other hand, a reviewing body may owe a degree of deference to the decision-maker. The existence or extent of the duty to consult or accommodate is a legal question in the sense that it defines a legal duty. However, it is typically premised on an assessment of the facts. It follows that a degree of deference to the findings of fact of the initial adjudicator may be appropriate. The need for deference and its degree will depend on the nature of the question the tribunal was addressing and the extent to which the facts were within the expertise of the tribunal:** *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20 (CanLII); *Paul*, *supra.* Absent error on legal issues, the tribunal may be in a better position to evaluate the issue than the reviewing court, and some degree of deference may be required. **In such a case, the standard of review is likely to be**

2018 PESC 20 (CanLII)

> **reasonableness**. **To the extent that the issue is one of pure law, and can be isolated from the issues of fact, the standard is correctness. However, where the two are inextricably entwined, the standard will likely be reasonableness**: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, 1997 CanLII 385 (SCC), [1997] 1 S.C.R. 748.
>
> 62 **The process itself would likely fall to be examined on a standard of reasonableness**. 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**.
>
> 63 Should the government misconceive the seriousness of the claim or impact of the infringement, this question of law would likely be judged by correctness. Where the government is correct on these matters and acts on the appropriate standard, the decision will be set aside only if the government's process is unreasonable. The focus, as discussed above, is not on the outcome, but on the process of consultation and accommodation.

[61] Counsel for the Province also cited ***Ahousaht Indian Band v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)***, 2008 FCA 212. That decision was a

2018 PESC 20 (CanLII)

reflection of the Federal Court of Appeal's interpretation of the Supreme Court of Canada's statements in ***Haida***. The court in ***Ahousaht*** concluded, at para. 34:

> 34 Thus, in my view, **the determination of the existence and extent of the duty to consult or accommodate is a question of law and, hence, reviewable on a standard of correctness. However, when the Crown has correctly determined that question, its decision will be set aside only if the process of consultation and accommodation is unreasonable**. In my view, the Supreme Court's recent decision in *New Brunswick (Board of Management) v. Dunsmuir*, 2008 SCC 9 (S.C.C.), does not change the standard of review applicable in this case.

[62] There are three points at which the standard of review is to be considered. They include when a tribunal is determining the existence of a duty to consult, deciding the extent of consultation required (as per the ***Haida*** spectrum), and assessing the extent of consultation that occurred. While McLachlin C.J. expressed that the existence or extent of the duty to consult or accommodate is a legal question in the sense that it defines a legal duty, she immediately went on to express, in para. 61 of ***Haida***, that a contextual assessment of the factual background may lead to deference being shown even with respect to deciding on the two questions of the existence and extent of the duty to consult. In other words, she allowed for reasonableness to be the standard of review to apply to the determination of those questions, depending upon the circumstances of each case.

[63] At the hearing of this matter, in line with the conclusion in ***Ahousaht***, all counsel submitted the applicable standard of review was correctness in respect of assessing both the existence and extent of the duty to consult and accommodate, and reasonableness with respect to assessing whether the Province met their duty to consult to the extent required. I will review the decisions upon the basis of these suggested standards of review.

Issue 1 - Duty to Consult

A) Was the Province required to consult and/or accommodate the Mi'kmaq of PEI prior to the transfer of Lands to McDougall and his Company?

[64] The Mi'kmaq Confederacy submitted that prior to making the decision to proceed with the sale of the Lands, the Province failed to fulfil its obligations to consult and accommodate the Mi'kmaq.

[65] The Province submitted that the Crown's duty to consult was not triggered by its decision to transfer the Lands. Alternatively, the Province submitted that if

2018 PESC 20 (CanLII)

there was a duty to consult and, potentially, accommodate, such duty was met and the application for judicial review should be dismissed.

[66] In the landmark decision of ***Haida Nation v. British Columbia***, the Supreme Court of Canada set out the framework of the Crown's duty to consult and, if appropriate, accommodate the interests of Aboriginal people who have asserted title to Crown lands.

[67] For more than 100 years the Haida people had claimed title to all of the lands of Haida Gwaii, formally known as the Queen Charlotte Islands, off the coast of British Columbia. The cedar forests on Haida Gwaii were central to the lives of the Haida people in that they used cedar to make their oceangoing canoes, their clothing, their utensils and the totem poles that guarded their lodges. The cedar forests played a central role in the economy and culture of the Haida people.

[68] For nearly all of the 20th century, the Province of British Columbia granted tree farming licenses to allow forestry companies to harvest trees in certain areas of Haida Gwaii. Some portions of the islands were covered with old-growth forest and others with second growth forest. In 1999, the Province approved a transfer of a license to a different forestry company. The Haida Nation objected to the transfer and objected to trees being harvested on blocks of land for which they were asserting Aboriginal title. They argued it was necessary for the government to consult with them regarding decisions affecting the forest and to accommodate their concerns, otherwise it was possible the forest could be harvested and destroyed before they had proven their title to the lands.

[69] The government argued it had the right and responsibility to manage the forest resource for the good of all British Columbians and until the Haida people formally proved their claim, they had no legal right to be consulted or have their needs and interests accommodated.

[70] The Supreme Court of Canada, on a preliminary assessment, found the Haida's claim to title to Haida Gwaii was strong, but expressed that it might take many years to prove. The Court concluded, at paras 10-11:

> 10 **I conclude that the government has a legal duty to consult with the Haida people** about the harvest of timber from Block 6, including decisions to transfer or replace Tree Farm Licences. **Good faith consultation may in turn lead to an obligation to accommodate Haida concerns in the harvesting of timber, although what accommodation if any may be required cannot at this time be ascertained. Consultation must be meaningful. There is no duty to reach agreement. The duty to consult and, if appropriate, accommodate cannot be discharged by delegation to Weyerhaeuser**. Nor does Weyerhaeuser owe any independent duty to

2018 PESC 20 (CanLII)

> consult with or accommodate the Haida people's concerns, although the possibility remains that it could become liable for assumed obligations. It follows that I would dismiss the Crown's appeal and allow the appeal of Weyerhaeuser.
>
> 11 This case is the first of its kind to reach this Court. **Our task is the modest one of establishing a general framework for the duty to consult and accommodate, where indicated, before Aboriginal title or rights claims have been decided. As this framework is applied, courts, in the age-old tradition of the common law, will be called on to fill in the details of the duty to consult and accommodate**.

[71] After expressing that the duty to consult and accommodate entailed "balancing of Aboriginal and other interests", the Court went on to identify the source of the duty to consult and accommodate, as being "grounded in the honour of the Crown". The court found as well that the Aboriginal interest in an asserted claim of title was "insufficiently specific for the honour of the Crown to mandate that the Crown act in the Aboriginal group's best interest, as a fiduciary, in exercising discretionary control over the subject of the right or title." Section 35 of the ***Constitution Act, 1982***, recognizes and affirms existing Aboriginal rights, but does not define them.

(i) When does a duty to consult arise?

[72] At para. 35 of ***Haida***, the Court stated:

> 35 But, when precisely does a duty to consult arise? The foundation of the duty in the Crown's honour and the goal of reconciliation suggest that **the duty arises when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it**: see *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, 1997 CanLII 2719 (BC SC), [1997] 4 C.N.L.R. 45 (B.C.S.C.), at p. 71, *per* Dorgan J.
>
> **36 This leaves the practical argument. It is said that before claims are resolved, the Crown cannot know that the rights exist, and hence can have no duty to consult or accommodate. This difficulty should not be denied or minimized**. As I stated (dissenting) in *Marshall, supra*, at para. 112, one cannot "meaningfully discuss accommodation or justification of a right unless one has some idea of the core of that right and its modern scope". However, it will frequently be possible to reach an idea of the asserted rights and of their strength sufficient to trigger an obligation to consult and accommodate, short of final judicial determination or settlement. **To facilitate this determination, claimants should outline their claims with clarity, focussing on the scope and nature of the Aboriginal rights they assert and on the alleged infringements.** This is what happened here, where **the chambers judge made a preliminary evidence-based**

2018 PESC 20 (CanLII)

> **assessment of the strength of the Haida claims** to the lands and resources of Haida Gwaii, particularly Block 6.
>
> 37 **There is a distinction between knowledge sufficient to trigger a duty to consult and, if appropriate, accommodate, and the content or scope of the duty in a particular case. Knowledge of a credible but unproven claim suffices to trigger a duty to consult and accommodate**. The content of the duty, however, varies with the circumstances, as discussed more fully below. **A dubious or peripheral claim may attract a mere duty of notice, while a stronger claim may attract more stringent duties**. The law is capable of differentiating between tenuous claims, claims possessing a strong *prima facie* case, and established claims. Parties can assess these matters, and if they cannot agree, tribunals and courts can assist. **Difficulties associated with the absence of proof and definition of claims are addressed by assigning appropriate content to the duty, not by denying the existence of a duty**. **(Emphasis added)**

[73] And in ***Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council***, 2010 SCC 43, at para. 31, the Court wrote:

> [31] The Court in *Haida Nation* answered this question as follows: the duty to consult arises "when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it" (para. 35). **This test can be broken down into three elements: (1) the Crown's knowledge, actual or constructive, of a potential Aboriginal claim or right; (2) contemplated Crown conduct; and (3) the potential that the contemplated conduct may adversely affect an Aboriginal claim or right**. I will discuss each of these elements in greater detail. First, some general comments on the source and nature of the duty to consult are in order. **(Emphasis added)**

[74] Regarding the first two of the three components, the Mi'kmaq of PEI submit (i) the Crown had knowledge of the asserted aboriginal right or title and (ii) there was "contemplated Crown conduct", in the potential transfer of the Lands to McDougall. The Province does not dispute either contention. What the Province does dispute is the third component, namely, that the contemplated Crown conduct had the "potential of adversely affecting the asserted Aboriginal right or title".

[75] In ***Rio Tinto***, the Court held, starting at para. 45:

> [45] The third element of a duty to consult is the possibility that the Crown conduct may affect the Aboriginal claim or right. **The claimant must show a causal relationship between the proposed government conduct or decision and a potential for adverse impacts on pending Aboriginal claims or rights. Past wrongs, including previous breaches of the duty to consult, do not suffice**.

2018 PESC 20 (CanLII)

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

[47] Adverse impacts extend to any effect that may prejudice a pending Aboriginal claim or right. Often the adverse effects are physical in nature. However, as discussed in connection with what constitutes Crown conduct, high-level management decisions or structural changes to the resource's management may also adversely affect Aboriginal claims or rights even if these decisions have no "immediate impact on lands and resources": Woodward, at p. 5-41. This is because such structural changes to the resources management may set the stage for further decisions that will have a *direct* adverse impact on land and resources. **For example, a contract that transfers power over a resource from the Crown to a private party may remove or reduce the Crown's power to ensure that the resource is developed in a way that respects Aboriginal interests in accordance with the honour of the Crown. The Aboriginal people would thus effectively lose or find diminished their constitutional right to have their interests considered in development decisions. This is an adverse impact**: see *Haida Nation*, at paras. 72-73.

[48] **An underlying or continuing breach, while remediable in other ways, is not an adverse impact for the purposes of determining whether a particular government decision gives rise to a duty to consult. The duty to consult is designed to prevent damage to Aboriginal claims and rights while claim negotiations are underway**: *Haida Nation*, at para. 33. The duty arises when the Crown has *knowledge*, real or constructive, of the potential or actual existence of the Aboriginal right or title "and contemplates conduct that might adversely affect it": *Haida Nation*, at para. 35 (emphasis added). This test was confirmed by the Court in *Mikisew Cree* in the context of treaty rights, at paras. 33-34.

[49] **The question is whether there is a claim or right that potentially may be adversely impacted by the *current* government conduct or decision in question**. **Prior and continuing breaches, including prior failures to consult, will only trigger a duty to consult if the present decision has the potential of causing a novel adverse impact on a present claim or existing right**. This is not to say that there is no remedy for past and continuing breaches, including previous failures to consult. As noted in *Haida Nation*, a breach of the duty to

2018 PESC 20 (CanLII)

> consult may be remedied in various ways, including the awarding of damages. **To trigger a fresh duty of consultation — the matter which is here at issue — a contemplated Crown action must put current claims and rights in jeopardy**.

[76] The case of ***Canada (Public Works and Government Services) v. Musqueam First Nation,*** 2008 FCA 214, ("***Downtown Offices***"), offers some similarities to the matter currently before the court. The Musqueam asserted a claim to all of the City of Vancouver and surrounding areas as its traditional territory. The Federal Government was the owner of two office buildings in the downtown area, which they were intending to sell to a third party. The nature and use of the properties was not going to change after the sale.

[77] The Musqueam sought an injunction against the sale on the basis that Canada had a legal duty to consult with them, and relying on the fact "the properties could form a part of a land claim settlement between Musqueam and the Crown, and Musqueam's need and entitlement for more land for housing". They argued the Vancouver properties were among a limited inventory of lands remaining in the hands of the Government of Canada within the Applicant's claim area.

[78] In analysing the arguments on the injunction application, the Federal Court of Appeal stated, in ***Downtown Offices*** at para. 45, and onward:

> 45 The need for an "enhanced land base" does not, in and of itself, constitute a basis for a finding of irreparable harm.
>
> 46 **Musqueam led no evidence that the Properties are of special interest or of unique character to them. Rather, they simply argued that they need more land for housing**.
>
> 47 As indicated earlier, the Properties are fully developed, urban properties primarily suited for business. Musqueam has provided no indication of their anticipated plans for this property. It could hardly be said that two acres on which large office buildings are located would satisfy Musqueam's need for more land for housing.
>
> 48 It is obvious that Musqueam could receive monetary compensation equal to the value of the Properties and buy vacant land for housing far in excess of two acres. Therefore they could adequately be compensated in damages and there is no irreparable harm.
>
> ...
>
> 52 In this case, the loss of an opportunity for Musqueam to consult and be accommodated is insufficient to constitute irreparable harm. **I agree with the appellant that if an allegation of inadequate consultation**

2018 PESC 20 (CanLII)

***always* constituted irreparable harm, that could constitute a veto over the government transferring any title to property which is located in an area claimed as a traditional territory of an Aboriginal group. That would explicitly contradict the comments of the Supreme Court of Canada in *Haida Nation* at para. 48: "This process does not give Aboriginal groups a veto over what can be done with land pending final proof of the claim." Rather, it is necessary to look deeper in each case and discern whether the failure to consult constitutes irreparable harm**.

53 **At this point it is helpful to step back and briefly review the law governing the duty to consult**. The duty to consult, based on the honour of the crown, arises "when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct *that might adversely affect it*…." (*Haida Nation* at para. 35, emphasis added; see also *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director),* 2004 SCC 74 (S.C.C.) ("*Taku River*")). That is, the duty to consult arises in the context of the concern over Crown activity infringing on aboriginal rights before the rights can be proven. **The requirement for consultation assists in the prevention of land and resources from being changed and denuded during the process of proving rights: *Haida Nation* at para. 33. However, the facts at bar suggest that no pending right would be violated by a disposition of the Properties**.

54 In *Garden City* the Motions Judge in that case concluded that the loss of Musqueam's right to be consulted could not be compensated by damages. He elaborated at paragraphs 44, 46 & 48:

> **The nature of the harm which would be suffered if the Garden City property is transferred is the loss of the right to negotiate and be accommodated in respect of that land. Once the land is transferred, that right is effectively lost**.
>
> […]
>
> This situation is analogous to those where there is requirement for an environment study be done before a permit is issued or for proper notice to be given before a decision is made. The relevant considerations are public law principles and remedies. They are jurisdictional in nature, not monetary.
>
> […]
>
> If the Band's right is to have meaning, it cannot be allowed to be lost on the assumption that "sending a government cheque" would always suffice. It would be too tempting to allow government authorities to ignore these types of conditions to the exercise of power by merely permitting payment of some form of compensation as a substitute for the proper exercise of powers.

2018 PESC 20 (CanLII)

[Emphasis added.]

> [55] **If what was meant by the Judge in *Garden City* was that the mere assertion of the duty to consult itself is always sufficient to prove irreparable harm, then I disagree**. **Rather, I think the decision can be explained by the fact that in *Garden City* the lands comprised 136 acres and the Judge in that case had found that Musqueam not only claimed an interest in the land, but that the land had unique importance to Musqueam (*Garden City*, at paragraph 16).**
>
> [56] **In the case before this Court the Properties are office buildings in downtown, Vancouver, encompassing two acres. Their use upon disposition to Larco will not change. This is distinct from the *Garden City* case, where the use and character of the properties could change as a result of the transaction, and where Musqueam had submitted evidence of the land's unique importance beyond a proprietary interest**.
> **(Emphasis added)**

[79] The Mi'kmaq state they made historical and traditional uses of the Lands in the past. They advised they needed time to research and produce the necessary evidence to support their claim. Further, they argued the transfer of title in and of itself should be considered to have an "adverse impact" on their asserted title claim in that it alienates the Lands from Government's hands. They submitted the transfer itself constitutes an adverse impact sufficient to trigger the duty to consult.

[80] The Province submitted the transfer of Lands did not impact the Mi'kmaq's asserted Aboriginal rights or title. They argue the Lands were already in use as a golf course and resort area. They have been since 1983. The Lands have been operated by a private developer during the past several decades. The Lands are going to continue to be used in the same fashion by the new private developer. The Mi'kmaq have not asserted any unique significance or special characteristics with respect to these particular Lands. The Province submits there are no known archeological sites on the Lands and the evidence of title and use of those specific Lands is limited and speculative in nature. The Mi'kmaq themselves offered to lease the Lands to the developer for a period up to 75 years. The Lands in question constitute a very minute area, being less than 0.02%, or 2 one-hundredths of one percent, of the overall lands claimed, and being less than 0.33%, or one-third of one percent of all Crown lands available on Prince Edward Island. The act of transferring the Lands does not negate the Province's obligation to the Mi'kmaq if indeed the Mi'kmaq claim of title is eventually proven.

[81] ***Downtown Offices*** and ***Rio Tinto*** offer guidance on whether the legal action of conveying the land in 2017 affects the legal determination of whether Aboriginal rights crystallized at some point many years, decades, or even

2018 PESC 20 (CanLII)

centuries earlier. Does the conveyance of land necessarily have “irreversible effects” on whatever potential Aboriginal rights or title may be found to exist?

[82] Transferring lands is a legal action. A conveyance of land does not, in and of itself, cause any physical or structural change to that land. The lands are not denuded or destroyed or altered from their current form and use by the act of such a conveyance. Some impact may arise, as in other cases, primarily as a result of the future use by the recipient of the land or the holder of a license to pursue new activities, such as harvesting old growth forest, as in ***Haida Nation***.

2018 PESC 20 (CanLII)

(ii) Is the proposed conduct sufficient to trigger a duty to consult?

[83] The Mi’kmaq have not just claimed the Lands which are the subject of this hearing; they have asserted a claim to all of Prince Edward Island. Most of Prince Edward Island is held in fee simple. The Government has certain powers at its disposal to address any future finding of right or title. Transferring Crown lands, providing monetary compensation, or even expropriating lands held by third parties are all options.

[84] There may be occasions where such options are appropriate and effective if the need arises. There may be other occasions where some options would fail to preserve the lands in a way that respects the unproven claims or provide a measure of certainty that if such a claim is proven, the declaration of title does not become hollow owing to a drastic change in the nature of the land while the claim was being proven. (See ***Tsilhqot’in Nation***, para. 91). Each case must be assessed on its own merits, based on the information or evidence provided with respect to that claim.

[85] I return now to ***Rio Tinto,*** which, like ***Haida Nation***, is a decision of the Supreme Court of Canada. That decision came six years after ***Haida Nation,*** and somewhat modifies ***Haida.*** In effect, McLachlin, C.J., writing in ***Rio Tinto*** was doing what she said at para. 11 of ***Haida*** that future courts would do: “As this framework is applied, courts, in the age-old tradition of the common law, will be called on to fill in the details of the duty to consult and accommodate.”

[86] In ***Rio Tinto***, McLachlin, C.J. stated, at para. 45:

> **... The claimant must show a causal relationship between the proposed government conduct or decision and a potential for adverse impacts on pending Aboriginal claims or rights. Past wrongs, including previous breaches of the duty to consult, do not suffice**.

And at para. 46:

> **... there must [be] an "appreciable adverse effect on the First Nations' ability to exercise their aboriginal right"**. The adverse effect must be on the future exercise of the right itself; an adverse effect on a First Nation's future negotiating position does not suffice.

[87] In other words, is there a new and present adverse impact from the contemplated Crown conduct? Does the current contemplated conduct put the exercise of the potential right/claim in jeopardy in some way? That "conduct" in this case is the transfer of Lands to McDougall. The ***Rio Tinto*** analysis differs somewhat from ***Haida***, which at para. 37 implied the duty to consult arose more readily.

[88] The Mi'kmaq submission that transferring the Lands from Government hands would necessarily have an adverse effect on their claim to title is, in effect, equivalent to saying any and all future contemplated transfers of any amount of land would trigger the duty to consult given that they have asserted a claim to all of Prince Edward Island. I am not satisfied such a result would be consistent with current law. In my view, whether the act of transferring land is to be considered an adverse impact triggering the duty to consult is a determination to be made in the context of each case as part of the preliminary assessment of the strength of the case for Aboriginal title to the specific lands in question.

[89] Whether a duty to consult arose or not may be a moot point depending upon the extent and content of any consultation which may have taken place.

Issue 2 - Extent of the Duty to Consult

A) What factors are considered in determining the degree or extent of consultation required in this case? What, if any, consultation did occur?

[90] In ***Downtown Offices***, which dealt with an injunction rather than an application for judicial review, the court cited ***Haida Nation*** and noted the required consultation lies on a "spectrum", and each case, based on its own circumstances, will lie at a particular point on that spectrum. (See para. 57). In an instructive manner, the Court went on to compare the fact situation in ***Haida Nation*** with that in ***Downtown Offices*** and highlighted factors which would assist in determining the degree of consultation required in different circumstances. (See para. 58). The Court in ***Downtown Offices*** stated, at paras. 57-58:

> 57 **The content of the duty to consult lies on a spectrum, depending on the strength of the claim to title, the extent of the Aboriginal right claimed, and the potential for infringement**. As Chief Justice McLachlin stated in *Haida Nation*, at paragraphs 43-4:

2018 PESC 20 (CanLII)

> …I turn to the kind of duties that may arise in different situations. In this respect, the concept of a spectrum may be helpful, not to suggest watertight legal compartments but rather to indicate what the honour of the Crown may require in particular circumstances. **At one end of the spectrum lie cases where the claim to title is weak, the Aboriginal right limited, or the potential for infringement minor. In such cases, the only duty on the Crown may be to give notice, disclose information, and discuss any issues raised in response to the notice. "'[C]onsultation' in its least technical definition is talking together for mutual understanding"**: T. Isaac and A. Knox, "The Crown's Duty to Consult Aboriginal People" (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49, at p. 61.
>
> **At the other end of the spectrum lie cases where a strong *prima facie* case for the claim is established, the right and potential infringement is of high significance to the Aboriginal peoples, and the risk of non-compensable damage is high. In such cases deep consultation, aimed at finding a satisfactory interim solution, may be required**. While precise requirements will vary with the circumstances, the consultation required at this stage may entail the opportunity to make submissions for consideration, formal participation in the decision making process, and provision of written reasons to show that Aboriginal concerns were considered and to reveal the impact they had on the decision. This list is neither exhaustive, nor mandatory for every case. The government may wish to adopt dispute resolution procedures like mediation or administrative regimes with impartial decision-makers in complex or difficult cases.

58 Without commenting on the content of Musqueam's right to be consulted and possibly accommodated (since the merits of that case are to be heard after the current issue concerning injunctive relief is concluded) **it is helpful, for illustrative purposes, to compare the facts in this case with the rights at stake in the leading cases on the duty to consult. In *Haida Nation* the decision to issue licences to cut trees on the Haida Gwaii could have deprived the Haida Nation of forests vital to their economy and their culture. As Chief Justice McLachlin stated at paragraph 7, "The stakes are huge. […] Forests take generations to mature… and old-growth forests can never be replaced."** In *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69 (S.C.C.), the building of a road through a reserve impacted a significant number of trappers and hunters. In *Taku River*, the building of a road through Taku River Tlingit's First Nation territory passed through an area critical to their economy and could have had an impact on its continued ability to exercise its Aboriginal hunting, fishing, gathering, and other traditional land use activity rights. **In our case, there has been no allegation of an infringement of any aboriginal right that would or even may result from the disposition of the Properties. If there is no harm alleged in terms of an absolute rights analysis, how can the loss of a right to be consulted with respect to**

2018 PESC 20 (CanLII)

> **that right constitute irreparable harm? Moreover, if loss of the Properties can be adequately compensated in damages (see "*Irreparable Harm #1: Enhanced Land Base*" above), then surely the loss of the right to consult about disposing of the Properties can equally be compensated in damages in this case**.

[91] The degree of consultation required to fulfil the Crown's duty to consult, or where the matter falls on the spectrum identified in ***Haida Nation***, is dependent upon the context of each case.

[92] In ***Haida Nation***, the Court wrote:

> 39 **The content of the duty to consult and accommodate varies with the circumstances. Precisely what duties arise in different situations will be defined as the case law in this emerging area develops**. In general terms, however, it may be asserted that **the scope of the duty is proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed.**

[93] In ***Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)***, 2005 SCC 69, Binnie J., speaking for the Court, stated:

> 63 **The determination of the content of the duty to consult will, as *Haida* suggests, be governed by the context**. ... Another contextual factor will be **the seriousness of the impact** on the aboriginal people of the Crown's proposed course of action. The more serious the impact the more important will be the role of consultation. Another factor in a non-treaty case, as *Haida* points out, will be **the strength of the aboriginal claim**. The history of dealings between the Crown and a particular First Nation may also be significant. ...

[94] That is reiterated in ***Rio Tinto*** in 2010***,*** at para. 36:

> [36] The nature of the duty varies with the situation. The richness of the required consultation increases with **the strength of the *prima facie* Aboriginal claim and the seriousness of the impact** on the underlying Aboriginal or treaty right: *Haida Nation*, at paras. 43-45, and *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, at para. 32.

(i) Evidentiary burden rests on claimant

[95] The evidentiary burden falls on the claimant, the Mi'kmaq of PEI, to prove its claim. (See ***Tsilhqot'in Nation***, para. 50). While this case is not specifically about the Mi'kmaq *proving* their claim of title, it is about the fact they have *asserted a claim* and, depending on the circumstances, that assertion can trigger a

2018 PESC 20 (CanLII)

duty on the Crown to consult and, if appropriate, accommodate Aboriginal interests. To determine the extent of any consultation required, or where the duty falls on the ***Haida*** spectrum, it is necessary to undertake a preliminary assessment of the strength of the Aboriginal case, and an assessment of the seriousness of the impact of the contemplated conduct on the Aboriginal people or their right or title.

2018 PESC 20 (CanLII)

[96] In conducting a preliminary assessment it is necessary to consider the nature and extent of what might be required to establish such a claim. Of course, every case is different and the degree or depth of evidence available or needed may vary significantly.

[97] The Supreme Court of Canada decision in ***Tsilhqot'in Nation v. British Columbia***, was a landmark decision. After decades of land claim litigation, it marks the first time a declaration of Aboriginal title was granted. The Tsilhqot'in Nation is made up of a group of six bands who share common culture and history and have, for centuries, lived in a remote valley bounded by rivers and mountains in central British Columbia. The land was sparsely populated. The Tsilhqot'in people lived in villages, managed lands for the forging of roots and herbs, and hunted and trapped. They repelled invaders and set the terms for the European traders who came on to their land. (***Tsilhqot'in Nation***, paras. 3 and 6)

[98] The area claimed was confined to approximately 5% of what the Tsilhqot'in regard as their traditional territory. The trial in the British Columbia Supreme Court started in 2002 and continued for 339 days over a span of five years. The trial judge spent time in the claim area and heard extensive evidence from elders, historians and other experts. In 2007, he found the Tsilhqot'in people were, in principle, entitled to a declaration of Aboriginal title to a portion of the claim area as well as to a small area outside the claim area. In 2012, the British Columbia Court of Appeal overturned that finding and held that the Tsilhqot'in claim to title had not been established. The Supreme Court of Canada reviewed the history of land claim cases in Canada and the evidence of use and occupation of the lands and concluded that the Tsilhqot'in Nation had proven their claim of title to that portion of the land. (***Tsilhqot'in Nation,*** paras. 6-9)

[99] In reaching that conclusion, the Supreme Court of Canada adopted and expanded upon the test for Aboriginal title set out by Lamer, C.J. in ***Delgamuukw v. British Columbia***, [1997] 3 S.C.R. 1010, 1997 CanLII 302 (SCC). At paras. 25-26 of ***Tsilhqot'in Nation***, the Court wrote:

> [25] As we have seen, the *Delgamuukw* test for Aboriginal title to land is based on "occupation" prior to assertion of European sovereignty. To ground Aboriginal title this occupation must possess three characteristics.

> It must be *sufficient*; it must be *continuous* (where present occupation is relied on); and it must be *exclusive*.
>
> [26] The test was set out in *Delgamuukw, per* Lamer C.J., at para. 143:
>
> > In order to make out a claim for [A]boriginal title, the [A]boriginal group asserting title must satisfy the following criteria: (I) the land must have been occupied prior to sovereignty, (ii) if present occupation is relied on as proof of occupation pre-sovereignty, there must be a continuity between present and pre-sovereignty occupation, and (iii) at sovereignty, that occupation must have been exclusive.

[100] McLachlin, C.J. agreed those three concepts should be considered separately, but in context, and through culturally sensitive lenses. At para. 32 of ***Tsilhqot'in Nation***, she wrote:

> [32] In my view, the concepts of sufficiency, continuity and exclusivity provide useful lenses through which to view the question of Aboriginal title. This said, the court must be careful not to lose or distort the Aboriginal perspective by forcing ancestral practices into the square boxes of common law concepts, thus frustrating the goal of faithfully translating pre-sovereignty Aboriginal interests into equivalent modern legal rights. **Sufficiency, continuity and exclusivity** are not ends in themselves, but inquiries that shed light on whether Aboriginal title is established.

[101] With respect to the type of evidence required to show "**sufficiency of occupation**", McLachlin C.J. stated, at para. 38:

> [38] To sufficiently occupy the land for purposes of title, the Aboriginal group in question must show that it has historically acted in a way that would communicate to third parties that it held the land for its own purposes. This standard does not demand notorious or visible use akin to proving a claim for adverse possession, but neither can the occupation be purely subjective or internal. **There must be evidence of a strong presence on or over the land claimed, manifesting itself in acts of occupation that could reasonably be interpreted as demonstrating that the land in question belonged to, was controlled by, or was under the exclusive stewardship of the claimant group**. As just discussed, the kinds of acts necessary to indicate a permanent presence and intention to hold and use the land for the group's purposes are dependent on the manner of life of the people and the nature of the land. Cultivated fields, constructed dwelling houses, invested labour, and a consistent presence on parts of the land may be sufficient, but are not essential to establish occupation. The notion of occupation must also reflect the way of life of the Aboriginal people, including those who were nomadic or semi-nomadic.

[102] **Continuity of occupation** "...simply means that for evidence of present occupation to establish an inference of pre-sovereignty occupation, the present

2018 PESC 20 (CanLII)

occupation must be rooted in pre-sovereignty times. This is a question for the trier of fact in each case." (***Tsilhqot'in Nation**, para.46)*

[103] Regarding **exclusivity of occupation**, the Court stated, at para. 47:

> [47] The third requirement is *exclusive* occupation of the land at the time of sovereignty. The Aboriginal group must have had "the intention and capacity to retain exclusive control" over the lands (*Delgamuukw*, at para. 156, quoting McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, at p. 204 (emphasis added)). Regular use without exclusivity may give rise to usufructory Aboriginal rights; for Aboriginal title, the use must have been exclusive.

[104] The Court also confirmed, "The claimant group bears the onus of establishing Aboriginal title. The task is to identify how pre-sovereignty rights and interests can properly find expression in modern common-law terms." (***Tsilhqot'in Nation***, para. 50; See also ***R. v. Van der peet***, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 132)

[105] The decision in ***Tsilhqot'in Nation*** is helpful in indicating the nature and extent of evidence to be presented in pursuit of a claim of Aboriginal title. I note the trial in ***Tsilhqot'in Nation*** lasted for 339 days over five years. Similarly, in ***Delgamuukw***, the trial lasted 374 days and the trial decision ran close to 400 pages with an additional 100 pages of schedules. Title was established in the ***Tsilhqot'in*** case, but that was not the result in ***Delgamuukw***. It is not a minor undertaking to establish Aboriginal title.

(ii) Principles governing consultation process

[106] The Court also reiterated its earlier statements about the degree of consultation and accommodation required, at para. 79:

> [79] The degree of consultation and accommodation required lies on a spectrum as discussed in *Haida*. In general, **the level of consultation and accommodation required is proportionate to the strength of the claim and to the seriousness of the adverse impact the contemplated governmental action would have on the claimed right**. **"A dubious or peripheral claim may attract a mere duty of notice, while a stronger claim may attract more stringent duties"** (para. 37). The required level of consultation and accommodation is greatest where title has been established. Where consultation or accommodation is found to be inadequate, the government decision can be suspended or quashed.

[107] The courts have also described the character of the consultation process and the obligations of each party:

a) In ***Haida Nation***:

2018 PESC 20 (CanLII)

42 **At all stages, good faith on both sides is required**. **The common thread on the Crown's part must be "the intention of substantially addressing [Aboriginal] concerns" as they are raised** (*Delgamuukw, supra*, at para. 168), through a meaningful process of consultation. Sharp dealing is not permitted. **However, there is no duty to agree; rather, the commitment is to a meaningful process of consultation**. **As for Aboriginal claimants, they must not frustrate the Crown's reasonable good faith attempts, nor should they take unreasonable positions to thwart government from making decisions or acting in cases where, despite meaningful consultation, agreement is not reached**: ... Mere hard bargaining, however, will not offend an Aboriginal people's right to be consulted.

45 ... Pending settlement, **the Crown is bound by its honour to balance societal and Aboriginal interests in making decisions that may affect Aboriginal claims**. The Crown may be required to make decisions in the face of disagreement as to the adequacy of its response to Aboriginal concerns.

...

48 **This process does not give Aboriginal groups a veto over what can be done with land pending final proof of the claim. The Aboriginal "consent" spoken of in *Delgamuukw* is appropriate only in cases of established rights, and then by no means in every case. Rather, what is required is a process of balancing interests, of give and take**.

49 ... A commitment to the process **does not require a duty to agree**. But it does require good faith efforts to understand each other's concerns and move to address them.

50 ... **the Crown must balance Aboriginal concerns reasonably with the potential impact of the decision on the asserted right or title and with other societal interests**.

b) In ***Mikisew***:

64 **The duty here has both informational and response components. ... This engagement ought to have included the provision of information about the project addressing what the Crown knew to be Mikisew interests and what the Crown anticipated might be the potential adverse impact on those interests**. The Crown was required to solicit and to listen carefully to the Mikisew concerns, and to attempt to minimize adverse impacts on the Mikisew hunting, fishing and trapping rights. ...

...

2018 PESC 20 (CanLII)

66 ... As emphasized in *Haida Nation*, **consultation will not always lead to accommodation, and accommodation may or may not result in an agreement**. ...

c) In ***Canada (Attorney General) v. Long Plain First Nation***, 2015 FCA 177:

133 In doing this, **we must ensure that we are not applying too exacting a standard**. Situations such as the one in this case are complicated and dynamic, involving many parties and concerning issues that are legally and factually difficult. **Even in healthy relationships where there is mutual trust and ample communication over simple issues, there can be isolated innocent omissions, misunderstandings, accidents and mistakes**. ...

...

158 **Consultation is not a one-way street. All parties must actively engage in the process**:

> **There is a reciprocal duty on aboriginal peoples to express their interests and concerns once they have had an opportunity to consider the information provided by the Crown, and to consult in good faith by whatever means are available to them. They cannot frustrate the consultation process by refusing to meet or participate, or by imposing unreasonable conditions**: see *Ryan et al v. Fort St. James Forest District (District Manager*) (25 January, 1994) Smithers No. 7855, affirmed (1994), 40 B.C.A.C. 91.

(*Halfway River*, above at paragraph 161; *Ahousaht*, above at paragraphs 50-53; see also *Brokenhead Ojibway Nation v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 484, 345 F.T.R. 119 (F.C.) at paragraph 42.)

159 **Both parties must act to advance their respective rights in a prompt and conciliatory way:**

> **It is up to the parties, when…issues arise, to act diligently to advance their respective interests**. Good government requires that decisions be taken in a timely way.

(*Beckman*, above at paragraph 12.)

d) In ***Ahousaht Indian Band v. Canada***:

54 It follows from *Haida, supra*, that in determining whether the Minister has met his duty to consult, **perfect satisfaction is not required**. To the extent that the Minister makes **reasonable efforts to inform and consult the First Nations** which might be affected by the Minister's intended course of action, this **will normally suffice to discharge the duty**. ...

2018 PESC 20 (CanLII)

[108] The courts have defined and framed the consultation process. The case law articulates the following principles:

a) the degree of consultation required lies on a spectrum set out in ***Haida Nation***;
b) the Crown is bound by its honour to balance societal and Aboriginal interests;
c) at all stages, good faith on both sides is required;
d) there must be a meaningful process of consultation;
e) there is no duty to reach agreement;
f) consultation is not a one-way street;
g) both parties must actively engage in the process;
h) both parties must act to advance their respective rights in a prompt and conciliatory way;
I) the consultation process does not have to be perfect;
j) there must be a causal relationship between the contemplated conduct and the perceived adverse impact; past wrongs do not suffice;
k) there must be an appreciable adverse effect on Aboriginal rights;
l) mere speculative impacts will not suffice;
m) Aboriginal complainants must not frustrate the Crown's reasonable good faith attempts;
n) unreasonable positions must not be taken to thwart government decisions;
o) the process does not give Aboriginal groups a veto over what can be done with the land pending final proof of claim;
p) Aboriginal consent is only required in cases of proven title.

[109] Considering these and other statements from the courts, I will now assess the consultation process in this matter.

B) A preliminary assessment of the strength of the case for Aboriginal title to the Land

(i) What information did the parties have on the strength of the asserted Aboriginal claim for title and the seriousness of any adverse impact on Aboriginal rights claimed prior to the decision being made by Government?

[110] The preliminary assessment of the claimant's case, the seriousness of any impairment or infringement upon any right, and the level of risk of non-compensable damage occurring, requires an examination of the relevant information exchanged between the parties.

2018 PESC 20 (CanLII)

[111] Firstly, the parties were aware the Lands, owned by the Crown, have been used by a private developer as a golf course and resort complex since 1983.

[112] In 1997, then-Chief Jack Sark of the Lennox Island First Nation wrote to the then Premier of Prince Edward Island, the Honourable Pat Binns:

> ... The aboriginal people of this province never ceded title to this island and the Supreme Court of Canada has now set clear parameters to aid in the determination of our rights with respect to the land. We feel that the legal foundation for the assertion of a land claim by the First Nations of P.E.I. has been completed with the Supreme Court of Canada's decision in Delgamuukw. We intend to pursue such a claim. ...

[113] In 1999, then-Chief Charlie Sark sent a similar letter to Premier Binns:

> ...
>
> The Mi'kmaq of Prince Edward Island have never ceded any of the land in present day Prince Edward Island, through sale, bargain, treaty or any other means. The Mi'kmaq people of this province have an interest in all of present day Prince Edward Island. Our interest in the land is a continuing interest based on Aboriginal title.
>
> ...
>
> We continue to assert our title to the lands of present day Prince Edward Island. It is therefore important that your provincial government consider this fact when dealing with crown lands.
>
> ...

[114] That correspondence was acknowledged by the Premier of the day and reference was made to a Provincial Cabinet meeting occurring on Lennox Island around the same time as the correspondence.

(ii) What evidence did the Mi'kmaq present to support their assertion of title?

[115] By correspondence of July 17, 2012, the Mi'kmaq indicated they expected to be consulted with respect to each and every decision that Government may make in relation to the disposition of Government owned golf courses and related lands.

[116] On August 29, 2012 the Mi'kmaq advised their "preliminary research" of the lands containing the four provincial golf courses revealed "a number of traditional Mi'kmaq activities potentially impacting on Aboriginal rights. We will have further

2018 PESC 20 (CanLII)

research to undertake before any kind of official consultation response can be provided."

[117] On September 30, 2013, the Mi'kmaq advised, "As this matter involves large parcels of Crown land in areas where there is an abundance of traditional Mi'kmaq activities, Mi'kmaq Aboriginal and treaty rights may be negatively impacted by any Crown decision."

[118] On November 26, 2014, the Mi'kmaq advised:

> ...
>
> As you are aware, the Mi'kmaq Governments have asserted Aboriginal title to all lands and waters of Prince Edward Island, including adjacent areas and offshore islands, and this certainly includes the Crown owned Mill River complex. Also, the area in question is significant to the Mi'kmaq in terms of traditional and historical uses, and therefore this is a matter that could have an adverse impact on Mi'kmaq Aboriginal and treaty rights.
>
> ...

[119] On December 19, 2014, the Mi'kmaq advised:

> ...
>
> Thirdly, our research has uncovered archaeological sites in Mill River and Cascumpec Bay areas. Our research has also revealed extensive historical Mi'kmaq use of the area, which includes campsites; hunting; and clay gathering for pottery. Traditional Mi'kmaq use includes group campsites, access for fishing and wild fruit gathering. ...

[120] On March 12, 2015, the Mi'kmaq advised:

> ...
>
> Our research has uncovered Mi'kmaq archaeological sites near the proposed land disposal areas, including three pre-Contact sites. Historical Mi'kmaq use of the area includes campsites; hunting; and clay gathering for pottery. Traditional, "Living Memory," Mi'kmaq uses within the designated areas include group campsites and wild fruit gathering. It must be remembered that the MCPEI database is, to date, a partial inventory of existing knowledge. As such, it does not mean that the subject area was not used (or used for additional purposes) or that there are not additional archaeological sites/findings, rather that evidence of these, if they exist, has not yet been collected.
>
> ...

2018 PESC 20 (CanLII)

[121] On April 24, 2015, the Mi'kmaq advised:

> ...
>
> With respect to the archaeological evidence, it is important to recognize that the MCPEI database is, to date, a partial inventory and there might very well be evidence that has not yet been discovered. Also, the entries in the database can be based on oral evidence, which can make it difficult to determine locations with exact specificity. We intend to set up a meeting with the Provincial Archaeologist and respond in more detail after that meeting has taken place.
>
> With respect to traditional uses, the campsites are located directly on the subject parcels. Respecting the hunting, clay gathering and wild fruit gathering; the subject parcels would have been used by the Mi'kmaq as part of the travel routes directly related to these traditional activities.
>
> ...

[122] On July 2, 2015, the Mi'kmaq advised:

> ...
>
> There can be no question that the Mi'kmaq were the original – and the *only* – inhabitants of Prince Edward Island, long before contact with Europeans. The presence of the Mi'kmaq on this island can be traced back at least 10,000 years. Our Peoples exclusively controlled and systematically occupied these lands and waters in accordance with our ancestral way of life.
>
> ...

[123] The total of all information provided by the Mi'kmaq between July 10, 2012, and January 10, 2017, was set forth in the Mi'kmaq of PEI's assertions that the Mi'kmaq engaged in traditional activities such as camping, hunting, clay gathering and wild fruit gathering in the areas around the Lands, with the further assertion that camping took place directly on the subject parcels. They stated that they uncovered Mi'kmaq archaeological sites near the proposed disposal land area. They also asserted the Lands would have been used as part of the travel routes related to their traditional activities and as access to fishing areas, and that disposal of the lands could potentially have adverse impacts on their Aboriginal rights.

[124] While several assertions were made and repeated, no information or evidence supporting those claims was provided other than as set out above. It is not expected or required that the asserted claim of title is to be proven during the consultation period. Nor is it expected or required that the title be proven during

2018 PESC 20 (CanLII)

this judicial review process. However, as the court is now required to conduct a preliminary assessment of the strength of the case for title, it is compelled to examine the evidence provided in support of the assertions made. As for the Mill River area in general, and the Lands in particular, very little, other than assertions, was provided by the Mi'kmaq.

2018 PESC 20 (CanLII)

[125] Similarly, the Mi'kmaq did not advise of any adverse impact on its traditional uses of the land or its Aboriginal right or title as a result of the contemplated transfer of land other than by the act of conveyance itself. They expressed that such a conveyance would have an impact on the Crown's ability to address any future declaration of Aboriginal title, but did not disclose any impact on current traditional uses.

(iii) What information was known by the Province about the Mi'kmaq assertion of title prior to making its decision?

[126] The Province knew from the correspondences in 1997 and 1999 from past Chiefs that the Mi'kmaq were asserting title to Prince Edward Island. That assertion was reiterated in further correspondence from the Mi'kmaq from 2012, through 2017. The Province also knew in 2012 that the Mi'kmaq were undertaking further research prior to providing "any kind of official consultation response". From the same correspondence they knew that until such time as the Mi'kmaq could explore the issues in more detail, the Mi'kmaq were objecting to any action or decision being taken by the Crown with respect to those lands.

[127] In correspondence to the Mi'kmaq on January 30, 2015, the Province set out its knowledge of the status and current uses of the Lands. The Province addressed the Mi'kmaq reference to the presence of archaeological sites and traditional uses on the properties under discussion. The Province was aware of an archaeological survey in the general area of Mill River, but, to their knowledge, no archaeological sites were located within a 5 km radius of the resort property. They asked the Mi'kmaq to provide them with any other detailed archaeological information they might have which could assist them in evaluating the Lands in question. They also asked the Mi'kmaq to specify how the transfer of the property would adversely impact any Aboriginal or treaty right, given that the site had been developed and used as a golf course and other recreational facilities and would continue to be used for that purpose.

[128] Greater detail can be seen from the Province's correspondence of January 30, 2015:

> ... Our records show that a systematic archaeological survey of the Mill River system was completed by archaeologist Anna Sawicki in 1984. This survey was conducted mainly along the north shore of the Mill River, and

> included Fox Island, Hills River, Meggison's Creek, Long Creek, and Ashley Creek. No archaeological sites were located in the surveyed areas and none are known within a five kilometre radius of the resort property. Sawicki's interviews with local residents further identified traditional Mi'kmaq use in the 1930s at Carruthers Brook and at another unspecified location in the Mill River area. **We appreciate that your research has also produced knowledge of archaeological sites in traditional use in the Mill River and Cascumpec Bay areas. In order for us to give this proper consideration, please send detailed information to Dr. Helen Kristmanson, Director of Aboriginal Affairs and Archaeology.**
>
> On a related note, in our letter of December 3, 2014, wherein we identified our intent to divest the subject properties, **we requested comments or information on how the proposed actions may affect Aboriginal and treaty rights of the PEI Mi'kmaq**. In your letter of December 19, 2014 you indicated that the property in question is "historically and traditionally significant to the Mi'kmaq." **As the property in question is a developed site with a golf course and other recreational facilities and will continue to be used for this purpose, please specify how the transfer of the property adversely impacts an aboriginal or treaty right**.
>
> ...

[129] On February 5, 2015 the Mi'kmaq indicated they would endeavour to put together the requested information. On March 12, 2015, the Province received a response from the Mi'kmaq which made reference to three "pre-Contact sites". Two weeks later **the Province wrote again, reiterating the only knowledge it had was of the 1984 archaeological survey. They requested "additional information as to the location and identification of the sites you referred to", and, " further information as to the location of the traditional uses cited in your letter such as campsites, hunting, clay gathering, and wild fruit gathering, and any current uses."**

[130] Other than the information referred to in the correspondence of April 24, 2015 from the Mi'kmaq, the Province did not receive any additional information which would tend to support the claim for title.

[131] In summary, the Province had been advised of some past Aboriginal traditional activities in the general area, but the only archaeological or other information it had with respect to the specific 325 acres of land in question failed to disclose any significant past presence. That does not mean one can conclude there was no past activity, but it does affect an evidence-based preliminary assessment of the strength of the claim to title. No current traditional uses were identified. The Province knew the Lands had been used for a golf course and resort complex for the past 3 ½ decades. The Province also knew such use was

2018 PESC 20 (CanLII)

not going to change after the contemplated transfer. No other adverse impacts of its contemplated transfer were identified.

Exchanges regarding the consultation process itself

[132] The Province started the process with its correspondence of July 10, 2012. They advised of their intention to seek expressions of interest, and inquired as to whether further "consultation" was required. The Province enclosed parcel identification information and maps identifying the location of the subject lands. Shortly thereafter, the Mi'kmaq were contacted again to confirm that they had received the "**duty to consult notification letter**".

[133] In emails on July 17, and August 29, 2012, the Mi'kmaq confirmed they expected to be consulted and that further consultation was required.

[134] On August 20, 2013 the Mi'kmaq noted, "We haven't received any further consultation ... which I assume means nothing more has happened..." with respect to the proposed sale of golf course lands. That email generated a phone call from the Province the next day which confirmed there were some continuing discussions with some of the proponents. The Mi'kmaq responded on September 30, 2013, expressing that proper and meaningful **"consultation, and potentially accommodation, is mandatory**".

[135] In early November, 2013, the Province advised that no agreement had been reached to date with any of the proponents and that if matters progressed, **the Province would ensure its legal obligations to the Mi'kmaq were fulfilled**.

[136] In November 2014, responding to a newspaper article referring to provincial discussions with a prospective buyer, the Mi'kmaq expressed surprise given they had not yet received any "consultation notification". They then stated, "... as the property is subject to an assertion of Aboriginal title, **the consent of the Mi'kmaq must be obtained prior to any conveyance being made**."

[137] In early December 2014, the Province sent "**a formal consultation notice**" in relation to the proposed divestiture of the Mill River Lands. Maps and other property information was again provided. A response was requested.

[138] Later in December 2014, **the Mi'kmaq responded indicating they would require further details in relation to the proposed divestiture of Crown land**, and they asked to whom the land was to be conveyed, and what the intended use was to be. They again expressed that as they had asserted title to those lands, "... in addition to the consultation/accommodation required ... **the Provincial Crown must secure the consent of the PEI Mi'kmaq before any disposal can be made**".

2018 PESC 20 (CanLII)

[139] On January 30, 2015 the Province advised that no agreement had been negotiated at that time, but that it was in discussions with a private developer who was interested in purchasing the Lands, with the intention of continuing their current use. **The Province asked for any additional archaeological information the Mi'kmaq might have and for an explanation of how the transfer of property would impact Aboriginal rights**. They asked for a response within two weeks since they were contemplating reaching an agreement to be effective in time for the summer tourist season.

[140] The Mi'kmaq responded on February 5, 2015, indicating they would endeavour to respond within that time, but that they did not consider that to be sufficient time to constitute meaningful consultation. Once again they stated, "... **it is imperative that the Provincial Crown understands that this is a matter of Aboriginal title for which Mi'kmaq consent is required"**. They then asked "... **how the Provincial Crown would like to initiate the process of negotiation that could potentially lead to the required consent being provided**."

[141] The Province suggested a ten day extension to the requested response time from the Mi'kmaq. The Province responded about the consultation process itself in two ways on February 9, 2015**. Jones stated his focus was strictly on the proposed disposition of the Lands, and that the Aboriginal Affairs Secretariat would address the broader issues, referring to the issues of negotiation and consent**. The Secretariat stated they were giving the matter due consideration but asked for patience, indicating they could not respond immediately because their Minister had resigned (for unrelated reasons).

[142] On February 23, 2015 the Mi'kmaq advised they could not respond by that day, but did provide their response on March 12, 2015. **They inquired as to whether there would be a statutory decision maker making a determination with respect to the proposed sale and transfer, and if so, would there be an opportunity for the Mi'kmaq to appear and make submissions**. The Mi'kmaq also expressed that they wished to highlight **(i) the Crown bears the onus of engaging in meaningful consultation** and **(ii) the property transaction must not proceed without the consent of the Mi'kmaq, which is only possible after the Crown has initiated and undertaken a meaningful and respectful negotiation process**.

[143] On March 26, 2015, the Province replied to the questions posed regarding a statutory decision maker and the opportunity to make submissions. Jones, for the Province advised, "**A final decision on the matter rests with Government. Please provide any further submissions you may have through this consultative process on or before April 24, 2015**." He then referred to his

2018 PESC 20 (CanLII)

February 9th correspondence **and reiterated that consultations beyond those dealing simply with the property transaction should be addressed to the Aboriginal Affairs Secretariat**.

[144] The Mi'kmaq did respond, at length, on April 24, 2015. They asked about the current status of the proposed transaction. **The Mi'kmaq stated, "...the Crown is under an obligation to inform itself of the impact its project will have on the rights of the Mi'kmaq, please advise as to what the Crown has done in this regard, and when it will be formally communicated to the Mi'kmaq"**. They also stated the Mi'kmaq would have "numerous other submissions to make" respecting the matter, but until further information was provided by the Crown they would not be in a position to do so. They reiterated their position that Crown was required to obtain the consent of the Mi'kmaq before any transfer was made. They went on to state:

> **There is no obligation on the part of the Mi'kmaq to bring matters to the attention of the Aboriginal Affairs Secretariat. The obligation is solely on the Provincial Crown to meaningfully consult and to obtain consent prior to any transfer**.

[145] The next correspondence was from Chief Francis and Chief Ramjattan focussing on their understanding of the meaning of ***Tsilhqot'in*** decision and expressing the desire to start a process of true and lasting reconciliation.

[146] Another "Duty to Consult - Notification" was sent by the Province to the Chiefs on October 4, 2016, advising of the intention to convey the Lands and inviting contact to continue consultations.

[147] Two weeks later **the Mi'kmaq asked what the intended use of the properties would be, and indicated they wished to be informed of the value of the properties before responding to the consultation request**.

[148] Two days later, on October 19, 2016, **the Province advised the current use of the land would be continued and the purchase price of the property was $500,000.** They stated the property/operations had lost money annually for several years and the assets had minimal value.

[149] As indicated earlier, the consultation process continued with a meeting on November 3, 2016. Following that, on November 18, 2016, the Mi'kmaq again reiterated:

> **The law is clear there can be no disposal of Crown land without the consent of the Mi'kmaq. We are hoping to develop a process with the Provincial Crown whereby the interests of the indigenous**

2018 PESC 20 (CanLII)

Mi’kmaq can be addressed and satisfied such that consent might be considered.

[150] As already noted, a further meeting was held on December 5, 2016, at which **the Mi’kmaq offered to lease the Lands to McDougall for a period of 50-75 years**. The Province advised McDougall would not proceed with the project based on a leasehold interest. That proposal was made again in a further meeting on December 22, 2016, and **the Province confirmed McDougall was not interested in the project based on a long-term lease**. Don McDougall, who is now 80 years of age, explained in his testimony that he was on the “back nine” of his business career, and he was “sensitive to time”, and he did not view a leasehold interest as being the best way to move the project forward.

[151] The Board of the Mi’kmaq Confederacy met with the Executive Council on January 10, 2017. On that same day, Executive Council passed the Orders approving the transaction.

[152] The Mi’kmaq allege the Crown failed to provide the Traditional Uses Data Sheet to them, and failed to provide other information relating to the transfer in a timely manner. They also advise that correspondence was sent to the Premier, but they did not receive a direct response from him. The Province expressed that the Traditional Uses Data Sheet was simply a compilation of information prepared from two other source documents, both of which were known to or provided to the Mi’kmaq during the consultation process.

[153] The Province requested and did not receive the additional archaeological information apparently uncovered by the Mi’kmaq. Nor did the Province receive any further information or explanation of any adverse impact arising from the proposed transfer. That was despite a specific request for some assistance in understanding the Mi’kmaq’s basis for objecting to the transfer. The bulk of the information contained in the affidavit of Tammy MacDonald, provided during the judicial review process, was not provided to the Crown during the consultation process.

Determining the degree of consultation required

[154] At some point in the consultation process, the decision-maker will conclude enough consultation has occurred, and that a decision can be made. The court’s assessment of the degree of consultation required is always a retrospective exercise undertaken after the decision-making body has made its decision.

[155] Breaking down the ***Haida*** spectrum, we can list certain factors that place the obligation for consultation on the **low end** of the scale, including:

2018 PESC 20 (CanLII)

a) the claim to title is weak,
b) the Aboriginal right is limited, and
c) the potential for infringement is minor,

whereas factors indicating consultation should be on the **high end** of the spectrum include:

a) cases where a strong *prima facie* case for the claim is established,
b) the right and potential infringement is of high significance to the First Nation, and
c) the risk of non-compensable damage is high.

[156] The Mi'kmaq have claimed title to all of Prince Edward Island. The decision under review is in the context of the transfer of the Mill River Lands. To establish any claim, a claimant must present evidence to show they had "sufficiency of occupation", "continuity of occupation", and "exclusivity of occupation" of the Lands in question. The onus is on the claimant to prove its title.

[157] The Province did not have, and was not presented with, evidence which would reasonably lead it to conclude the claim to these Lands was one beyond minimal strength. That is not to say the claim will always be viewed as a weak claim, but only that the evidence supporting any claim is, to this point, very limited. Such limited evidence of some use or some presence may lead to usufructuary rights, but may not be sufficient to found title. A usufructuary right is essentially the right of one individual to use and enjoy the property of another, provided its substance is neither impaired nor altered. Even for nomadic or semi-nomadic peoples, a claim of title requires supporting evidence of sufficiency of occupation, as that term would be applied to the particular circumstances of the claimants and viewed through the appropriate culturally sensitive lens. Given the nature and extent of information provided as the basis for a declaration of Aboriginal title to approximately 5% of the Tsilhqot'in people's traditional territory, the information currently available in this case is minimally past the assertion stage.

[158] The Court in ***Tsilhqot'in Nation*** repeatedly spoke of the need for "evidence" or "proof" to establish the sufficiency, continuity, and exclusivity of occupation. It requires consideration of both the common law doctrine of adverse possession and the perspective of the Aboriginal group as to how it occupies or possesses the land. However, even while balancing the two concepts and being culturally sensitive to the Aboriginal way of life, and dealing with less site-specific, more territorial-based claims, there must be "proof" of regular and exclusive use of the lands in question. Assertions, without supporting evidence are just that: assertions. In ***Tsilhqot'in Nation***, McLachlin, C.J. stated:

2018 PESC 20 (CanLII)

> [41] In summary, what is required is a culturally sensitive approach to sufficiency of occupation based on the dual perspectives of the Aboriginal group in question — its laws, practices, size, technological ability and the character of the land claimed — and the common law notion of possession as a basis for title. It is not possible to list every indicia of occupation that might apply in a particular case. The common law test for possession — which requires an intention to occupy or hold land for the purposes of the occupant — must be considered alongside the perspective of the Aboriginal group which, depending on its size and manner of living, might conceive of possession of land in a somewhat different manner than did the common law.
>
> [42] There is no suggestion in the jurisprudence or scholarship that Aboriginal title is confined to specific village sites or farms, as the Court of Appeal held. Rather, a culturally sensitive approach suggests that regular use of territories for hunting, fishing, trapping and foraging is "sufficient" use to ground Aboriginal title, provided that such use, on the facts of a particular case, evinces an intention on the part of the Aboriginal group to hold or possess the land in a manner comparable to what would be required to establish title at common law.
>
> [43] The Province argues that this Court in *R. v. Marshall; R. v. Bernard*, 2005 SCC 43 (CanLII), [2005] 2 S.C.R. 220, rejected a territorial approach to title, relying on a comment by Professor K. McNeil that the Court there "appears to have rejected the territorial approach of the Court of Appeal" (*"Aboriginal Title and the Supreme Court: What's Happening?*" (2006), 69 *Sask. L. Rev.* 281, cited in British Columbia factum, para. 100). **In fact, this Court in *Marshall; Bernard* did not reject a territorial approach, but held only (at para. 72) that there must be "proof of sufficiently regular and exclusive use" of the land in question, a requirement established in *Delgamuukw***.
>
> [44] **The Court in *Marshall; Bernard* confirmed that nomadic and semi-nomadic groups could establish title to land, provided they establish sufficient physical possession, which is a question of fact**. While "[n]ot every nomadic passage or use will ground title to land", the Court confirmed that *Delgamuukw* contemplates that "regular use of definite tracts of land for hunting, fishing or otherwise exploiting its resources" could suffice (para. 66). While the issue was framed in terms of whether the common law test for possession was met, the Court did not resile from the need to consider the perspective of the Aboriginal group in question; sufficient occupation is a "question of fact, depending on all the circumstances, in particular the nature of the land and the manner in which it is commonly used" (*ibid.*).

[159] Potential for infringement is minor. There was no information provided regarding current use of the Lands by the Mi'kmaq. The Lands have been operated by a private developer and used as a golf course and resort area for the past 35 years. No supporting information was identified or presented which might tend to show the Lands were unique and of special significance to the Mi'kmaq. The Lands will continue to be used as they have been for the past 35 years. The

2018 PESC 20 (CanLII)

Mi'kmaq themselves offered to perpetuate that use for an additional 75 years. It appears clear from a review of the circumstances there would be little to no adverse impact on the right claimed as a result of a transfer of those Lands.

[160] A similar case relating to extending or continuing current use of lands was addressed in ***Cold Lake First Nations v. Alberta (Tourism, Parks and Recreation)***, 2013 ABCA 443, where at para. 31, the court stated:

> 31 ... **In our view the impact of the campground expansion will have an adverse effect on both the right to fish and the other traditional uses. But that effect is tempered by an important consideration. The Recreational Area is not on bare unoccupied Crown land. The existing campground has been there for over 50 years. The Doyle Land was privately held since 1930, and since the transfer of those lands to the Crown in 1970 there have been several dispositions of those lands**. ...

[161] I have discussed earlier the legal nature of a conveyance and the presence of other options to address any potential future declaration of title. The transfer of Lands does not negate any obligation for which the Crown may eventually be found liable. Given the absence of information or evidence showing any new or present adverse impact on current uses of the Lands, and given the absence of evidence of any unique or special characteristics or significance of the Lands, the risk of non-compensable damage is low.

[162] Considering the foregoing, I find the degree of consultation required to be at the **low end** of the ***Haida*** spectrum.

Issue 3 - Did the Province meet its obligation to consult and, if appropriate, accommodate?

[163] In terms of the overall consultation process, the Province started by giving notice of their intended activity, which was to seek expressions of interest in purchasing any of its golf courses. Some interest was generated and they began discussions with those proponents. Nothing of significance materialized during 2012 and 2013, although they were continuing to have some discussions.

[164] By the end of 2014, they had issued a formal consultation notice regarding the proposed divestiture of the Mill River Lands. In subsequent months, they asked for additional archaeological information which the Mi'kmaq indicated their research had uncovered.

[165] The Province advised that Government was the decision-maker and submissions should be made through the consultative process which was underway. Matters once again quieted down as the Province had entered into an

2018 PESC 20 (CanLII)

operating agreement for the Mill River Resort with one of the proponents for the 2016 tourist season. A final Duty to Consult Notification sent in October 2016 again specified their intention to divest themselves of the Lands. Shortly thereafter they provided additional information regarding the purchase price of the lands and reiterated the intended future use of the property. They had not received any additional archaeological or traditional use information from the Mi'kmaq since their earlier request, and had not uncovered any additional information themselves.

[166] For their part, the Mi'kmaq confirmed they expected to be consulted on any decisions affecting Aboriginal right or title. They expressed that proper and meaningful consultation and, potentially, accommodation was mandatory. The Mi'kmaq asserted their claims to title based on traditional use and occupation of the Lands. They repeatedly insisted that consent of the Mi'kmaq was required before any conveyance could take place. They perceived that the consultation process should be in the form of a negotiation which could potentially lead to the required consent of the Mi'kmaq being provided. They stated that the Crown bore the sole onus of engaging in meaningful consultation. In response to a request for further information or evidence to support the claim of traditional use and occupation, the Mi'kmaq expressed there was no obligation on their part to bring matters to the attention of the Province or its representatives. They stated the Crown had a duty to inform itself of the impact its project would have on the rights of the Mi'kmaq, and then to advise the Mi'kmaq of their findings. Until that was done, they stated they would not be providing any further submissions through the consultative process initiated by the Crown.

[167] As indicated earlier, the Mi'kmaq Confederacy repeatedly and forcefully declared in much of their correspondence during the consultation period that their **consent** was required before any conveyance of Crown lands could take place. Such statements have their basis in a misinterpretation and overstatement of what the Supreme Court of Canada said in ***Tsilhqot'in Nation***. The obligation to have Aboriginal consent to Crown conduct in respect of subject lands only arises **after** Aboriginal title has been proven and conferred. The Court in ***Tsilhqot'in*** stated, at paras. 89-91:

> [89] **Prior to establishment of title by court declaration or agreement, the Crown is required to consult in good faith with any Aboriginal groups asserting title to the land about proposed uses of the land and, if appropriate, accommodate the interests of such claimant groups.** The level of consultation and accommodation required varies with the strength of the Aboriginal group's claim to the land and the seriousness of the potentially adverse effect upon the interest claimed. ...
>
> [90] **After Aboriginal title to land has been established by court declaration or agreement, the Crown must seek the consent of the**

2018 PESC 20 (CanLII)

> **title-holding Aboriginal group to developments on the land**. Absent consent, development of title land cannot proceed unless the Crown has discharged its duty to consult and can justify the intrusion on title under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The usual remedies that lie for breach of interests in land are available, adapted as may be necessary to reflect the special nature of Aboriginal title and the fiduciary obligation owed by the Crown to the holders of Aboriginal title.
>
> [91] **The practical result may be a spectrum of duties applicable over time in a particular case. At the claims stage, prior to establishment of Aboriginal title, the Crown owes a good faith duty to consult with the group concerned and, if appropriate, accommodate its interests**. As the claim strength increases, the required level of consultation and accommodation correspondingly increases. Where a claim is particularly strong — for example, shortly before a court declaration of title — appropriate care must be taken to preserve the Aboriginal interest pending final resolution of the claim. **Finally, once title is established, the Crown cannot proceed with development of title land not consented to by the title-holding group unless it has discharged its duty to consult and the development is justified pursuant to s. 35 of the *Constitution Act, 1982***.

[168] The evidentiary burden lies on the Mi'kmaq to demonstrate the strength of their claim. The Mi'kmaq claimed it was the Province's duty to do research to uncover past traditional uses by the Mi'kmaq. The court in ***Cold Lake***, placed the onus for such research and disclosure on the shoulders of the Aboriginal claimants. It stated, at para. 29:

> 29 The First Nations contend that the record is silent as to the location and frequency of the traditional activities and the extent to which traditional activities could potentially be adversely impacted by the proposed campground expansion. **The First Nations submit that the Crown had a duty to acquire the information about Aboriginal practices and did not. This argument was raised for the first time on appeal. In our view this did not form part of the Crown's obligation.** Both parties have reciprocal duties to facilitate an assessment of the asserted rights and to outline concerns with clarity: *Haida* at para 36. We do not view this as a gap in the record for which the Crown is responsible. The First Nations argue that the Crown had a duty to provide full information about historic Aboriginal uses of the land in question. They rely on a passage in *Xeni Gwet'in First Nations v. British Columbia*, 2007 BCSC 1700 (B.C.S.C.) at paras 1293-94, available on line, which seems to suggest such a duty. However, the facts in that case are very different and the issue was not discussed on appeal: 2012 BCCA 285, 324 BCAC 214 (B.C.C.A.).There is no suggestion here that the Crown had or withheld such information. In our opinion, **the Crown should not ordinarily be required to conduct such research in lieu of the First Nations, as the First Nations should be in a much better position to ascertain their own historical practices**.

2018 PESC 20 (CanLII)

[169] Unfortunately, the unfounded declaration by the Mi'kmaq Confederacy that they were entitled to grant or withhold their consent to the proposed transfer tainted the consultation process and lead to their participation in a less than fulsome manner. The Mi'kmaq further frustrated the process of consultation in declaring they had no obligation to assist the Province in learning of or better understanding any adverse impact of the proposed transfer. Their engagement in the consultation process was undermined by their misapprehension that, in effect, they had a veto based on the fact they had *asserted* title to the Lands. The Court's statements in ***Tsilhqot'in Nation*** are clearly to the contrary.

[170] There are similarities between what occurred in this case and what occurred in ***Louis v. British Columbia (Minister of Energy, Mines, and Petroleum Resources)***, 2013 BCCA 412 ("***Louis***").

[171] In that case, the Stellat'en First Nation was insistent that consultations include reference to the adverse impacts of an existing mining operation, rather than being restricted to the new adverse impacts which might arise as a result of the expansion of the mine or the extension of its life span. The First Nation's position on that issue coloured their involvement in the overall consultation process. Groberman, J.A., writing for the Court of Appeal, stated, starting at para. 65:

> 65 **The consultation efforts faltered at a nascent stage. The Crown was not prepared to engage in discussions concerning compensation or other accommodations for past disturbance caused by the existing mine. Consultation was, for the Stellat'en, a non-starter unless the consultation included, as a major component, the past disturbance**.
>
> ...
>
> 68 **One of the difficulties with this case is that the position of the Stellat'en in its discussions with the Ministry was, emphatically, that consultation had to be directed at past infringements as well as new ones that would result from the expansion project**. The chambers judge put it this way, at paragraph 156:
>
> > **Consultation did not readily 'get off the ground' because Stellat'en insisted on discussing alleged past infringements of their asserted Aboriginal title and rights with respect to the opening of the original mine back in 1965 and its continuing operation since then**. ...
>
> 69 By the time the matter was heard on judicial review, the Supreme Court of Canada had released its judgment in *Carrier Sekani Tribal Council v. British Columbia (Utilities Commission)*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650 (S.C.C.) rejecting the position that the Crown had a duty to

2018 PESC 20 (CanLII)

> consult over past and continuing effects on claimed Aboriginal rights whenever it made a decision connected with an existing operation. ...
>
> ...
>
> 92 **As I have already indicated, the consultation process in this case was a failure. This was not because of an absence of effort on the part of the MEMPR, [**Minister of Energy, Mines, and Petroleum Resources**] but rather a result of the parties' disparate views as to the nature of the required consultation. Because it misconstrued the nature of the consultation required, the Stellat'en refused to participate in the process. In those circumstances, it seems to me that the consultation undertaken by the MEMPR was as deep as it could be.**

2018 PESC 20 (CanLII)

Improperly insisting on certain terms of the consultation process resulted in a more limited degree of consultation than might have occurred otherwise, leaving the Court of Appeal to conclude "that the consultation undertaken was as deep as it could be".

[172] The Mi'kmaq cited ***Musqueam Indian Band v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)***, 2005 BCCA 128, as a case in which the court ordered a two-year suspension of the Order-in-Council authorizing the sale of lands so the parties would have time to consult and reach agreement with respect to its uses. The Musqueam claimed the golf course property was within their First Nation's traditional territory and represented one of the few remaining parcels of land held by the province within that territory.

[173] In that case, however, the Crown conceded that the Musqueam had shown a *prima facie* case for title. As a result of that, and as there was a shortage of reserve land, the court suspended the sale for an interim period.

[174] In ***Hupacasath First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)***, 2005 BCSC 1712 ("***Hupacasath***"), the court upheld judicial review applications. At para. 271, the court held that:

> 271 ... despite the previous history of consultation with the HFN about the management of TFL 44, **the Crown did not attempt consultation at all**. The Crown did not meet what Finch J.A. described as its "positive obligation".

[175] Similarly, in ***Long Plain***, the Federal Court of Appeal granted an application for judicial review, concluding at para. 135, that Canada completely failed in its duty to consult:

> 135 Summarizing the 2006-2007 period, the Federal Court held as follows (at paragraph 79):

> The matter is more egregious in the 2006 to 2007 period. **Canada simply ignored correspondence written by and on behalf of the [four respondents]. It ignored a request for a meeting. It did not provide any information such as the appraisal or basis of the selling arrangements negotiated with Canada Lands Company. The [four respondents] were simply ignored**. After the fact, the [four respondents] were told to take their concerns to the Canada Lands Company. **I find the treatment of the concerns raised by the [four respondents] and other [A]boriginal bands to be far short of the scope of even the minimum duty to consult.**

[176] The matter currently before the court is readily distinguishable from both ***Hupacasath*** and ***Long Plain*** in the level of consultation undertaken by the Province.

[177] The parties did not reach an agreement through the consultation process, but it is not a requirement that an agreement must be reached. The Province did not convert the consultation process into a “negotiation”, as requested by the Mi’kmaq, but they were not required to do so. As the court stated in ***Cold Lake***, at para. 39:

> 39 In our view, the duty to consult is described in very general terms and there is significant flexibility in how the duty is met. **The Crown has discretion as to how it structures the consultation process**. ...

[178] Over the course of four and one- half years, the Province engaged in the following consultation activities:

a) it provided notice of its intended action;
b) it provided specific information, including maps, parcel identification numbers, and archaeological information regarding the Lands in question;
c) it requested specific information on potential impacts on traditional uses of its contemplated action;
d) it requested the additional archaeological information the Mi’kmaq stated their research had uncovered;
e) it responded with information regarding who the final decision-maker would be;
f) it gave direction regarding to whom any further submissions from the Mi’kmaq ought to be addressed; and
g) when negotiations with the potential purchaser did progress to an intended disposition of the lands, it again advised the Mi’kmaq of the status of negotiations and responded to inquiries relating to price and value.

2018 PESC 20 (CanLII)

[179] When I examine the Province's consultation efforts as a whole, (See: ***Katlodeeche First Nation v. Canada (Attorney General)***, 2013 FC 458 at para. 183), I am satisfied that they met, and exceeded, their duty to engage in meaningful consultations and to act in good faith toward the Aboriginal people and interests which might be impacted by their contemplated land transfer. The Government made reasonable efforts to inform and consult. Given the absence of evidence of any new adverse impacts, they far exceeded the minimum degree of consultation required. Notwithstanding their duty to consult in this case would at most be at the low end of the ***Haida*** spectrum, I find the Province's consultation efforts were sufficient to satisfy the requirements associated with a duty in the midrange of that spectrum.

[180] Considering the consultation process as a whole, it is the substance of the efforts by the Province to engage in meaningful consultation that is important. The substance is more important than precise compliance with any "formalities" of identifying consultation as being pursuant to a Consultation Notice under the non-binding Consultation Agreement between the parties. In the same way as the duty to consult does not arise from the Consultation Agreement, meaningful consultation is not restricted to any formulaic process, but is dependent upon the context of each situation.

[181] The consultations were not perfect. The Province could have been more proactive in reaching out to the Mi'kmaq Confederacy at times when the negotiations with the proponent went quiet. Being informed of the fact that nothing new is happening on the matter is far better than being left to speculate and make further inquiries.

[182] The Provincial Cabinet met with the Board of the Mi'kmaq Confederacy on January 10, 2017. On that same day, Cabinet passed the Executive Council Orders approving the transfer of the Lands. On January 18, 2017, Chiefs Francis and Ramjattan wrote a strongly worded letter to the Premier expressing their disappointment and sense of betrayal at not being informed on January 10, 2017, that the Province simultaneously intended to approve the land transfer.

[183] While being notified that the Province had made a decision to move forward with the transfer is not strictly part of the consultation process, it clearly would have been more a respectful gesture and less offensive to the Mi'kmaq leadership if they had been informed of the impending decision on January 10, 2017. They were indeed clearly informed the Government intended to proceed with the sale in correspondence addressed to them on October 4, 2016, which stated, in part, "Please be advised that the Government of Prince Edward Island intends to convey the following properties:..." Subsequent correspondence filled in further details of the intent to transfer. However, providing an indication during their

2018 PESC 20 (CanLII)

face-to-face meeting on January 10, 2017, that the decision was imminent would have reduced some of the negative feelings resulting from that decision. The reconciliation process is best served by courteous and thoughtful interactions at all times.

[184] There was a clear and ample process of communication between the Province and the Mi'kmaq Confederacy. The Province did not ignore any information provided by the Mi'kmaq. Neither party responded to the other in a manner which fully satisfied the other party. However, each party requested and provided information, and was given the opportunity to request or provide further information. Each party's position was evident to the other. The consultations proceeded to the point where there was no new information coming forward. As was stated in ***Little Salmon/Carmacks First Nation v. Yukon (Director, Agricultural Branch, Department of Energy, Mines & Resources)*** 2010 SCC 53 (Also cited as ***Beckman v. Little Salmon, et al.***), at para. 84, "*Somebody* has to bring consultation to an end and to weigh up the respective interests... . The purpose of the consultation was to ensure that the Director's decision was properly informed."

[185] As was confirmed in the recent Supreme Court of Canada decision in ***Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*** 2017 SCC 54, the Government's decision to end the consultation process and issue the Orders-in-Council is entitled to deference:

> [77] The Minister's decision that an adequate consultation and accommodation process occurred is entitled to deference: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 62. The chambers judge was required to determine whether the Minister reasonably concluded that the Crown's obligation to consult and accommodate had been met. A reviewing judge does not decide the constitutional issues raised in isolation on a standard of correctness, but asks rather whether the decision of the Minister, on the whole, was reasonable.

Whether a duty to consult was triggered is a moot point

[186] Since I have concluded the Province made reasonable efforts to inform and consult, and conducted consultations consistent with or in excess of the legal requirements of ***Haida***, the question of whether a duty to consult was triggered in this case is moot.

Issues relating to respondents McDougall and 9711864 Canada Inc.

[187] Given my finding that the Province adequately consulted with the Mi'kmaq Confederacy it is not, strictly speaking, necessary to deal with the question of what the appropriate remedy would be if the Province had failed to adequately consult.

2018 PESC 20 (CanLII)

However, McDougall has asked in his submissions that the Court make a finding regarding any potential remedies in the event there is an appeal from this decision.

[188] In McDougall's evidence, he recounted his involvement with the Province over the past five years leading to the completion of the agreement of purchase and sale of the Lands. He reviewed the direct and indirect economic benefits flowing from the Mill River Complex to the western part of Prince Edward Island, and to the entire Island. He provided some examples of negative financial impacts on his efforts arising from the uncertainty surrounding the project, in light of the litigation, and expressed concern for further financial and economic impacts.

[189] In reviewing his involvement with the Province, he confirmed that he did, at some point, become aware of the assertion of title being advanced by the Mi'kmaq. He stated in his affidavit that he had been provided with little or no specific, objective or empirical evidence as to the nature and scope of any traditional uses and concluded by stating, "In short, there is no cogent evidence that the Lands hold any "special" significance to the Applicants which might be irreparably harmed by the Respondents' acquisition and continued tourism use of the Lands."

[190] He made those statements in support of his position that if there were to be any remedies granted, the Lands themselves were not of such significance as to warrant their transfer to the Mi'kmaq, but instead the court ought to order "fair compensation" from the Province, as Lamer C.J. held in ***Delgamuukw,*** at para. 169:

> 169 ... In keeping with the duty of honour and good faith on the Crown, **fair compensation will ordinarily be required when aboriginal title is infringed.** The amount of compensation payable will vary with the nature of the particular aboriginal title affected and with the nature and severity of the infringement and the extent to which aboriginal interests were accommodated. ...

[191] McDougall also relies on the findings at paras. 9-10 of the ***Haida*** decision. In that case, Weyerhaeuser Company Limited was the transferee of a license to harvest trees in a certain portion of Haida Gwaii. The Supreme Court of Canada addressed the question of what duty falls to an independent third-party in terms of consultation and accommodation. The Court stated:

> 9 The chambers judge found that the government has a moral, but not a legal, duty to negotiate with the Haida people: [2001] 2 C.N.L.R. 83, 2000 BCSC 1280 (CanLII). **The British Columbia Court of Appeal reversed this decision, holding that both the government and Weyerhaeuser have a duty to consult with and accommodate the Haida**

2018 PESC 20 (CanLII)

> **people with respect to harvesting timber from Block 6**: (2002), 99 B.C.L.R. (3d) 209, 2002 BCCA 147 (CanLII), with supplementary reasons (2002), 5 B.C.L.R. (4th) 33, 2002 BCCA 462 (CanLII).
>
> 10 I conclude that the government has a legal duty to consult with the Haida people about the harvest of timber from Block 6, including decisions to transfer or replace Tree Farm Licences. Good faith consultation may in turn lead to an obligation to accommodate Haida concerns in the harvesting of timber, although what accommodation if any may be required cannot at this time be ascertained. Consultation must be meaningful. There is no duty to reach agreement. **The duty to consult and, if appropriate, accommodate cannot be discharged by delegation to Weyerhaeuser. Nor does Weyerhaeuser owe any independent duty to consult with or accommodate the Haida people's concerns, although the possibility remains that it could become liable for assumed obligations.** It follows that I would dismiss the Crown's appeal and allow the appeal of Weyerhaeuser.

2018 PESC 20 (CanLII)

[192] Any duty to consult or accommodate Aboriginal interests rests solely with the Crown. McDougall has no obligation to consult or accommodate. As for "becoming liable for assumed obligations", both the Memorandum of Agreement whereby McDougall's company agreed to purchase the Lands, and the actual Agreement of Purchase and Sale, contain clauses which ensure that any obligations which may arise, are the sole responsibility of the Province.

[193] The Memorandum of Agreement is conditional upon "the Province fulfilling its legal obligations and duties in dealing with Aboriginal land claim issues that arise as a consequence of the divestiture of Crown lands". The Agreement of Purchase and Sale warrants that the Province is not in default of, or in violation of, any obligation pursuant to any law, and that the Province "has all right, title and interest to the Property, and the right to sell ... and transfer the same to the Purchaser". The Province agrees to "indemnify and save harmless" McDougall's company "in respect of any and all costs, losses and damages incurred by [the Purchaser] as a result of any inaccuracy or misrepresentation, or in breach of any representation, warranty, covenant or agreement made in this Agreement by the Vendor".

[194] Finally, the deed of conveyance from the Government to the company grants title to the Lands "in fee simple and free from all encumbrances".

Disposition

[195] The applicants sought a declaration that the respondent Province of Prince Edward Island failed to adequately consult and/or accommodate the Mi'kmaq of Prince Edward Island with respect to the decision to convey the Lands to the

respondents, McDougall and his company. They also sought declarations that Orders-in-Council EC 2017-6 and EC 2017-12 are invalid and are to be set aside and that any transfer of lands purported to have taken place pursuant to those Orders-in-Council is without effect. The Mi'kmaq Confederacy also asked for their costs if they were successful.

[196] I hereby dismiss the applicant's judicial review application. The question of costs was not canvassed to any extent during the hearing. If the parties are unable to reach agreement on costs, they may contact the Court and the matter can be addressed.

_____

Campbell, J.

June 25, 2018

2018 PESC 20 (CanLII)

7

Dorothy Marie Van der Peet *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec, the Fisheries Council of British Columbia, the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation, the First Nations Summit, Delgamuukw et al., Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* VAN DER PEET

File No.: 23803.

1995: November 27, 28, 29; 1996: August 21.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Aboriginal rights — Right to sell fish on non-commercial basis — Fish caught under native food fish licence — Regulations prohibiting sale or barter of fish caught under that licence — Fish sold to non-aboriginal and charges laid — Definition of "existing aboriginal rights" as used in s. 35 of Constitution Act, 1982 — Whether an aboriginal right being exercised in the circumstances — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 61(1) — British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, s. 27(5).

The appellant, a native, was charged with selling 10 salmon caught under the authority of an Indian food fish licence, contrary to s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, which prohibited the sale or barter of fish caught under such a licence. The restrictions imposed by s. 27(5) were alleged to infringe the appellant's aboriginal right to sell fish and accord-

Dorothy Marie Van der Peet *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Québec, le Fisheries Council of British Columbia, la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation, le First Nations Summit, Delgamuukw et autres, Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* VAN DER PEET

N° du greffe: 23803.

1995: 27, 28, 29 novembre; 1996: 21 août.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Droit de vendre du poisson à des fins non commerciales — Poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens — Règlement interdisant la vente et l'échange du poisson pris en vertu d'un tel permis — Poisson vendu à des non-autochtones et dépôt d'accusations — Définition de «droits ancestraux existants» à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — S'agissait-il, dans les circonstances, de l'exercice d'un droit ancestral? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 61(1) — Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 27(5).

L'appelante, une autochtone, a été accusée d'avoir vendu 10 saumons pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens, contrairement au par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, qui interdisait la vente et l'échange du poisson pris en vertu d'un tel permis. On a plaidé que les restrictions imposées par le par. 27(5) portent

1996 CanLII 216 (SCC)

ingly were invalid because they violated s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The trial judge held that the aboriginal right to fish for food and ceremonial purposes did not include the right to sell such fish and found the appellant guilty. The summary appeal judge found an aboriginal right to sell fish and remanded for a new trial. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and restored the guilty verdict. The constitutional question before this Court queried whether s. 27(5) of the Regulations was of no force or effect in the circumstances by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

Held (L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

The Aboriginal Right

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: A purposive analysis of s. 35(1) must take place in light of the general principles applicable to the legal relationship between the Crown and aboriginal peoples. This relationship is a fiduciary one and a generous and liberal interpretation should accordingly be given in favour of aboriginal peoples. Any ambiguity as to the scope and definition of s. 35(1) must be resolved in favour of aboriginal peoples. This purposive analysis is not to be limited to an analysis of why a pre-existing doctrine was elevated to constitutional status.

Aboriginal rights existed and were recognized under the common law. They were not created by s. 35(1) but subsequent to s. 35(1) they cannot be extinguished. They can, however, be regulated or infringed consistent with the justificatory test laid out in *R. v. Sparrow*.

Section 35(1) provides the constitutional framework through which the fact that aboriginals lived on the land in distinctive societies, with their own practices, customs and traditions, is acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown. The substantive rights which fall within the provision must be defined in light of this purpose. The French version of the text, prior jurisprudence of this Court and the courts of

atteinte au droit ancestral de l'appelante de vendre du poisson et qu'elles sont en conséquence invalides parce qu'elles violent le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge du procès a statué que le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires et rituelles n'inclut pas le droit de vendre le poisson ainsi pris et a déclaré l'appelante coupable. Le juge d'appel des poursuites sommaires a estimé qu'il existait un droit ancestral de vendre du poisson et ordonné la tenue d'un nouveau procès. La Cour d'appel a fait droit à l'appel du ministère public et rétabli le verdict de culpabilité. La question constitutionnelle que la Cour était appelée à trancher portait sur le point suivant: le par. 27(5) du Règlement était-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant en raison de l'existence de droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes): Le pourvoi est rejeté.

Le droit ancestral

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: L'analyse du par. 35(1) en fonction de son objet doit être faite à la lumière des principes généraux applicables aux rapports juridiques entre l'État et les peuples autochtones. L'État a, envers les peuples autochtones, une obligation de fiduciaire qui a pour conséquence que les dispositions concernant les peuples autochtones doivent recevoir une interprétation généreuse et libérale. Les doutes ou ambiguïtés concernant la portée et la définition des droits visés par le par. 35(1) doivent être résolus en faveur des peuples autochtones. Il ne faut pas limiter l'analyse de l'objet de cette disposition aux raisons pour lesquelles une doctrine juridique préexistante s'est vue conférer un statut constitutionnel.

Les droits ancestraux existaient déjà et ils étaient reconnus en common law. Le paragraphe 35(1) n'a pas créé les droits ancestraux, mais à la suite de l'adoption du par. 35(1), ils ne peuvent pas être éteints. Ils peuvent, toutefois, être réglementés ou violés en conformité avec le critère de justification énoncé dans *R. c. Sparrow*.

Le paragraphe 35(1) établit le cadre constitutionnel qui permet de reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres coutumes, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté. Les droits substantiels visés par cette disposition doivent être définis à la lumière de cet objet. Cette façon d'analyser le par. 35(1) trouve également appui dans le texte français de cette disposition, dans des décisions antérieures de notre Cour et des tribunaux australiens et américains,

1996 CanLII 216 (SCC)

Australia and the United States, academic commentators and legal literature support this approach.

To be an aboriginal right an activity must be an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right. A number of factors must be considered in applying the "integral to a distinctive culture" test. The court must take into account the perspective of the aboriginal peoples, but that perspective must be framed in terms cognizable to the Canadian legal and constitutional structure.

In assessing a claim to an aboriginal right a court must first identify the nature of the right being claimed in order to determine whether a claim meets the test of being integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right. To characterize an applicant's claim correctly, a court should consider such factors as the nature of the action which the applicant is claiming was done pursuant to an aboriginal right, the nature of the governmental regulation, statute or action being impugned, and the practice, custom or tradition being relied upon to establish the right. The activities must be considered at a general rather than specific level. They may be an exercise in modern form of a pre-contact practice, custom or tradition and the claim should be characterized accordingly.

To be integral, a practice, custom or tradition must be of central significance to the aboriginal society in question — one of the things which made the culture of the society distinctive. A court cannot look at those aspects of the aboriginal society that are true of every human society (e.g., eating to survive) or at those aspects of the aboriginal society that are only incidental or occasional to that society. It is those distinctive features that need to be acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown.

The practices, customs and traditions which constitute aboriginal rights are those which have continuity with the practices, customs and traditions that existed prior to contact with European society. Conclusive evidence from pre-contact times about the practices, customs and traditions of the community in question need not be produced. The evidence simply needs to be directed at

chez des commentateurs universitaires et dans la littérature juridique.

Pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question. Un certain nombre de facteurs doivent être pris en considération dans l'application du critère de la «partie intégrante d'une culture distinctive». Le tribunal doit tenir compte du point de vue des autochtones, mais il faut que ce point de vue soit exprimé d'une manière compatible avec l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada.

Dans l'appréciation de la revendication d'un droit ancestral, le tribunal doit d'abord déterminer la nature du droit revendiqué, pour juger si la revendication satisfait au critère de la partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique ce droit. Pour bien caractériser la revendication du demandeur, le tribunal doit tenir compte de facteurs tels que la nature de l'acte qui, d'affirmer le demandeur, a été accompli en vertu d'un droit ancestral, la nature du règlement, de la loi ou de l'autre mesure gouvernementale contestée, ainsi que la coutume, pratique ou tradition invoquée pour établir l'existence du droit. Il doit examiner ces activités d'un point de vue général et non spécifique. Il est possible que les activités en question soient l'exercice, sous une forme contemporaine, d'une coutume, pratique ou tradition qui existait avant le contact avec les Européens, auquel cas il doit adapter sa caractérisation de la revendication en conséquence.

Pour faire partie intégrante d'une culture distinctive, une coutume, pratique ou tradition doit avoir une importance fondamentale pour la société autochtone concernée — être l'une des choses qui rendaient la culture de la société distinctive. Le tribunal ne peut tenir compte des aspects de la société autochtone qui sont communs à toutes les sociétés humaines (p. ex. le fait de manger pour survivre), ni des aspects de la société autochtone qui n'ont qu'un caractère secondaire ou occasionnel. Ce sont ces caractéristiques distinctives qui doivent être reconnues et conciliées avec la souveraineté de Sa Majesté.

Constituent des droits ancestraux les coutumes, pratiques et traditions qui marquent la continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens. Il n'est pas nécessaire de produire, relativement aux coutumes, pratiques et traditions de la collectivité, une preuve concluante, datant de l'époque antérieure au contact avec les Européens.

1996 CanLII 216 (SCC)

demonstrating which aspects of the aboriginal community and society have their origins pre-contact. The concept of continuity is the means by which a "frozen rights" approach to s. 35(1) will be avoided. It does not require an unbroken chain between current practices, customs and traditions and those existing prior to contact. A practice existing prior to contact can be resumed after an interruption.

Basing the identification of aboriginal rights in the period prior to contact is not inconsistent with the inclusion of the Métis in the definition of "aboriginal peoples of Canada" in s. 35(2) of the *Constitution Act, 1982*. The history of the Métis and the reasons underlying their inclusion in the protection given by s. 35 are quite distinct from those relating to other aboriginal peoples in Canada. The manner in which the aboriginal rights of other aboriginal peoples are defined is not necessarily determinative of the manner in which the aboriginal rights of the Métis are defined.

A court should approach the rules of evidence, and interpret the evidence that exists, conscious of the special nature of aboriginal claims, and of the evidentiary difficulties in proving a right which originates in times where there were no written records of the practices, customs and traditions and customs engaged in. The courts must not undervalue the evidence presented by aboriginal claimants simply because that evidence does not conform precisely with the evidentiary standards applied in other contexts.

Courts considering a claim to the existence of an aboriginal right must focus specifically on the practices, customs and traditions of the particular aboriginal group claiming the right. Claims to aboriginal rights are not to be determined on a general basis.

In identifying those practices, customs and traditions that constitute the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1), a court must ensure that the practice, custom or tradition relied upon in a particular case is independently significant to the aboriginal community claiming the right. The practice, custom or tradition cannot exist simply as an incident to another practice, custom or tradition. Incidental practices, customs and traditions cannot qualify as aboriginal rights through a

Il suffit que cette preuve tende à démontrer lesquels des aspects de la collectivité et de la société autochtones datent d'avant le contact avec les Européens. Le concept de continuité est le moyen qui permet d'éviter une interprétation du par. 35(1) fondée sur la notion de «droits figés». Il n'exige pas la preuve d'une continuité parfaite entre les coutumes, pratiques et traditions actuelles et celles qui existaient avant le contact avec les Européens. Une pratique qui existait avant le contact avec les Européens peut être reprise après une interruption.

Le fait de se reporter à la période antérieure au contact avec les Européens pour identifier les droits ancestraux n'est pas incompatible avec le fait que, aux termes du par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les Métis sont compris dans la définition de «peuples autochtones du Canada». L'histoire des Métis et les raisons qui sous-tendent leur inclusion pour qu'ils bénéficient de la protection accordée par l'art. 35 diffèrent considérablement de celles qui concernent les autres peuples autochtones du Canada. La manière dont les droits ancestraux des autres peuples autochtones sont définis n'est pas nécessairement déterminante en ce qui concerne la manière dont sont définis ceux des Métis.

Le tribunal doit appliquer les règles de preuve et interpréter la preuve existante en étant conscient de la nature particulière des revendications des autochtones et des difficultés que soulève la preuve d'un droit qui remonte à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit. Les tribunaux doivent se garder d'accorder un poids insuffisant à la preuve présentée par les demandeurs autochtones simplement parce que cette preuve ne respecte pas de façon précise les normes qui seraient appliquées dans d'autres contextes.

Le tribunal saisi d'une revendication fondée sur l'existence d'un droit ancestral doit s'attacher spécifiquement à l'examen des coutumes, pratiques et traditions du groupe autochtone qui revendique ce droit. Les revendications de droits ancestraux ne peuvent pas être tranchées de manière générale.

Le tribunal appelé à identifier les coutumes, pratiques et traditions qui constituent les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doit s'assurer que la coutume, pratique ou tradition invoquée dans un cas donné revêt une importance particulière pour la collectivité autochtone qui revendique le droit. Il ne doit pas s'agir d'une coutume, pratique ou tradition simplement accessoire d'une autre coutume, pratique ou tradition. Les coutumes, pratiques et traditions accessoires ne peu-

1996 CanLII 216 (SCC)

process of piggybacking on integral practices, customs and traditions.

A practice, custom or tradition, to be recognized as an aboriginal right need not be distinct, meaning "unique", to the aboriginal culture in question. The aboriginal claimants must simply demonstrate that the custom or tradition is a defining characteristic of their culture.

The fact that that practice, custom or tradition continued after the arrival of Europeans, and adapted in response to their arrival, is not relevant to determination of the claim; European arrival and influence cannot be used to deprive an aboriginal group of an otherwise valid claim to an aboriginal right. A practice, custom or tradition will not meet the standard for recognition of an aboriginal right, however, where it arose solely as a response to European influences.

The relationship between aboriginal rights and aboriginal title (a sub-category of aboriginal rights dealing solely with land claims) must not confuse the analysis of what constitutes an aboriginal right. Aboriginal rights arise from the prior occupation of land, but they also arise from the prior social organization and distinctive cultures of aboriginal peoples on that land. In considering whether a claim to an aboriginal right has been made out, courts must look both at the relationship of an aboriginal claimant to the land and at the practices, customs and traditions arising from the claimant's distinctive culture and society. Courts must not focus so entirely on the relationship of aboriginal peoples with the land that they lose sight of the other factors relevant to the identification and definition of aboriginal rights.

The first step in the application of the integral to a distinctive culture test requires the Court to identify the precise nature of the appellant's claim to have been exercising an aboriginal right. Here, the appellant claimed that the practices, customs and traditions of the Sto:lo include as an integral element the exchange of fish for money or other goods. The significance of the practice, tradition or custom is relevant to the determination of whether that practice, custom or tradition is integral, but cannot itself constitute the claim to an aboriginal right. The claim must be based on the actual practices, customs and traditions related to the fishery,

vent être considérées comme des droits ancestraux du fait qu'elles se greffent sur des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante d'une culture.

Pour être reconnue comme un droit ancestral, une coutume, pratique ou tradition n'a pas à être distincte, c'est-à-dire «propre» à la culture autochtone en cause. Les demandeurs autochtones doivent simplement montrer que la coutume, pratique ou tradition en cause est une caractéristique déterminante de leur culture.

Le fait que cette coutume, pratique ou tradition se soit poursuivie après l'arrivée des Européens et se soit adaptée en réaction à cet événement, n'est pas pertinent pour l'appréciation de la revendication; l'arrivée et l'influence des Européens ne peuvent être invoquées pour rejeter la revendication, par ailleurs valide, d'un droit ancestral présentée par un groupe autochtone. En revanche, si la coutume, pratique ou tradition n'est que le fruit des influences européennes, alors elle ne respecte pas la norme applicable pour la reconnaissance d'un droit ancestral.

Le rapport entre le titre aborigène (une sous-catégorie de droits ancestraux qui concerne seulement les revendications de droits fonciers) et les droits ancestraux ne doit pas embrouiller l'analyse de ce qui constitue un droit ancestral. Les droits ancestraux découlent non seulement de l'occupation antérieure du territoire, mais aussi de l'organisation sociale antérieure et des cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire. Pour déterminer si le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral a été établi, les tribunaux doivent considérer et les rapports qu'entretient le demandeur autochtone avec le territoire, et les coutumes, pratiques et traditions de la société à laquelle il appartient et de la culture distinctive de cette société. Ils ne doivent pas se concentrer sur les rapports qu'entretiennent les peuples autochtones avec le territoire au point de négliger les autres facteurs pertinents pour l'identification et la définition des droits ancestraux.

Conformément à la première étape de l'application du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive, notre Cour doit identifier la nature précise de la prétention de l'appelante qu'elle exerçait un droit ancestral. En l'espèce, l'appelante soutient que les coutumes, pratiques et traditions des Sto:lo incluent, en tant que partie intégrante de leur culture, l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens. L'importance de cette coutume, pratique ou tradition est pertinente pour décider si celle-ci fait partie intégrante de la culture, mais elle ne peut à elle seule justifier le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral. La revendication doit plutôt

1996 CanLII 216 (SCC)

here the custom of exchanging fish for money or other goods.

The trial judge made no clear and palpable error which would justify an appellate court's substituting its findings of fact. These findings included: (1) prior to contact exchanges of fish were only "incidental" to fishing for food purposes; (2) there was no regularized trading system amongst the appellant's people prior to contact; (3) the trade that developed with the Hudson's Bay Company, while of significance to the Sto:lo of the time, was qualitatively different from what was typical of Sto:lo culture prior to contact; and, (4) the Sto:lo's exploitation of the fishery was not specialized and that suggested that the exchange of fish was not a central part of Sto:lo culture. The appellant failed to demonstrate that the exchange of fish for money or other goods was an integral part of the distinctive Sto:lo culture which existed prior to contact and was therefore protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Aboriginal rights find their origin in the historic occupation and use of native ancestral lands. These rights relate not only to aboriginal title but also to the component elements of this larger right, such as aboriginal rights to hunt, fish or trap, and their accompanying practices, customs and traditions. They also include other matters, not related to land, that form part of a distinctive aboriginal culture.

Aboriginal rights can exist on reserve lands, aboriginal title lands, and aboriginal right lands. Reserve lands are reserved by the federal government for the exclusive use of Indian people. Title to aboriginal title lands — lands which the natives possess for occupation and use at their own discretion — is founded on common law and is subject to the Crown's ultimate title. It exists when the bundle of aboriginal rights is large enough to command the recognition of a *sui generis* proprietary interest to occupy and use the land. Aboriginal title can also be founded on treaties. Finally, aboriginal right lands are those lands on which only specific aboriginal rights exist (e.g., the right to hunt for food, social and ceremonial purposes) because the occupation and use by the particular group of aboriginal people is too limited

être fondée sur les coutumes, pratiques et traditions se rattachant concrètement à la pêcherie, en l'occurrence la coutume d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens.

Le juge du procès n'a commis aucune erreur manifeste et dominante qui justifierait une cour d'appel de substituer ses conclusions de fait aux siennes. Parmi ces conclusions, on peut relever les suivantes: (1) avant le contact avec les Européens, les échanges de poisson n'étaient qu'un aspect «accessoire» de la pêche pratiquée à des fins alimentaires; (2) il n'existait pas, avant le contact avec les Européens, de système de commerce organisé chez le peuple auquel appartient l'appelante; (3) le commerce entre les Sto:lo et la Compagnie de la Baie d'Hudson, même s'il était important pour la société sto:lo de cette époque, était qualitativement différent de celui qui était typique de la culture sto:lo d'avant le contact avec les Européens; (4) l'absence de spécialisation dans l'exploitation des ressources de la pêche chez les Sto:lo tend à indiquer que l'échange de poisson n'était pas un élément fondamental de la culture sto:lo. L'appelante n'a pas démontré que l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la culture sto:lo distinctive qui existait avant le contact avec les Européens et était en conséquence protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La source des droits ancestraux est l'occupation et l'utilisation historiques par les autochtones de leurs terres ancestrales, et ces droits comprennent non seulement le titre aborigène, mais aussi les éléments constitutifs de ce droit plus large — tels les droits de chasse, de pêche et de piégeage ancestraux, et les coutumes, pratiques et traditions connexes — ainsi que d'autres éléments qui font partie intégrante de la culture autochtone distinctive visée, mais ne se rapportent pas au territoire.

Les droits ancestraux peuvent se rattacher aux terres des réserves, aux terres visées par un titre aborigène et aux terres visées par un droit ancestral. Les terres des réserves sont réservées par le gouvernement fédéral pour l'usage exclusif des Indiens. Les terres visées par un titre aborigène, fondé sur la common law, sont les terres que possèdent les autochtones et qu'ils peuvent occuper et utiliser à leur gré, sous réserve du fait que c'est Sa Majesté qui, en dernier ressort, en détient le titre. Le titre aborigène existe lorsque l'ensemble des droits ancestraux est suffisamment important pour commander la reconnaissance d'un droit foncier *sui generis* d'occupation et d'utilisation des terres visées. Un titre aborigène peut également être fondé sur un traité. Enfin, les terres visées par un droit ancestral sont les terres

1996 CanLII 216 (SCC)

and, as a result, does not meet the criteria for the recognition, at common law, of aboriginal title. These types of lands are not static or mutually exclusive.

Prior to 1982, aboriginal rights were founded only on the common law and they could be extinguished by treaty, conquest and legislation as they were "dependent upon the good will of the Sovereign". Now, s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* protects aboriginal interests arising out of the native historic occupation and use of ancestral lands through the recognition and affirmation of "existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada".

The *Sparrow* test deals with constitutional claims of infringement of aboriginal rights. This test involves three steps: (1) the assessment and definition of an existing aboriginal right (including extinguishment); (2) the establishment of a *prima facie* infringement of such right; and, (3) the justification of the infringement.

Section 35(1) must be given a generous, large and liberal interpretation and ambiguities or doubts should be resolved in favour of the natives. Aboriginal rights must be construed in light of the special trust relationship and the responsibility of the Crown *vis-à-vis* aboriginal people. Most importantly, aboriginal rights protected under s. 35(1) must be interpreted in the context of the history and culture of the specific aboriginal society and in a manner that gives the rights meaning to the natives. It is not appropriate that the perspective of the common law be given an equal weight with the perspective of the natives.

The issue of the nature and extent of aboriginal rights protected under s. 35(1) is fundamentally about characterization. Two approaches have emerged.

The first approach focuses on the particular aboriginal practice, custom or tradition. It considers that what is common to both aboriginal and non-aboriginal cultures is non-aboriginal and hence not protected by s. 35(1).

auxquelles ne peuvent se rattacher que des droits ancestraux spécifiques (p. ex., le droit de chasser à des fins alimentaires, sociales et rituelles), parce que l'occupation et l'utilisation des terres par le groupe autochtone concerné sont trop limitées et, en conséquence, ne respectent pas le critère applicable en vue de la reconnaissance, en common law, d'un titre aborigène. Le classement d'une terre dans un type donné n'est pas immuable. De plus, une terre peut appartenir à plus d'un type.

Avant 1982, la doctrine des droits ancestraux n'était fondée que sur la common law, et les droits ancestraux pouvaient en conséquence être éteints par traité, par conquête et par voie législative puisqu'ils «dépendaient de la bonne volonté du Souverain». Désormais, le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* protège les intérêts des autochtones qui découlent de l'occupation et de l'utilisation historiques par ceux-ci de leurs terres ancestrales, en reconnaissant et en confirmant «[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada».

Le test énoncé dans *Sparrow* est le cadre d'analyse des affaires constitutionnelles dans lesquelles on demande qu'un droit soit protégé en tant que droit ancestral. Il comporte trois étapes: (1) l'évaluation et la définition d'un droit ancestral existant (y compris son extinction), (2) l'établissement d'une atteinte *prima facie* à ce droit, et (3) la justification de cette atteinte.

Le paragraphe 35(1) doit recevoir une interprétation généreuse, large et libérale et les ambiguïtés, doutes ou incertitudes doivent être résolus en faveur des autochtones. Les droits ancestraux doivent être interprétés à la lumière des rapports spéciaux de fiduciaire et de la responsabilité de Sa Majesté vis-à-vis des autochtones. La règle la plus importante est que les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) doivent être interprétés dans le contexte de l'histoire et de la culture de la société autochtone concernée, de manière à leur donner un sens pour les autochtones. Il n'est pas approprié d'affirmer que, dans la définition des droits ancestraux, la perspective de la common law importe autant que celle des autochtones.

La question de la nature et de l'étendue des droits ancestraux protégés par le par. 35(1) est fondamentalement une question de caractérisation. Deux méthodes d'analyse se sont dégagées.

La première est axée sur la coutume, pratique ou tradition en cause. Suivant ce point de vue, ce qui est commun aux cultures autochtones et non autochtones est non autochtone et donc n'est pas protégé par le

1996 CanLII 216 (SCC)

This approach should not be adopted. This approach misconstrues the words "distinctive culture", used in *Sparrow*, by interpreting it as if it meant "distinct culture". It is also overly majoritarian. Finally, this approach is unduly restrictive as it defines aboriginal culture and aboriginal rights as that which is left over after features of non-aboriginal cultures have been taken away.

The second approach describes aboriginal rights in a fairly high level of abstraction and is more generic. Its underlying premise is that the notion of "integral part of [aboriginals'] distinctive culture" constitutes a general statement regarding the purpose of s. 35(1). Section 35(1) should be viewed as protecting, not a catalogue of individualized practices, customs or traditions but the "distinctive culture" of which aboriginal activities are manifestations. The emphasis is on the significance of these activities to natives rather than on the activities themselves. These aboriginal activities should be distinguished from the practices or habits which were merely incidental to the lives of a particular group of aboriginal people and, as such, would not warrant protection under s. 35(1).

The criterion of "distinctive aboriginal culture" should not be limited to those activities that only aboriginal people have undertaken or that non-aboriginal people have not. Rather, all practices, customs and traditions which are connected enough to the self-identity and self-preservation of organized aboriginal societies should be viewed as deserving the protection of s. 35(1). A generous, large and liberal construction should be given to these activities in order to give full effect to the constitutional recognition of the distinctiveness of aboriginal culture. What constitutes a practice, custom or tradition distinctive to native culture and society must be examined through the eyes of aboriginal people.

The question of the period of time relevant to the recognition of aboriginal rights relates to whether the practice, custom or tradition has to exist prior to a specific date, and also to the length of time necessary for an aboriginal activity to be recognized as a right under s. 35(1). Two basic approaches exist: the "frozen right" approach and the "dynamic right" approach. The latter should be preferred.

par. 35(1). Cette méthode ne devrait pas être adoptée. Elle décrit mal l'expression «culture distinctive» utilisée dans l'arrêt *Sparrow*, en lui donnant le sens de «culture distincte». C'est une analyse qui accorde beaucoup trop d'importance au point de vue de la majorité. Enfin, elle est une interprétation par trop rigide qui revient à définir la culture autochtone et les droits ancestraux comme étant ce qu'il en reste après qu'on en ait retranché les caractéristiques des cultures non autochtones.

La deuxième méthode est plus générale et décrit les droits ancestraux avec un degré d'abstraction assez élevé. Le principe sur lequel elle repose est que la notion de «partie intégrante de la culture distinctive [des autochtones visés]» constitue un énoncé général de l'objet du par. 35(1). Il faudrait considérer que le par. 35(1) protège non pas une liste de coutumes, pratiques ou traditions propres, mais plutôt la «culture distinctive» dont les activités autochtones sont des manifestations. L'accent serait mis sur l'importance de ces activités pour les autochtones plutôt que sur les activités elles-mêmes. Il faudrait distinguer ces activités autochtones des pratiques ou habitudes qui étaient simplement des aspects accessoires de la vie d'un groupe particulier d'autochtones et qui, en tant que telles, ne commanderaient pas la protection du par. 35(1).

Le critère de la «culture autochtone distinctive» ne devrait pas être restreint aux activités exercées uniquement par les autochtones et non par les non-autochtones. Au contraire, toutes les coutumes, pratiques et traditions ayant un lien suffisant avec le sentiment d'identité et le désir de préservation des sociétés autochtones organisées devraient être considérées comme valant d'être protégées en vertu du par. 35(1). Qui plus est, il faudrait interpréter ces activités de façon généreuse, large et libérale afin de donner plein effet à la reconnaissance constitutionnelle du caractère distinctif de la culture autochtone. Ce qui constitue une coutume, pratique ou tradition distinctive pour une culture et une société autochtones doit être examiné avec les yeux des autochtones.

La question de la période pertinente pour la reconnaissance de droits ancestraux amène à se demander si la coutume, pratique ou tradition doit avoir existé avant une date spécifique, et quelle est la période nécessaire pendant laquelle une activité autochtone doit avoir été exercée pour être reconnue comme un droit visé au par. 35(1). Deux méthodes principales ont été préconisées: la méthode fondée sur les «droits figés» et celle fondée sur le «caractère dynamique des droits». Il y a lieu de préférer la dernière.

1996 CanLII 216 (SCC)

The "frozen right" approach would recognize practices, customs and traditions that existed from time immemorial and that continued to exist at the time of British sovereignty. This approach overstates the impact of European influence on aboriginal communities, crystallizes aboriginal practice as of an arbitrary date, and imposes a heavy burden on the persons claiming an aboriginal right even if evidentiary standards are relaxed. In addition, it embodies inappropriate and unprovable assumptions about aboriginal culture and society and is inconsistent with *Sparrow* which refused to define existing aboriginal rights so as to incorporate the manner in which they were regulated in 1982.

Underlying the "dynamic right" approach is the premise that "existing aboriginal rights" must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time. Aboriginal rights must be permitted to maintain contemporary relevance in relation to the needs of the natives as their practices, customs and traditions change and evolve with the overall society in which they live. This generous, large and liberal interpretation of aboriginal rights protected under s. 35(1) would ensure their continued vitality. Practices, customs and traditions need not have existed prior to British sovereignty or European contact. British sovereignty, instead of being considered the turning point in aboriginal culture, would be regarded as having recognized and affirmed practices, customs and traditions which are sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of aboriginal people. This idea relates to the "doctrine of continuity".

The aboriginal activity must have formed an integral part of a distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time. This period should be assessed based on: (1) the type of aboriginal practices, customs and traditions; (2) the particular aboriginal culture and society; and, (3) the reference period of 20 to 50 years. This approach gives proper consideration to the perspective of aboriginal people on the meaning of their existing rights.

As regards the delineation of the aboriginal right claimed, the purposes of aboriginal practices, customs and traditions are highly relevant in assessing if they are sufficiently significant to the culture for a substantial continuing period of time. The purposes should not be

Suivant la méthode fondée sur les «droits figés», seraient reconnues les coutumes, pratiques et traditions qui existaient de temps immémorial au moment de la souveraineté britannique. Cette méthode exagère l'incidence de l'influence européenne sur les collectivités autochtones, cristallise les pratiques autochtones à une date arbitraire et, sur le plan de la preuve, impose aux autochtones un fardeau lourd que ne permet pas d'atténuer l'assouplissement des normes de preuve. Ce critère intègre des hypothèses inappropriées et improuvables en ce qui concerne la culture et la société autochtones et est incompatible avec l'arrêt *Sparrow* qui a refusé de définir les droits ancestraux existants de façon à intégrer la manière dont ils étaient réglementés en 1982.

La méthode fondée sur le «caractère dynamique des droits» repose sur le principe que l'expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps. Il faut permettre aux droits ancestraux de conserver une pertinence contemporaine par rapport aux besoins des autochtones, au fur et à mesure que leurs coutumes, pratiques et traditions changent et évoluent en même temps que l'ensemble de la société dans laquelle ils vivent. Cette interprétation généreuse, large et libérale des droits ancestraux protégés en vertu du par. 35(1) garantirait leur vitalité continue. Il n'est pas impératif que les coutumes, pratiques et traditions aient existé avant l'affirmation de la souveraineté britannique ou avant le contact avec les Européens. Au lieu d'être perçue comme le point tournant pour la culture autochtone, la souveraineté britannique serait plutôt considérée comme ayant reconnu et confirmé les coutumes, pratiques et traditions qui sont suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture des autochtones. Cette idée se rattache à la «doctrine de la continuité».

L'activité autochtone doit avoir fait partie intégrante d'une culture autochtone distinctive pendant une période considérable et ininterrompue. Cette période devrait être appréciée en fonction des critères suivants: (1) le type de coutumes, pratiques et traditions autochtones en cause, (2) la culture et la société autochtones particulières visées, et (3) la période de référence de 20 à 50 ans. Cette méthode permet de tenir compte, comme il se doit, de la perspective des autochtones en ce qui concerne la signification de leurs droits existants.

Pour ce qui est de la définition du droit ancestral revendiqué, les fins pour lesquelles sont exercées les activités en cause sont considérées comme hautement pertinentes dans l'examen de la question de savoir si les coutumes, pratiques et traditions autochtones ont été

1996 CanLII 216 (SCC)

strictly compartmentalized but rather should be viewed on a spectrum, with aboriginal activities undertaken solely for food at one extreme, those directed to obtaining purely commercial profit at the other extreme, and activities relating to livelihood, support and sustenance at the centre.

An aboriginal activity does not need to be undertaken for livelihood, support and sustenance purposes to benefit from s. 35(1) protection. Whether an activity is sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization for a substantial continuing period of time will have to be determined on the specific facts giving rise to each case, as proven by the Crown, in view of the particular aboriginal culture and the evidence supporting the recognition of such right.

Nevertheless, the facts did not support framing the issue in this case in terms of commercial fishing. Appellant did not argue that her people possessed an aboriginal right to fish for commercial purposes but only the right to sell, trade and barter fish for their livelihood, support and sustenance. Finally, the legislative provision under constitutional challenge was not only aimed at commercial fishing but also at the non-commercial sale, trade and barter of fish.

The trial judge and the Court of Appeal erred in framing the issue and in using a "frozen right" approach. The trial judge, since he asked himself the wrong questions and erred as to the proper evidentiary basis necessary to establish an aboriginal right under s. 35(1), made no finding of fact, or insufficient findings of fact, as regards the Sto:lo's distinctive aboriginal culture relating to the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes. An appellate court, given these palpable and overriding errors affecting the trial judge's assessment of the facts, is accordingly justified in intervening in the trial judge's findings of fact and substituting its own assessment of the evidence presented at trial.

The fishery always provided a focus for life and livelihood for the Sto:lo and they have always traded salmon for the sustenance and support of themselves and their families. These activities formed part of the

suffisamment importantes pour la culture d'un groupe particulier d'autochtones, et ce pendant une période considérable et ininterrompue. Ces fins ne devraient pas être compartimentées de manière stricte, mais plutôt être considérées comme les divers éléments d'une gamme sur laquelle les activités autochtones exercées seulement à des fins alimentaires se trouveraient à une extrémité et celles visant des fins purement commerciales à l'autre extrémité, alors que les activités faites à des fins de subsistance occuperaient le centre.

Il n'est pas nécessaire qu'une activité autochtone soit accomplie à des fins de subsistance pour bénéficier de la protection du par. 35(1). La question de savoir si une activité est suffisamment importante et fondamentale pour l'organisation sociale et la culture pendant une période considérable et ininterrompue doit être tranchée à partir des faits propres à chaque cas et prouvés par le ministère public, compte tenu de la culture autochtone en cause et de la preuve étayant la reconnaissance du droit revendiqué.

Toutefois, les faits de l'espèce ne permettent pas de formuler la question sous l'angle de la pêche commerciale. L'appelante n'a pas plaidé que son peuple possède un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales, mais seulement le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. Enfin, la disposition législative visée par la présente contestation constitutionnelle ne concernait pas seulement la pêche commerciale, mais aussi la vente et l'échange du poisson à des fins non commerciales.

Le juge du procès et la Cour d'appel ont commis une erreur en formulant la question en litige et en appliquant la méthode des «droits figés». Le juge du procès s'est posé les mauvaises questions et a fait erreur quant à la preuve requise pour établir l'existence d'un droit ancestral visé au par. 35(1). En conséquence, il n'a pas tiré de conclusion de fait — ou celles qu'il a tirées étaient insuffisantes — au sujet de la culture autochtone distinctive des Sto:lo en ce qui a trait à la vente et à l'échange de poisson à des fins de subsistance. Vu ces erreurs manifestes et dominantes, qui ont faussé l'appréciation des faits par le juge du procès, une cour d'appel est justifiée de modifier les conclusions de fait du juge de première instance et de substituer son appréciation de la preuve présentée au procès à celle du juge de première instance.

La pêche a toujours été un aspect central de la vie et de la subsistance des Sto:lo, qui ont toujours échangé du saumon afin d'assurer leur subsistance et celle de leur famille. Ces activités ont fait partie de la culture autoch-

1996 CanLII 216 (SCC)

Sto:lo's distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time — for centuries before the arrival of Europeans — and continued in modernized forms until the present day. The criteria regarding the characterization and the time requirement of aboriginal rights protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* were met.

Per McLachlin J. (dissenting): A court considering the question of whether a particular practice is the exercise of a s. 35(1) constitutional aboriginal right must adopt an approach which: (1) recognizes the dual purposes of s. 35(1) (to preclude extinguishment and to provide a firm foundation for settlement of aboriginal claims); (2) is liberal and generous toward aboriginal interests; (3) considers the aboriginal claim in the context of the historic way of life of the people asserting it; and (4) above all, is true to the Crown's position as fiduciary for the first peoples. The legal perspectives of both the European and the aboriginal societies must be incorporated and the common law being applied must give full recognition to the pre-existing aboriginal tradition.

The sale at issue should not be labelled as something other than commerce. One person selling something to another is commerce. The critical question is not whether the sale of the fish is commerce or non-commerce, but whether the sale can be defended as the exercise of a more basic aboriginal right to continue the aboriginal people's historic use of the resource.

An aboriginal right must be distinguished from the exercise of an aboriginal right. Rights are generally cast in broad, general terms and remain constant over the centuries. The exercise of rights may take many forms and vary from place to place and from time to time. The principle that aboriginal rights must be ancestral rights is reconciled with this Court's insistence that aboriginal rights not be frozen by the determination of whether the modern practice at issue may be characterized as an exercise of the right. The rights are ancestral: their exercise takes modern forms.

History is important. A recently adopted practice would generally not qualify as being aboriginal. A practice, however, need not be traceable to pre-contact times for it to qualify as a constitutional right. Aboriginal

tone distinctive des Sto:lo pendant une période considérable et ininterrompue — pendant des siècles avant l'arrivée des Européens — et continuent d'être pratiquées de nos jours, quoique sous des formes modernes. Le critère applicable afin de caractériser les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ainsi que l'exigence de durée pertinente, ont été respectés.

Le juge McLachlin (dissidente): Le tribunal qui est appelé à décider si une pratique donnée est l'exercice d'un droit ancestral protégé par la Constitution en vertu du par. 35(1) doit adopter une méthode (1) qui reconnaisse les deux objets du par. 35(1) (savoir empêcher l'extinction des droits ancestraux et constituer une assise solide en vue du règlement des revendications autochtones), (2) qui soit libérale et généreuse envers les intérêts des autochtones, (3) qui considère le droit ancestral revendiqué dans le contexte du mode de vie historique du peuple qui l'invoque; (4) et, par-dessus tout, qui soit respectueuse du rôle de fiduciaire que l'État joue auprès des premiers habitants du pays. Les points de vue juridiques des sociétés européennes et autochtones doivent être intégrés et la common law appliquée doit reconnaître pleinement la tradition autochtone préexistante.

La vente faite en l'espèce ne devrait pas être qualifiée autrement que d'acte de commerce. Quand une personne vend quelque chose à autrui, c'est du commerce. La question cruciale qui se pose n'est pas de savoir si, en l'espèce, la vente du poisson est ou non un acte de commerce, mais bien si elle peut être justifiée en tant qu'exercice d'un droit ancestral plus fondamental, qui serait la poursuite, par les autochtones concernés, de l'utilisation historique de la ressource.

Il est nécessaire de faire une distinction entre un droit ancestral et l'exercice d'un tel droit. Les droits sont généralement énoncés en termes larges et généraux et ne changent pas au fil des siècles. L'exercice des droits peut prendre diverses formes et varier selon les lieux et les époques. C'est en déterminant si la pratique moderne en cause peut être qualifiée d'exercice du droit visé que l'on concilie le principe que les droits des peuples autochtones doivent être des droits ancestraux et l'insistance de notre Cour sur le principe que les droits ancestraux ne sont pas figés. Il s'agit de droits ancestraux: cependant, l'exercice de ces droits prend des formes modernes.

L'histoire est un facteur important. Une pratique d'adoption récente ne saurait généralement être qualifiée d'ancestrale. Toutefois, il n'est pas essentiel qu'une pratique remonte à l'époque qui a précédé le contact avec

1996 CanLII 216 (SCC)

rights do not find their source in a magic moment of European contact, but in the traditional laws and customs of the aboriginal people in question, which existed prior to the imposition of European law and which often dated from time immemorial.

Continuity — a link — must be established between the historic practice and the right asserted. The exercise of a right can lapse, however, for a period of time. Aboriginal rights under s. 35(1) are not confined to rights formally recognized by treaty or the courts before 1982.

Neither the "integral part" nor the "dynamic rights" approach provides a satisfactory test for determining whether an aboriginal right exists, even though each captures important facets of aboriginal rights. The "integral-incidental" test is too broad, too indeterminative and too categorical.

Aboriginal rights should be defined through an empirical approach. Inferences as to the sort of things which may qualify as aboriginal rights under s. 35(1) should be drawn from history rather than attempting to describe *a priori* what an aboriginal right is.

The common law predicated dealings with aboriginals on two fundamental principles: (1) that the Crown asserted title subject to existing aboriginal interests in their traditional lands and adjacent waters, and (2) that those interests were to be removed only by solemn treaty with due compensation to the people and its descendants. This right to use the land and adjacent waters as the people had traditionally done for their sustenance is a fundamental aboriginal right which is supported by the common law and by the history of this country and which is enshrined in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

The aboriginal right to fish may be defined as the right to continue to obtain from the river or the sea in question that which the particular aboriginal people have traditionally obtained therefrom. If the aboriginal people show that they traditionally sustained themselves from the river or sea, then they have a *prima facie* right to continue to do so, absent a treaty exchanging that right for other consideration. The right is not the right to

les Européens pour être reconnue comme un droit constitutionnel. Les droits ancestraux ont leur origine non pas dans le moment magique du contact avec les Européens, mais dans les lois et coutumes traditionnelles que respectait le peuple en question avant que ne lui soient imposées celles des Européens et qui souvent existaient de temps immémorial.

Il faut établir qu'il y a continuité — un lien — entre la pratique historique et le droit revendiqué. Il peut arriver, cependant, qu'un droit cesse d'être exercé pendant un certain temps. Les droits ancestraux visés au par. 35(1) ne se limitent pas aux droits reconnus formellement par traité ou par les tribunaux avant 1982.

Ni l'approche fondée sur la notion de «partie intégrante», ni celle fondée sur le caractère «dynamique des droits» ne constituent un critère satisfaisant pour déterminer si un droit ancestral existe, même si ces deux approches tiennent compte de certaines facettes importantes des droits ancestraux. Le critère de la «partie intégrante ou accessoire» est trop large, trop indéterminé et trop catégorique.

Il convient de définir les droits ancestraux selon une approche empirique. Plutôt que d'essayer de définir a priori ce qu'est un droit ancestral, nous devons étudier l'histoire pour en tirer des inférences sur ce qui peut constituer un droit ancestral visé au par. 35(1).

En common law, les rapports avec les autochtones étaient fondés sur deux principes fondamentaux: (1) Sa Majesté prenait possession du territoire sous réserve des droits existants des autochtones sur les terres qu'ils avaient traditionnellement occupées et sur les eaux y adjacentes; (2) les droits des peuples autochtones d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes pour assurer leur subsistance ne devaient leur être enlevés que par traité solennel et moyennant octroi à ceux-ci et à leurs descendants d'une juste indemnité. Ce droit des autochtones d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes comme ils l'avaient fait traditionnellement pour assurer leur subsistance est un droit ancestral fondamental qui trouve appui dans la common law et dans l'histoire du pays, et qui est constitutionnalisé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le droit de pêche ancestral peut être défini comme étant le droit de continuer à tirer du fleuve, de la rivière ou de la mer en question ce que les autochtones concernés en ont traditionnellement tiré. Si les autochtones démontrent qu'ils ont traditionnellement tiré leur subsistance du fleuve, de la rivière ou de la mer, ils ont alors à première vue le droit de continuer à le faire, s'ils n'ont pas, par traité, échangé ce droit contre autre chose. Ce

1996 CanLII 216 (SCC)

trade, but the right to continue to use the resource in the traditional way to provide for traditional needs, albeit in their modern form. If the people demonstrate that trade is the only way of using the resource to provide the modern equivalent of what they traditionally took, it follows that the people should be permitted to trade in the resource to the extent necessary to provide the replacement goods and amenities. In this context, trade is but the mode or practice by which the more fundamental right of drawing sustenance from the resource is exercised.

The right to trade the products of the land and adjacent waters for other goods is not unlimited. The right stands as a continuation of the aboriginal people's historical reliance on the resource. There is therefore no justification for extending it beyond what is required to provide the people with reasonable substitutes for what they traditionally obtained from the resource — basic housing, transportation, clothing and amenities — over and above what was required for food and ceremonial purposes. Beyond this, aboriginal fishers have no priority over non-aboriginal commercial or sport fishers.

All aboriginal rights to the land or adjacent waters are subject to limitation on the ground of conservation. Any right, aboriginal or other, also carries with it the obligation to use it responsibly. The Crown must establish a regulatory regime which respects these objectives.

The evidence conclusively established that over many centuries the fishery was used not only for food and ceremonial purposes but also for a variety of other needs. The scale of fishing here fell well within the limit of the traditional fishery.

Extinguishment

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The question of the extinguishment of the right found to exist must be remitted to trial since there was insufficient evidence to enable this Court to decide it.

n'est pas le droit de faire du commerce, mais le droit de continuer d'utiliser la ressource de la manière traditionnelle, afin de pourvoir aux besoins traditionnels, quoique sous leur forme moderne. Si les autochtones démontrent que le commerce est la seule manière d'utiliser la ressource de façon à leur permettre de se procurer l'équivalent moderne de ce qu'ils ont traditionnellement tiré de celle-ci, il s'ensuit qu'ils devraient être autorisés à faire le commerce de cette ressource dans la mesure nécessaire pour obtenir des biens et des commodités de remplacement. Dans ce contexte, le commerce n'est rien d'autre que la méthode ou la pratique par laquelle est exercé le droit plus fondamental qui consiste à tirer sa subsistance de la ressource.

Le droit d'échanger les produits du territoire et des eaux y adjacentes contre d'autres biens n'est pas illimité. Ce droit est la poursuite de l'exploitation historique de la ressource par les autochtones visés. Il n'y a donc rien qui justifie d'élargir le droit au-delà de ce qui est nécessaire pour permettre aux autochtones de se procurer des biens de remplacement raisonnables à la place de ceux qu'ils ont traditionnellement obtenus pour la ressource — pour pourvoir aux besoins de base en matière de logement, de transport, d'habillement et de commodités de la vie — en sus de leurs besoins alimentaires et rituels. Au-delà de ces besoins, les pêcheurs autochtones n'ont aucun droit de priorité sur les non-autochtones qui pratiquent la pêche commerciale ou sportive.

Tous les droits ancestraux sur les terres et les eaux y adjacentes sont assujettis aux restrictions imposées pour des fins de conservation. Tout droit — ancestral ou autre — emporte l'obligation de l'utiliser de façon responsable. Il incombe à l'État d'établir un régime de réglementation qui respecte ces objectifs.

La preuve a établi décisivement que, pendant des siècles, les Sto:lo ont pêché non seulement à des fins alimentaires et rituelles, mais aussi pour satisfaire divers autres besoins. L'ampleur des activités de pêche en l'espèce restait bien en deçà des limites de la pêche traditionnelle.

Extinction

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La question de l'extinction du droit dont l'existence a été reconnue doit être renvoyée au tribunal de première instance en vue de la tenue d'un nouveau procès, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de statuer sur celle-ci.

1996 CanLII 216 (SCC)

Per McLachlin J. (dissenting): For legislation or regulation to extinguish an aboriginal right, the intention to extinguish must be "clear and plain". No government of the day considered either the aboriginal right or the effect of its proposed action on that right, as required by the "clear and plain" test, in effecting any regulations which allegedly had the effect of extinguishing the aboriginal right to fish commercially.

Prima Facie Infringement

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The question of *prima facie* infringement must be remitted to trial since there was insufficient evidence to enable this Court to decide it.

Per McLachlin J. (dissenting): The inquiry into infringement involves two stages: (1) the person charged must show that he or she had a *prima facie* right to his or her actions, and (2) the Crown must then show that the regulatory scheme satisfied the particular aboriginal entitlement to fish for sustenance. The second requirement was not met.

Justification

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The question of justification must be remitted to trial since there was insufficient evidence to enable this Court to decide it.

Per McLachlin J. (dissenting): A large view of justification which cuts back the aboriginal right on the ground that this is required for reconciliation and social harmony should not be adopted. It runs counter to the authorities, is indeterminate and ultimately more political than legal. A more limited view of justification, that the Crown may prohibit exploitation of the resource that is incompatible with its continued and responsible use, should be adopted.

A government limitation on an aboriginal right may be justified, provided the limitation is directed to ensuring the conservation and responsible exercise of the right. Limits beyond this cannot be saved on the ground that they are required for societal peace or reconciliation. Limits that have the effect of transferring the

Le juge McLachlin (dissidente): Pour qu'une mesure législative ou réglementaire éteigne un droit ancestral, cette intention doit être «claire et expresse». Aucun gouvernement antérieur n'a, en prenant de règlement qui aurait, affirme-t-on, éteint tout droit ancestral de pêche commerciale, pris en considération, comme l'exige le critère de l'intention «claire et expresse», le droit ancestral ou encore l'effet sur ce droit de la mesure qu'il se proposait de prendre.

Atteinte à première vue

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La question de l'atteinte *prima facie* doit être renvoyée au tribunal de première instance en vue de la tenue d'un nouveau procès, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de statuer sur celle-ci.

Le juge McLachlin (dissidente): L'examen de la question de l'atteinte comporte deux étapes: (1) la personne accusée doit établir qu'elle avait, à première vue, le droit de faire ce qu'elle a fait; (2) il incombe alors au ministère public de prouver que le régime de réglementation respecte le droit particulier des autochtones de pêcher à des fins de subsistance. La deuxième condition n'a pas été remplie.

Justification

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La question de la justification doit être renvoyée au tribunal de première instance en vue de la tenue d'un nouveau procès, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de statuer sur celle-ci.

Le juge McLachlin (dissidente): Il ne convient pas d'adopter une conception large de la justification, qui ampute le droit pour le motif que cela est nécessaire à des fins de réconciliation et d'harmonie sociales. Une telle conception est contraire à la jurisprudence, indéterminée et, en dernière analyse, plus politique que juridique. Il y a lieu d'adopter une conception plus limitée de la justification, savoir qu'il est loisible à l'État d'interdire l'exploitation de la ressource qui est incompatible avec son utilisation continue et responsable.

La restriction par le gouvernement d'un droit ancestral peut être justifiée, pourvu qu'elle vise à assurer la conservation de la ressource et l'exercice responsable du droit. La validité de restrictions qui iraient plus loin ne saurait être sauvegardée pour le motif que celles-ci sont nécessaires pour assurer la réconciliation ou la paix sociales. Des restrictions ayant pour effet de retirer à des autochtones la jouissance de la ressource pour la transférer à d'autres, et ce sans conclure de traité avec les pre-

1996 CanLII 216 (SCC)

resource from aboriginal people without treaty or consent cannot be justified.

Subject to the limitations relating to conservation and prevention of harm to others, the aboriginal people have a priority to fish for food, ceremony and supplementary sustenance defined in terms of the basic needs that the fishery provided to the people in ancestral times. Non-aboriginal peoples may use the resource subject to these conditions.

The regulation at issue was not justified.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; **considered:** *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; **referred to:** *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Washington v. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association*, 443 U.S. 658 (1979); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104; *R. v. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (S.C.C.), [1976] 2 S.C.R. v; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd., [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831); *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *R. v. Sparrow*, [1990] 1

miers ou obtenir leur consentement, ne sauraient être justifiées.

Sous réserve des limites justifiées par la conservation de la ressource et la prévention des activités nuisibles à autrui, les autochtones ont la priorité pour pêcher à des fins alimentaires et rituelles, ainsi qu'à des fins supplémentaires de subsistance, c'est-à-dire pour satisfaire les besoins fondamentaux que la pêcherie permettait à leurs ancêtres de combler. Sous réserve de ces conditions, les non-autochtones peuvent exploiter la ressource.

La disposition réglementaire en cause n'était pas justifiée.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt appliqué: *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; **arrêts examinés:** *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; **arrêts mentionnés:** *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Washington c. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association*, 443 U.S. 658 (1979); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *R. c. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (C.S.C.), [1976] 2 R.C.S. v; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd., [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Cherokee Nation c. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831); *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. Sparrow*,

1996 CanLII 216 (SCC)

S.C.R. 1075; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 A.C. 46; *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267; *Sikyea v. The Queen*, [1964] S.C.R. 642; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104; *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294; *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Attorney General of Quebec v. Blaikie (No. 1)*, [1979] 2 S.C.R. 1016; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Delgamuukw v. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95; *R. v. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421; *R. v. King*, [1993] O.J. No. 1794; *R. v. Fraser*, [1994] 3 C.N.L.R. 139; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254.

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Sparrow, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *The Case of Tanistry* (1608), Davis 28, 80 E.R. 516; *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211;

[1990] 1 R.C.S. 1075; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 A.C. 46; *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267; *Sikyea c. The Queen*, [1964] R.C.S. 642; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294; *R. c. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Procureur général du Québec c. Blaikie (nº 1)*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Delgamuukw c. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95; *R. c. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421; *R. c. King*, [1993] O.J. No. 1794; *R. c. Fraser*, [1994] 3 C.N.L.R. 139; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *The Case of Tanistry* (1608), Davis 28, 80 E.R. 516; *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211;

1996 CanLII 216 (SCC)

Tijani v. Secretary, Southern Nigeria, [1921] 2 A.C. 399; *Oyekan v. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *United States v. Dion*, 476 U.S. 734 (1986); *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294.

Statutes and Regulations Cited

British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, s. 27(5) [ad. SOR/85-290, s. 5].
British Columbia Terms of Union, R.S.C., 1985, App. II, No. 10.
Constitution Act, 1867, s. 91(24).
Constitution Act, 1982, ss. 35(1), (2), 52.
Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 61(1).
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 81, 82, 88.
Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q. 1977, c. P-40.1.
Order in Council, P.C. 2539 (September 11, 1917).
Oregon Boundary Treaty, 1846, 34 B.S.P. 14.
Royal Proclamation of 1763, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.

Authors Cited

Asch, Michael. *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution.* Toronto: Methuen, 1984.
Asch, Michael and Patrick Macklem. "Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R.* v. *Sparrow*" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498.
Binnie, W. I. C. "The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?" (1990), 15 *Queen's L.J.* 217.
Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2. Oxford: Clarendon Press, 1769.
Bowker, Andrea. "*Sparrow*'s Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal" (1995), 53 *Toronto Fac. L. Rev.* 1.
Chitty, Joseph. *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown.* London: Butterworths, 1820.
Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. Edited by Della Thompson. Oxford: Clarendon Press, 1995, "distinct", "distinctive", "tradition".
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
Duff, Wilson. *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia (Anthropology in British Columbia — Memoir No. 1).* Victoria: British Columbia Provincial Museum, 1952.

Tijani c. Secretary, Southern Nigeria, [1921] 2 A.C. 399; *Oyekan c. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *United States c. Dion*, 476 U.S. 734 (1986); *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294.

Lois et règlements cités

Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique, L.R.C. (1985), app. II, nº 10.
Décret C.P. 2539 (11 septembre 1917).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), (2), 52.
Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q. 1977, ch. P-40.1.
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 81, 82, 88.
Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 61(1).
Oregon Boundary Treaty, 1846, 34 B.S.P. 14.
Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), app. II, nº 1.
Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 27(5) [aj. DORS/85-290, art. 5].

Doctrine citée

Asch, Michael. *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution.* Toronto: Methuen, 1984.
Asch, Michael and Patrick Macklem. «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R.* v. *Sparrow*» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498.
Binnie, W. I. C. «The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?» (1990), 15 *Queen's L.J.* 217.
Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2. Oxford: Clarendon Press, 1769.
Bowker, Andrea. «*Sparrow*'s Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal» (1995), 53 *Toronto Fac. L. Rev.* 1.
Chitty, Joseph. *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown.* London: Butterworths, 1820.
Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. Edited by Della Thompson. Oxford: Clarendon Press, 1995, «distinct», «distinctive», «tradition».
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
Duff, Wilson. *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia (Anthropology in British Columbia — Memoir No. 1).* Victoria: British Columbia Provincial Museum, 1952.

1996 CanLII 216 (SCC)

Elliott, David. *Law and Aboriginal Peoples of Canada*, 2nd ed. Canadian Legal Studies Series. North York, Ont.: Captus Press, 1994.

Émond, André. "Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763?" (1995), 41 *McGill L.J.* 59.

Émond, André. "Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale" (1996), 30 *R.J.T.* 1.

Grammond, Sébastien. "La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*" (1991), 36 *McGill L.J.* 1382.

Halsbury's Laws of Australia, vol. 1 ["Hunting, Gathering and Fishing Rights", paras. 5-2250, 5-2255, 5-2260, 5-2265]. North Ryde: Butterworths Pty Limited, 1991 (loose-leaf).

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992.

Holdsworth, Sir William Searle. *A History of English Law*, vol. 11. London: Methuen, 1938.

Lafontaine, Alain. "La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones" (1995), 36 *C. de D.* 669.

Lyon, Noel. "An Essay on Constitutional Interpretation" (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95.

Lysyk, Kenneth. "The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of Calder" (1973), 51 *Can. Bar Rev.* 450.

Macklem, Patrick. "First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination" (1991), 36 *McGill L.J.* 382.

Macklem, Patrick. "Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government" (1995), 21 *Queen's L.J.* 173.

McNeil, Kent. "The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255.

McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

Pentney, William. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee" (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207.

Petit Robert I. Paris: Le Robert, 1990, "ancestral".

Sanders, Douglas. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 314.

Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed., vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1973, "integral".

Slattery, Brian. "Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 681.

Elliott, David. *Law and Aboriginal Peoples of Canada*, 2nd ed. Canadian Legal Studies Series. North York, Ont.: Captus Press, 1994.

Émond, André. «Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763?» (1995), 41 *R.D. McGill* 59.

Émond, André. «Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale» (1996), 30 *R.J.T.* 1.

Grammond, Sébastien. «La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*» (1991), 36 *R.D. McGill* 1382.

Halsbury's Laws of Australia, vol. 1 [«Hunting, Gathering and Fishing Rights», paras. 5-2250, 5-2255, 5-2260, 5-2265]. North Ryde: Butterworths Pty Limited, 1991 (loose-leaf).

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992.

Holdsworth, Sir William Searle. *A History of English Law*, vol. 11. London: Methuen, 1938.

Lafontaine, Alain. «La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones» (1995), 36 *C. de D.* 669.

Lyon, Noel. «An Essay on Constitutional Interpretation» (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95.

Lysyk, Kenneth. «The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of Calder» (1973), 51 *R. du B. can.* 450.

Macklem, Patrick. «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination» (1991), 36 *McGill L.J.* 382.

Macklem, Patrick. «Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government» (1995), 21 *Queen's L.J.* 173.

McNeil, Kent. «The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255.

McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

Pentney, William. «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee» (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207.

Petit Robert I. Paris: Le Robert, 1990, «ancestral».

Sanders, Douglas. «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1983), 61 *R. du B. can.* 314.

Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed., vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1973, «integral».

Slattery, Brian. «Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims» (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 681.

1996 CanLII 216 (SCC)

Slattery, Brian. *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1983.
Slattery, Brian. "First Nations and the Constitution: A Question of Trust" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 261.
Slattery, Brian. "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights" (1983), 8 *Queen's L.J.* 232.
Slattery, Brian. *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples, as Affected by the Crown's Acquisition of Their Territories*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1979.
Slattery, Brian. "The Legal Basis of Aboriginal Title". In *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*. Edited by Frank Cassidy. Lantzville, B.C.: Oolichan Books, 1992.
Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.
Walters, Mark. "British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*" (1992), 17 *Queen's L.J.* 350.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, 29 B.C.A.C. 209, 48 W.A.C. 209, 83 C.C.C. (3d) 289, [1993] 5 W.W.R. 459, [1993] 4 C.N.L.R. 221, allowing an appeal from a judgment of Selbie J. (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392, [1991] 3 C.N.L.R. 161, allowing an appeal from conviction by Scarlett Prov. Ct. J., [1991] 3 C.N.L.R. 155. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

Louise Mandell and *Leslie J. Pinder*, for the appellant.

S. David Frankel, Q.C., and *Cheryl J. Tobias*, for the respondent.

René Morin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

J. Keith Lowes, for the intervener the Fisheries Council of British Columbia.

Christopher Harvey, Q.C., and *Robert Lonergan*, for the interveners the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation.

Slattery, Brian. *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1983.
Slattery, Brian. «First Nations and the Constitution: A Question of Trust» (1992), 71 *R. du B. can.* 261.
Slattery, Brian. «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights» (1983), 8 *Queen's L.J.* 232.
Slattery, Brian. *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples, as Affected by the Crown's Acquisition of Their Territories*. Saskatoon: University of Saskatchewan, Native Law Centre, 1979.
Slattery, Brian. «The Legal Basis of Aboriginal Title». In *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*. Edited by Frank Cassidy. Lantzville, B.C.: Oolichan Books, 1992.
Slattery, Brian. «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727.
Walters, Mark. «British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*» (1992), 17 *Queen's L.J.* 350.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, 29 B.C.A.C. 209, 48 W.A.C. 209, 83 C.C.C. (3d) 289, [1993] 5 W.W.R. 459, [1993] 4 C.N.L.R. 221, qui a accueilli l'appel contre le jugement du juge Selbie (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392, [1991] 3 C.N.L.R. 161, qui avait accueilli l'appel contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Scarlett de la Cour provinciale, [1991] 3 C.N.L.R. 155. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

Louise Mandell et *Leslie J. Pinder*, pour l'appelante.

S. David Frankel, c.r., et *Cheryl J. Tobias*, pour l'intimée.

René Morin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

J. Keith Lowes, pour l'intervenant le Fisheries Council of British Columbia.

Christopher Harvey, c.r., et *Robert Lonergan*, pour les intervenantes la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation.

1996 CanLII 216 (SCC)

Harry A. Slade, *Arthur C. Pape* and *Robert C. Freedman*, for the intervener the First Nations Summit.

Stuart Rush, *Q.C.*, and *Michael Jackson*, for the interveners Delgamuukw et al.

Arthur C. Pape and *Clayton C. Ruby*, for the interveners Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

1 This appeal, along with the companion appeals in *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, and *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, raises the issue left unresolved by this Court in its judgment in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075: How are the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* to be defined?

2 In *Sparrow*, Dickson C.J. and La Forest J., writing for a unanimous Court, outlined the framework for analyzing s. 35(1) claims. First, a court must determine whether an applicant has demonstrated that he or she was acting pursuant to an aboriginal right. Second, a court must determine whether that right has been extinguished. Third, a court must determine whether that right has been infringed. Finally, a court must determine whether the infringement is justified. In *Sparrow*, however, it was not seriously disputed that the Musqueam had an aboriginal right to fish for food, with the result that it was unnecessary for the Court to answer the question of how the rights recognized and affirmed by s. 35(1) are to be defined. It is this question and, in particular, the question of whether s. 35(1)

Harry A. Slade, *Arthur C. Pape* et *Robert C. Freedman*, pour l'intervenant le First Nations Summit.

Stuart Rush, *c.r.*, et *Michael Jackson*, pour les intervenants Delgamuukw et autres.

Arthur C. Pape et *Clayton C. Ruby*, pour les intervenants Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Le présent pourvoi, ainsi que les pourvois connexes *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672 et *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, soulèvent la question que notre Cour n'a pas tranchée dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075: Comment faut-il s'y prendre pour définir les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Dans l'arrêt *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest, qui ont rédigé la décision unanime de la Cour, ont donné les grandes lignes du cadre d'analyse des demandes fondées sur le par. 35(1). Premièrement, le tribunal doit déterminer si le demandeur a prouvé qu'il avait agi en vertu d'un droit ancestral. Deuxièmement, il doit décider s'il y a eu extinction de ce droit. Troisièmement, il doit déterminer s'il y a eu atteinte à ce droit. Enfin, le tribunal doit décider si l'atteinte est justifiée. Dans *Sparrow*, toutefois, l'existence du droit ancestral des Musqueams de pêcher à des fins alimentaires n'était pas sérieusement contestée, de sorte que notre Cour n'avait pas à trancher la question de savoir comment il faut s'y prendre pour définir les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1). C'est à cette question et, en particulier, à celle de savoir si le par. 35(1) reconnaît et confirme le droit

1996 CanLII 216 (SCC)

recognizes and affirms the right of the Sto:lo to sell fish, which must now be answered by this Court.

In order to define the scope of aboriginal rights, it will be necessary first to articulate the purposes which underpin s. 35(1), specifically the reasons underlying its recognition and affirmation of the unique constitutional status of aboriginal peoples in Canada. Until it is understood why aboriginal rights exist, and are constitutionally protected, no definition of those rights is possible. As Dickson J. (as he then was) said in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, a constitutional provision must be understood "in the light of the interests it was meant to protect". This principle, articulated in relation to the rights protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, applies equally to the interpretation of s. 35(1).

This judgment will thus, after outlining the context and background of the appeal, articulate a test for identifying aboriginal rights which reflects the purposes underlying s. 35(1), and the interests which that constitutional provision is intended to protect.

II. Statement of Facts

The appellant Dorothy Van der Peet was charged under s. 61(1) of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, with the offence of selling fish caught under the authority of an Indian food fish licence, contrary to s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248. At the time at which the appellant was charged s. 27(5) read:

> 27. . . .
>
> (5) No person shall sell, barter or offer to sell or barter any fish caught under the authority of an Indian food fish licence.

The charges arose out of the sale by the appellant of 10 salmon on September 11, 1987. The salmon had been caught by Steven and Charles Jimmy under the authority of an Indian food fish

des Sto:lo de vendre du poisson, que notre Cour doit maintenant répondre.

Pour définir la portée des droits ancestraux, il sera d'abord nécessaire d'énoncer les objets qui sous-tendent le par. 35(1), en particulier les raisons pour lesquelles on y reconnaît et confirme le statut constitutionnel unique des peuples autochtones au Canada. En effet, tant que l'on n'a pas saisi pourquoi les droits ancestraux existent et sont protégés par la Constitution, il est impossible de les définir. Comme le juge Dickson (plus tard Juge en chef) l'a dit dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, les textes constitutionnels doivent être interprétés «en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger». Ce principe, énoncé à l'égard des droits protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*, s'applique également à l'interprétation du par. 35(1). 3

En conséquence, après un bref exposé du contexte du présent pourvoi, le présent jugement fera état, en vue de l'identification des droits ancestraux, d'un critère reflétant les objets visés au par. 35(1) et les intérêts que cette disposition constitutionnelle est censée protéger. 4

II. Exposé des faits

L'appelante Dorothy Van der Peet a été accusée, en application du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, de l'infraction d'avoir vendu du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens, contrairement au par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248. À la date où l'appelante a été inculpée, le par. 27(5) était ainsi rédigé: 5

> 27. . . .
>
> (5) Il est interdit à quiconque de vendre, d'échanger ou d'offrir de vendre ou d'échanger du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens.

Les accusations découlaient de la vente par l'appelante de 10 saumons le 11 septembre 1987. Ces poissons avaient été pris par Steven et Charles Jimmy en vertu d'un permis de pêche de subsis- 6

1996 CanLII 216 (SCC)

licence. Charles Jimmy is the common law spouse of the appellant. The appellant, a member of the Sto:lo, has not contested these facts at any time, instead defending the charges against her on the basis that in selling the fish she was exercising an existing aboriginal right to sell fish. The appellant has based her defence on the position that the restrictions imposed by s. 27(5) of the Regulations infringe her existing aboriginal right to sell fish and are therefore invalid on the basis that they violate s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

tance des Indiens. Charles Jimmy est le conjoint de fait de l'appelante. Celle-ci, membre des Sto:lo, n'a jamais contesté ces faits, invoquant plutôt pour sa défense qu'en vendant ces poissons elle exerçait un droit ancestral existant de vendre du poisson. L'appelante a fondé sa défense sur la thèse que les restrictions imposées par le par. 27(5) du Règlement portent atteinte à son droit ancestral existant de vendre du poisson et qu'elles sont donc invalides parce qu'elles violent le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

III. Judgments Below

III. Les décisions des juridictions inférieures

Provincial Court, [1991] 3 C.N.L.R. 155

La Cour provinciale, [1991] 3 C.N.L.R. 155

7 Scarlett Prov. Ct. J. rejected the appellant's argument that she sold fish pursuant to an aboriginal right. On the basis of the evidence from members of the appellant's band, and anthropological experts, he found that, historically, the Sto:lo people clearly fished for food and ceremonial purposes, but that any trade in salmon that occurred was incidental and occasional only. He found, at p. 160, that there was no trade of salmon "in any regularized or market sense" but only "opportunistic exchanges taking place on a casual basis". He found that the Sto:lo could not preserve or store fish for extended periods of time and that the Sto:lo were a band rather than a tribal culture; he held both of these facts to be significant in suggesting that the Sto:lo did not engage in a market system of exchange. On the basis of these findings regarding the nature of the Sto:lo trade in salmon, Scarlett Prov. Ct. J. held that the Sto:lo's aboriginal right to fish for food and ceremonial purposes does not include the right to sell such fish. He therefore found the accused guilty of violating s. 61(1) of the *Fisheries Act*.

Le juge Scarlett de la Cour provinciale a rejeté l'argument de l'appelante voulant qu'elle ait vendu du poisson en vertu d'un droit ancestral. S'appuyant sur les témoignages de membres de la bande et d'anthropologues, il a conclu que, historiquement, les Sto:lo avaient clairement pratiqué la pêche à des fins alimentaires et rituelles, mais que les échanges de saumons qui se produisaient avaient un caractère uniquement accessoire et occasionnel. Il a statué, à la p. 160, qu'il n'y avait pas de commerce du saumon [TRADUCTION] «au sens d'un commerce organisé ou d'un marché», mais seulement des «échanges découlant d'occasions fortuites». Il a conclu que les Sto:lo n'étaient pas en mesure de conserver ou d'emmagasiner le poisson durant de longues périodes, et que leur culture était celle d'une bande plutôt que d'une tribu. Il a estimé que ces deux faits étaient importants en ce qu'ils tendaient à indiquer que les Sto:lo ne faisaient pas d'échanges dans le cadre d'un système de marché. Sur la foi de ces conclusions concernant la nature des échanges de saumon faits par les Sto:lo, le juge Scarlett a statué que le droit ancestral de ceux-ci de pêcher à des fins alimentaires et rituelles n'inclut pas le droit de vendre le poisson ainsi pris. Il a donc déclaré l'accusée coupable d'avoir contrevenu au par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*.

1996 CanLII 216 (SCC)

Supreme Court of British Columbia (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392

Selbie J. of the Supreme Court of British Columbia held that Scarlett Prov. Ct. J. erred when he looked at the evidence in terms of whether or not it demonstrated that the Sto:lo participated in a market system of exchange. The evidence should not have been considered in light of "contemporary tests for 'marketing'" (at para. 15) but should rather have been viewed so as to determine whether it "is more consistent with the aboriginal right to fish including the right to sell, barter or exchange than otherwise" (at para. 16). He held, at para. 16, that the evidence in this case was consistent with an aboriginal right to sell fish because it suggested that aboriginal societies had no stricture or prohibition against the sale of fish, with the result that "when the first Indian caught the first salmon he had the 'right' to do anything he wanted with it — eat it, trade it for deer meat, throw it back or keep it against a hungrier time". Selbie J. therefore held that the Sto:lo had an aboriginal right to sell fish and that the trial judge's verdict against the appellant was inconsistent with the evidence. He remanded for a new trial on the questions of whether this right had been extinguished, whether the regulations infringed the right and whether any infringement of the right had been justified.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392

8 Le juge Selbie de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a statué que le juge Scarlett de la Cour provinciale avait commis une erreur en se demandant si la preuve établissait que les Sto:lo avaient fait des échanges dans le cadre d'un système de marché. La preuve n'aurait pas dû être examinée à la lumière des [TRADUCTION] «critères contemporains de «commercialisation»» (par. 15), mais plutôt en vue de déterminer si «elle [était] davantage compatible avec l'existence d'un droit de pêche ancestral incluant le droit de vendre ou d'échanger le produit de la pêche, que le contraire» (par. 16). Le juge a conclu, au par. 16, que, en l'espèce, la preuve était compatible avec l'existence d'un droit ancestral de vendre du poisson parce qu'elle tendait à indiquer que les sociétés autochtones ne faisaient l'objet d'aucune restriction ou interdiction en ce qui concerne la vente du poisson, de sorte que [TRADUCTION] «quand le premier Indien a pris le premier saumon il avait le «droit» d'en faire ce qu'il voulait — le manger, l'échanger contre de la viande de chevreuil, le remettre à l'eau ou le garder pour les temps plus difficiles». En conséquence, le juge Selbie a statué que les Sto:lo possédaient un droit ancestral de vendre du poisson et que la décision rendue par le juge du procès contre l'appelante était incompatible avec la preuve. Il a ordonné la tenue d'un nouveau procès sur les questions de savoir si ce droit avait été éteint, si le règlement portait atteinte à ce droit et, si oui, si la violation était justifiée.

The Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75

The British Columbia Court of Appeal allowed the Crown's appeal and restored the guilty verdict of Scarlett Prov. Ct. J. Macfarlane J.A. (Taggart J.A. concurring) held, at para. 20, that a practice will be protected as an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* where the evidence establishes that it had "been exercised, at the time sovereignty was asserted, for a sufficient length of time to become integral to the aboriginal society". To be protected as an aboriginal right, however, the practice cannot have become "preva-

La Cour d'appel (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75

9 La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli à l'appel du ministère public et rétabli la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Scarlett de la Cour provinciale. Le juge Macfarlane (avec l'appui du juge Taggart), a conclu, au par. 20, qu'une pratique est protégée par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* en tant que droit ancestral si la preuve établit qu'elle a [TRADUCTION] «été exercée, au moment de l'affirmation de la souveraineté, pendant une période suffisamment longue pour devenir partie intégrante

1996 CanLII 216 (SCC)

lent merely as a result of European influences" (para. 21) but must rather arise from the aboriginal society itself. On the basis of this test Macfarlane J.A. held that the Sto:lo did not have an aboriginal right to sell fish. The question was not, he held at para. 30, whether the Sto:lo could support a right to dispose of surplus food fish on a casual basis but was rather whether they had a right to "sell fish allocated for food purposes on a commercial basis" which should be given constitutional priority in the allocation of the fishery resource. Given that this was the question, Macfarlane J.A. held that the assessment of the evidence by the trial judge was correct. The evidence, while indicating that surplus fish would have been disposed of or traded, did not establish that the "purpose of fishing was to engage in commerce" (para. 41). While the Sto:lo did trade salmon with the Hudson's Bay Company prior to the British assertion of sovereignty in a manner that could be characterized as commercial, this trade was "not of the same nature and quality as the aboriginal traditions disclosed by the evidence" (para. 41) and did not, therefore, qualify for protection as an aboriginal right under s. 35(1).

10 In his concurring judgment Wallace J.A. articulated a test for aboriginal rights similar to that of Macfarlane J.A. in so far as he too held, at para. 78, that the practices protected as aboriginal rights by s. 35(1) are those "traditional and integral to the native society pre-sovereignty". Wallace J.A. emphasized that s. 35(1) should not be interpreted as having the purpose of enlarging the pre-1982 concept of aboriginal rights; instead it should be seen as having the purpose of protecting from legislative encroachment those aboriginal rights that existed in 1982. Section 35(1) was not enacted so as to facilitate the current objectives of the aboriginal community but was rather enacted so as to pro-

de la société autochtone». Cependant, pour être protégée en tant que droit ancestral, la pratique ne doit pas s'être [TRADUCTION] «répandue du seul fait des influences européennes» (au par. 21), mais bien émaner de la société autochtone elle-même. Sur le fondement de ce critère, le juge Macfarlane a statué, au par. 30, que les Sto:lo n'avaient pas de droit ancestral de vendre du poisson. Il a conclu que la question n'était pas de savoir si les Sto:lo étaient en mesure d'établir l'existence du droit d'aliéner du poisson excédentaire à l'occasion, mais bien de savoir s'ils avaient le droit de [TRADUCTION] «vendre commercialement du poisson attribué à des fins alimentaires», droit qui doit bénéficier de la priorité garantie par la Constitution en ce qui concerne la répartition de cette ressource. Puisque c'était là la question à trancher, le juge Macfarlane a statué que le juge du procès avait bien apprécié la preuve qui — même si elle indiquait qu'on aliénait le poisson excédentaire, notamment par voie d'échanges — n'établissait pas que [TRADUCTION] «le but de la pêche était de faire le commerce du poisson» (par. 41). Bien que, avant l'affirmation de la souveraineté par les Britanniques, les Sto:lo échangeaient effectivement du saumon à la Compagnie de la Baie d'Hudson contre d'autres biens, d'une manière qui pourrait être qualifiée de commerciale, ces échanges ne participaient «pas de la même nature et de la même qualité que les traditions autochtones dont l'existence avait été établie par la preuve» (par. 41), et ils ne bénéficiaient donc pas de la protection du par. 35(1) en tant que droit ancestral.

Dans son jugement concordant, le juge Wallace a énoncé, à l'égard des droits ancestraux, un critère analogue à celui du juge Macfarlane, dans la mesure où il a lui aussi statué, au par. 78, que sont protégées par le par. 35(1) en tant que droits ancestraux les pratiques [TRADUCTION] «traditionnelles qui faisaient partie intégrante de la société autochtone avant l'affirmation de la souveraineté». Le juge Wallace a souligné qu'il ne faut pas considérer que le par. 35(1) a pour but d'élargir la notion de droits ancestraux telle qu'elle existait avant 1982, mais plutôt qu'il vise à protéger contre les atteintes législatives les droits ancestraux qui existaient en 1982. Le paragraphe 35(1) n'a pas été

1996 CanLII 216 (SCC)

tect "traditional aboriginal practices integral to the culture and traditional way of life of the native community" (para. 78). Wallace J.A. held, at para. 104, that rights should not be "determined by reference to the economic objectives of the rights-holders". He concluded from this analytical framework that the trial judge was correct in determining that the commercial sale of fish is different in nature and kind from the aboriginal right of the Sto:lo to fish for sustenance and ceremonial purposes, with the result that the appellant could not be said to have been exercising an aboriginal right when she sold the fish.

Lambert J.A. dissented. While he agreed that aboriginal rights are those aboriginal customs, traditions and practices which are an integral part of a distinctive aboriginal culture, he added to that proposition the proviso that to determine whether a practice is in fact integral it is necessary first to describe it correctly. In his view, the appropriate description of a right or practice is one based on the significance of the practice to the particular aboriginal culture. As such, in determining the extent to which aboriginal fishing is a protected right under s. 35(1) a court should look not to the purpose for which aboriginal people fished, but should rather look at the significance of fishing to the aboriginal society; it is the social significance of fishing which is integral to the distinctive aboriginal society and which is, therefore, protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Lambert J.A. found support for this proposition in this Court's judgment in *Sparrow*, *supra*, in the American case law arising out of disputes over the terms of treaties signed with aboriginal people in the Pacific northwest (see, e.g., *Washington v. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association*, 443 U.S. 658 (1979)), and in the general principle that the definition of aboriginal rights must take into account the perspective of aboriginal people. Lambert J.A. held that the social significance of fishing for the Sto:lo was that fishing was the means by which they provided themselves with a moderate livelihood; he therefore

édicté pour faciliter la réalisation des objectifs actuels de la collectivité autochtone, mais bien pour protéger [TRADUCTION] «les pratiques autochtones traditionnelles qui font partie intégrante du mode de vie traditionnel et de la culture de la collectivité autochtone» (par. 78). Le juge Wallace a statué, au par. 104, que les droits ne doivent pas être [TRADUCTION] «déterminés eu égard aux objectifs économiques de leurs titulaires». À partir de ce cadre d'analyse, il a conclu que le juge du procès avait à juste titre statué que la vente de poisson à des fins commerciales diffère de par sa nature du droit ancestral des Sto:lo de pêcher à des fins alimentaires et rituelles, de sorte qu'il était impossible d'affirmer que l'appelante exerçait un droit ancestral lorsqu'elle a vendu le poisson.

Le juge Lambert a exprimé sa dissidence. Tout en convenant que les droits ancestraux sont les coutumes, pratiques et traditions autochtones qui font partie intégrante d'une culture autochtone distinctive, il a ajouté la réserve que, pour décider si une pratique fait effectivement partie intégrante de cette culture, il faut d'abord la décrire correctement. Selon lui, pour bien décrire un droit ou une pratique il faut se fonder sur son importance pour la culture autochtone concernée. À cette fin, pour déterminer dans quelle mesure la pêche autochtone constitue un droit protégé par le par. 35(1), le tribunal doit tenir compte non pas du but dans lequel les autochtones pêchaient, mais plutôt de l'importance de la pêche pour la société autochtone. Ce n'est pas la pêche mais son importance sociale qui fait partie intégrante de la société autochtone distinctive et qui, de ce fait, est protégée par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. À l'appui de cette proposition, le juge Lambert a invoqué l'arrêt *Sparrow* de notre Cour, précité, ainsi qu'un arrêt américain touchant un différend concernant les conditions de traités signés avec les autochtones du nord-ouest de la côte du Pacifique (voir, p. ex., *Washington c. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association*, 443 U.S. 658 (1979)), et le principe général que, dans la définition des droits ancestraux, il faut tenir compte du point de vue des autochtones. Le juge Lambert a conclu que l'importance de la pêche sur le plan social pour les Sto:lo était le fait que cette

1996 CanLII 216 (SCC)

held at para. 150 that the Sto:lo had an aboriginal right protected by s. 35(1)

to catch and, if they wish, sell, themselves and through other members of the Sto:lo people, sufficient salmon to provide all the people who wish to be personally engaged in the fishery, and their dependent families, when coupled with their other financial resources, with a moderate livelihood. . . . [Emphasis in original.]

Lambert J.A. rejected the position of the majority that the commercial dimension of the fishery was introduced by Europeans and therefore outside of the protection of s. 35(1). The key point, he suggested, is not that the Europeans introduced commerce, but is rather that as soon as the Europeans arrived the Sto:lo began trading with them. In doing so the Sto:lo were not breaking with their past; the trade with the Hudson's Bay Company "represented only a response to a new circumstance in the carrying out of the existing practice" (para. 180). Lambert J.A. went on to hold that the Sto:lo right to fish for a moderate livelihood had not been extinguished and that it had been infringed by s. 27(5) of the Regulations in a manner not justified by the Crown. He would thus have dismissed the appeal of the Crown and entered a verdict of acquittal.

12 Hutcheon J.A. also dissented. He did so on the basis that there is no authority for the proposition that the relevant point for identifying aboriginal rights is prior to contact with Europeans and European culture. Hutcheon J.A. held that the relevant historical time is instead 1846, the time of the assertion of British sovereignty in British Columbia. Since it is undisputed that by 1846 the Sto:lo were trading commercially in salmon, the Sto:lo can claim an aboriginal right to sell fish protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Hutcheon J.A. held further that this right had not been extinguished prior to 1982. In the result, he would have remanded for a new trial on the issues of infringement and justification.

activité était le moyen qui leur permettait de s'assurer une subsistance convenable. Il a par conséquent statué, au par. 150, que les Sto:lo possédaient le droit ancestral, protégé par le par. 35(1):

[TRADUCTION] *de prendre et, s'ils le désirent, de vendre eux-mêmes et par l'entremise d'autres Sto:lo, suffisamment de saumon pour assurer à tous ceux qui souhaitent pêcher — ainsi qu'aux personnes à leur charge —, compte tenu de leurs autres ressources financières, une subsistance convenable . . .* [En italique dans l'original.]

Le juge Lambert a rejeté la position de la majorité que la dimension commerciale de la pêche a été introduite par les Européens et qu'elle ne bénéficie donc pas de la protection du par. 35(1). Le point essentiel, a-t-il affirmé, n'est pas que les Européens aient introduit le commerce, mais bien que, dès l'arrivée de ceux-ci, les Sto:lo ont commencé à faire du commerce avec eux. Ce faisant, ils ne rompaient pas avec leur passé. Le commerce avec la Compagnie de la Baie d'Hudson [TRADUCTION] «n'était qu'une réaction à une nouvelle circonstance dans l'exercice de la pratique existante» (par. 180). Le juge Lambert a ajouté que le droit des Sto:lo de pêcher pour s'assurer une subsistance convenable n'avait pas été éteint, et qu'il avait été violé par le par. 27(5) du Règlement, d'une manière qui n'a pas été justifiée par le ministère public. Il aurait donc rejeté l'appel de ce dernier et inscrit un acquittement.

Le juge Hutcheon a lui aussi exprimé sa dissidence. Il l'a fait sur le fondement que rien n'appuie la thèse que le moment pertinent pour l'identification des droits ancestraux est la période antérieure aux contacts avec les Européens et leur culture. Il a jugé que le moment historique pertinent est plutôt 1846, date de l'affirmation de la souveraineté britannique sur la Colombie-Britannique. Comme il n'est pas contesté qu'en 1846 les Sto:lo faisaient le commerce du saumon, ils peuvent revendiquer un droit ancestral de vendre du poisson protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge Hutcheon a en outre conclu que ce droit n'avait pas été éteint avant 1982. En conséquence, il aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès sur les questions de l'atteinte à ce droit et de la justification.

1996 CanLII 216 (SCC)

IV. Grounds of Appeal

Leave to appeal to this Court was granted on March 10, 1994. The following constitutional question was stated:

Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read on September 11, 1987, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, invoked by the appellant?

The appellant appealed on the basis that the Court of Appeal erred in defining the aboriginal rights protected by s. 35(1) as those practices integral to the distinctive cultures of aboriginal peoples. The appellant argued that the Court of Appeal erred in holding that aboriginal rights are recognized for the purpose of protecting the traditional way of life of aboriginal people. The appellant also argued that the Court of Appeal erred in requiring that the Sto:lo satisfy a long-time use test, in requiring that they demonstrate an absence of European influence and in failing to adopt the perspective of aboriginal peoples themselves.

The First Nations Summit intervened in support of the appellant as did Delgamuukw et al. and Pamajewon et al. The Fisheries Council of British Columbia, the Attorney General of Quebec, the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation intervened in support of the respondent Crown.

V. Analysis

Introduction

I now turn to the question which, as I have already suggested, lies at the heart of this appeal: How should the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* be defined?

In her factum the appellant argued that the majority of the Court of Appeal erred because it defined the rights in s. 35(1) in a fashion which

IV. Moyens d'appel

L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 10 mars 1994. La question constitutionnelle suivante a été formulée: 13

Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait le 11 septembre 1987, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

L'appelante a interjeté appel pour le motif que la Cour d'appel aurait fait erreur en définissant les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) comme étant les pratiques qui font partie intégrante des cultures distinctives des peuples autochtones. Elle a prétendu que la Cour d'appel a commis une erreur en statuant que les droits ancestraux sont reconnus dans le but de protéger le mode de vie traditionnel des autochtones. Elle a de plus affirmé que la Cour d'appel avait fait erreur en exigeant que les Sto:lo satisfassent à un critère exigeant la preuve d'une longue période d'utilisation, en exigeant qu'ils démontrent l'absence d'influence européenne et en ne retenant pas le point de vue des autochtones eux-mêmes.

Le First Nations Summit, Delgamuukw et autres ainsi que Pamajewon et autres sont intervenus pour appuyer l'appelante. Le Fisheries Council of British Columbia, le procureur général du Québec, la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation sont intervenus au soutien de l'intimée Sa Majesté la Reine. 14

V. Analyse

Introduction

J'aborde maintenant la question qui, comme je l'ai déjà indiqué, est au cœur du présent pourvoi: Comment faut-il s'y prendre pour définir les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*? 15

Dans son mémoire, l'appelante a prétendu que la Cour d'appel à la majorité avait commis une erreur en définissant les droits visés au par. 35(1) d'une 16

1996 CanLII 216 (SCC)

"converted a Right into a Relic"; such an approach, the appellant argued, is inconsistent with the fact that the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) are rights and not simply aboriginal practices. The appellant acknowledged that aboriginal rights are based in aboriginal societies and cultures, but argued that the majority of the Court of Appeal erred because it defined aboriginal rights through the identification of pre-contact activities instead of as pre-existing legal rights.

17 While the appellant is correct to suggest that the mere existence of an activity in a particular aboriginal community prior to contact with Europeans is not, in itself, sufficient foundation for the definition of aboriginal rights, the position she would have this Court adopt takes s. 35(1) too far from that which the provision is intended to protect. Section 35(1), it is true, recognizes and affirms existing aboriginal rights, but it must not be forgotten that the rights it recognizes and affirms are aboriginal.

18 In the liberal enlightenment view, reflected in the American Bill of Rights and, more indirectly, in the *Charter*, rights are held by all people in society because each person is entitled to dignity and respect. Rights are general and universal; they are the way in which the "inherent dignity" of each individual in society is respected: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 336.

19 Aboriginal rights cannot, however, be defined on the basis of the philosophical precepts of the liberal enlightenment. Although equal in importance and significance to the rights enshrined in the *Charter*, aboriginal rights must be viewed differently from *Charter* rights because they are rights held only by aboriginal members of Canadian society. They arise from the fact that aboriginal people are aboriginal. As academic commentators have noted, aboriginal rights "inhere in the very meaning of aboriginality", Michael Asch and Patrick Macklem, "Aboriginal Rights and Cana-

manière qui [TRADUCTION] «a transformé un droit en une relique». Une telle façon de voir, d'affirmer l'appelante, est inconciliable avec le fait que les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) sont des droits et non simplement des pratiques autochtones. L'appelante a reconnu que les droits ancestraux tirent leur origine des sociétés et cultures autochtones, mais elle a soutenu que la Cour d'appel à la majorité a commis une erreur parce qu'elle a défini les droits ancestraux en s'attachant à identifier des activités antérieures au contact avec les Européens plutôt que des droits légaux préexistants.

Même si l'appelante a raison de dire que la simple existence d'une activité dans une collectivité autochtone donnée avant le contact avec les Européens n'est pas, en soi, un fondement suffisant pour définir des droits ancestraux, la thèse qu'elle voudrait que notre Cour adopte éloigne trop la protection du par. 35(1) de ce qu'elle est censée protéger. Il est vrai que le par. 35(1) reconnaît et confirme les droits ancestraux existants, mais il ne faut pas oublier que les droits qu'il reconnaît et confirme sont des droits autochtones.

Selon la philosophie libérale du Siècle des Lumières, qui a inspiré le Bill of Rights des États-Unis et, plus indirectement, la *Charte*, les droits appartiennent à tous les membres de la société, étant donné que chacun a droit à la dignité et au respect. Les droits sont généraux et universels; ils constituent la manière dont la «dignité inhérente» à chaque individu dans la société est respectée: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 336.

Toutefois, les droits ancestraux ne peuvent être définis par l'application des préceptes de cette philosophie. Même s'ils ont une portée et une importance égales aux droits inscrits dans la *Charte*, les droits ancestraux doivent être considérés différemment des droits garantis par la *Charte*, parce qu'ils sont détenus seulement par les autochtones au sein de la société canadienne. Les droits ancestraux tirent leur origine du fait que les peuples autochtones sont des autochtones. Comme l'ont souligné des commentateurs universitaires, les droits ancestraux [TRADUCTION] «participent de l'essence

1996 CanLII 216 (SCC)

dian Sovereignty: An Essay on *R.* v. *Sparrow*" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498, at p. 502; they are the rights held by "Indians *qua* Indians", Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 776.

même de l'«autochtonité», Michael Asch et Patrick Macklem, «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R.* v. *Sparrow*» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498, à la p. 502; il s'agit de droits détenus par [TRADUCTION] «les Indiens en tant qu'Indiens», Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727, à la p. 776.

The task of this Court is to define aboriginal rights in a manner which recognizes that aboriginal rights are rights but which does so without losing sight of the fact that they are rights held by aboriginal people because they are aboriginal. The Court must neither lose sight of the generalized constitutional status of what s. 35(1) protects, nor can it ignore the necessary specificity which comes from granting special constitutional protection to one part of Canadian society. The Court must define the scope of s. 35(1) in a way which captures both the aboriginal and the rights in aboriginal rights.

Notre Cour a pour tâche de définir les droits ancestraux d'une manière qui reconnaisse qu'il s'agit bien de droits, mais de droits détenus par les autochtones parce qu'ils sont des autochtones. Notre Cour ne doit pas perdre de vue le statut constitutionnel généralisé des droits protégés par le par. 35(1), mais elle ne peut pas non plus faire abstraction de la nécessaire spécificité qui résulte de la protection constitutionnelle spéciale accordée à un segment de la société canadienne. Notre Cour doit définir la portée du par. 35(1) d'une manière qui permette de cerner à la fois l'aspect «ancestral» et l'aspect «droit» dans l'expression «droits ancestraux».

The way to accomplish this task is, as was noted at the outset, through a purposive approach to s. 35(1). It is through identifying the interests that s. 35(1) was intended to protect that the dual nature of aboriginal rights will be comprehended. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, Dickson J. explained the rationale for a purposive approach to constitutional documents. Courts should take a purposive approach to the Constitution because constitutions are, by their very nature, documents aimed at a country's future as well as its present; the Constitution must be interpreted in a manner which renders it "capable of growth and development over time to meet new social, political and historical realities often unimagined by its framers": *Hunter*, *supra*, at p. 155. A purposive approach to s. 35(1), because ensuring that the provision is not viewed as static and only relevant to current circumstances, will ensure that the recognition and affirmation it offers are consistent with the fact that what it is recognizing and affirming are "rights". Further, because it requires the court to analyze a given constitutional provision "in the light of the interests it was meant to protect"

Comme il a été indiqué au début, la façon d'accomplir cette tâche est d'appliquer au par. 35(1) une analyse fondée sur l'objet. C'est par la détermination des intérêts que le par. 35(1) vise à protéger qu'il est possible d'appréhender la dualité des droits ancestraux. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, le juge Dickson a expliqué la raison d'être de l'analyse fondée sur l'objet des textes constitutionnels. Ainsi, les tribunaux doivent donner à la Constitution une interprétation fondée sur l'objet parce que les constitutions sont, de par leur nature même, des documents conçus autant en fonction de l'avenir que du présent. La Constitution doit être interprétée de telle sorte qu'elle soit «susceptible d'évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n'ont pas envisagées», *Hunter*, précité, à la p. 155. Parce qu'une telle approche assure que la disposition n'est pas considérée comme statique, et pertinente seulement par rapport aux circonstances présentes, l'application au par. 35(1) d'une analyse fondée sur l'objet garantit que la reconnaissance et la confirmation prévues par celui-ci sont compa-

1996 CanLII 216 (SCC)

(*Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 344), a purposive approach to s. 35(1) will ensure that that which is found to fall within the provision is related to the provision's intended focus: aboriginal people and their rights in relation to Canadian society as a whole.

22 In *Sparrow*, *supra*, Dickson C.J. and La Forest J. held at p. 1106 that it was through a purposive analysis that s. 35(1) must be understood:

> The approach to be taken with respect to interpreting the meaning of s. 35(1) is derived from general principles of constitutional interpretation, principles relating to aboriginal rights, and the purposes behind the constitutional provision itself. [Emphasis added.]

In that case, however, the Court did not have the opportunity to articulate the purposes behind s. 35(1) as they relate to the scope of the rights the provision is intended to protect. Such analysis is now required to be undertaken.

General Principles Applicable to Legal Disputes Between Aboriginal Peoples and the Crown

23 Before turning to a purposive analysis of s. 35(1), however, it should be noted that such analysis must take place in light of the general principles which apply to the legal relationship between the Crown and aboriginal peoples. In *Sparrow*, *supra*, this Court held at p. 1106 that s. 35(1) should be given a generous and liberal interpretation in favour of aboriginal peoples:

> When the purposes of the affirmation of aboriginal rights are considered, it is clear that a generous, liberal interpretation of the words in the constitutional provision is demanded. [Emphasis added].

24 This interpretive principle, articulated first in the context of treaty rights — *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at p. 402; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901, at p. 907; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1066 — arises from the

tibles avec le fait que ce qui est reconnu et confirmé ce sont des «droits». De plus, parce qu'elle oblige le tribunal à analyser des textes constitutionnels donnés «en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger» (*Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 344), cette analyse du par. 35(1) fait en sorte que ce qui est jugé comme relevant de cette disposition se rapporte à son objet: les peuples autochtones et leurs droits par rapport à la société canadienne dans son ensemble.

Dans *Sparrow*, précité, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont statué, à la p. 1106, qu'il faut interpréter le par. 35(1) en fonction de l'objet qu'il vise:

> La méthode qu'il convient d'adopter pour interpréter le par. 35(1) est dérivée des principes généraux d'interprétation constitutionnelle, des principes relatifs aux droits ancestraux et des objets sous-jacents à la disposition constitutionnelle elle-même. [Je souligne.]

Toutefois, dans cette affaire-là, notre Cour n'a pas eu l'occasion de dégager les objets sous-jacents au par. 35(1) eu égard à la portée des droits qu'il vise à protéger. Il faut faire cette analyse dans le présent cas.

Principes généraux applicables aux litiges entre les peuples autochtones et l'État

Toutefois, avant d'analyser le par. 35(1) en fonction de son objet, il convient de signaler qu'une telle analyse doit être faite à la lumière des principes généraux applicables aux rapports juridiques entre l'État et les peuples autochtones. Dans l'arrêt *Sparrow*, précité, notre Cour a statué, à la p. 1106, que le par. 35(1) doit recevoir une interprétation généreuse et libérale en faveur des autochtones:

> Si on considère les objectifs de la confirmation des droits ancestraux, il est évident qu'une interprétation généreuse et libérale du texte de cette disposition constitutionnelle s'impose. [Je souligne.]

Ce principe d'interprétation, qui a d'abord été énoncé dans le contexte des droits issus de traités — *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, à la p. 402; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 36; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, à la p. 907; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la

1996 CanLII 216 (SCC)

nature of the relationship between the Crown and aboriginal peoples. The Crown has a fiduciary obligation to aboriginal peoples with the result that in dealings between the government and aboriginals the honour of the Crown is at stake. Because of this fiduciary relationship, and its implication of the honour of the Crown, treaties, s. 35(1), and other statutory and constitutional provisions protecting the interests of aboriginal peoples, must be given a generous and liberal interpretation: *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267, at p. 279. This general principle must inform the Court's analysis of the purposes underlying s. 35(1), and of that provision's definition and scope.

The fiduciary relationship of the Crown and aboriginal peoples also means that where there is any doubt or ambiguity with regards to what falls within the scope and definition of s. 35(1), such doubt or ambiguity must be resolved in favour of aboriginal peoples. In *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, at p. 464, Dickson J. held that paragraph 13 of the Memorandum of Agreement between Manitoba and Canada, a constitutional document, "should be interpreted so as to resolve any doubts in favour of the Indians, the beneficiaries of the rights assured by the paragraph". This interpretive principle applies equally to s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and should, again, inform the Court's purposive analysis of that provision.

Purposive Analysis of Section 35(1)

I now turn to a purposive analysis of s. 35(1).

When the court identifies a constitutional provision's purposes, or the interests the provision is intended to protect, what it is doing in essence is explaining the rationale of the provision; it is articulating the reasons underlying the protection that the provision gives. With regards to s. 35(1), then, what the court must do is explain the rationale and foundation of the recognition and affirmation of the special rights of aboriginal peoples; it must identify the basis for the special status that aboriginal peoples have within Canadian society as a whole.

p. 1066 — découle de la nature des rapports entre l'État et les peuples autochtones. L'État a, envers les peuples autochtones, une obligation de fiduciaire qui a pour conséquence de mettre son honneur en jeu lorsqu'il traite avec eux. En raison de cette obligation de fiduciaire et de l'incidence de cette obligation sur l'honneur de l'État, les traités, le par. 35(1) et les autres dispositions législatives et constitutionnelles protégeant les droits des peuples autochtones doivent recevoir une interprétation généreuse et libérale: *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267, à la p. 279. Ce principe général doit guider la Cour dans l'analyse des objets qui sous-tendent le par. 35(1), ainsi que dans l'analyse de la définition et de la portée de cette disposition.

L'existence des rapports de fiduciaire qui existent entre l'État et les peuples autochtones emporte en outre que les doutes ou ambiguïtés concernant la portée et la définition des droits visés par le par. 35(1) doivent être résolus en faveur des peuples autochtones. Dans *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, à la p. 464, le juge Dickson a affirmé, relativement à la clause 13 de la Convention entre le Manitoba et le Canada, un document constitutionnel, qu'il «faut l'interpréter de façon à résoudre tout doute en faveur des Indiens, les bénéficiaires des droits ainsi garantis». Ce principe d'interprétation s'applique également au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, je le répète, il devrait guider la Cour dans son analyse de l'objet de cette disposition.

Analyse de l'objet du par. 35(1)

Je vais maintenant analyser l'objet du par. 35(1). 26

Quand le tribunal dégage les objets visés par une disposition constitutionnelle ou les intérêts que celle-ci est censée protéger, ce qu'il fait c'est essentiellement expliquer la raison d'être de cette disposition et énoncer les raisons sous-jacentes de la protection qu'elle offre. En ce qui concerne le par. 35(1), le tribunal doit donc expliquer la raison d'être et le fondement de la reconnaissance et de la confirmation des droits spéciaux des peuples autochtones, et identifier le fondement du statut particulier des peuples autochtones au sein de l'ensemble de la société canadienne. 27

1996 CanLII 216 (SCC)

28 In identifying the basis for the recognition and affirmation of aboriginal rights it must be remembered that s. 35(1) did not create the legal doctrine of aboriginal rights; aboriginal rights existed and were recognized under the common law: *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313. At common law aboriginal rights did not, of course, have constitutional status, with the result that Parliament could, at any time, extinguish or regulate those rights: *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, at p. 112; *R. v. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (S.C.C.), [1976] 2 S.C.R. v; it is this which distinguishes the aboriginal rights recognized and affirmed in s. 35(1) from the aboriginal rights protected by the common law. Subsequent to s. 35(1) aboriginal rights cannot be extinguished and can only be regulated or infringed consistent with the justificatory test laid out by this Court in *Sparrow*, *supra*.

29 The fact that aboriginal rights pre-date the enactment of s. 35(1) could lead to the suggestion that the purposive analysis of s. 35(1) should be limited to an analysis of why a pre-existing legal doctrine was elevated to constitutional status. This suggestion must be resisted. The pre-existence of aboriginal rights is relevant to the analysis of s. 35(1) because it indicates that aboriginal rights have a stature and existence prior to the constitutionalization of those rights and sheds light on the reasons for protecting those rights; however, the interests protected by s. 35(1) must be identified through an explanation of the basis for the legal doctrine of aboriginal rights, not through an explanation of why that legal doctrine now has constitutional status.

30 In my view, the doctrine of aboriginal rights exists, and is recognized and affirmed by s. 35(1), because of one simple fact: when Europeans arrived in North America, aboriginal peoples were already here, living in communities on the land, and participating in distinctive cultures, as they had done for centuries. It is this fact, and this fact above all others, which separates aboriginal peo-

Dans la détermination du fondement de la reconnaissance et de la confirmation des droits ancestraux, il ne faut pas oublier que le par. 35(1) n'a pas créé la doctrine juridique des droits ancestraux. En effet, ces droits existaient déjà et ils étaient reconnus en common law: *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313. Évidemment, comme les droits ancestraux n'avaient pas, en common law, de statut constitutionnel, le législateur fédéral pouvait à tout moment les éteindre ou les réglementer: *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, à la p. 112; *R. c. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (C.S.C.), [1976] 2 R.C.S. v; c'est ce qui distingue les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de ceux protégés par la common law. À la suite de l'adoption du par. 35(1), les droits ancestraux ne peuvent pas être éteints et ils ne peuvent être réglementés ou violés qu'en conformité avec le critère de justification énoncé par notre Cour dans *Sparrow*, précité.

Le fait que les droits ancestraux sont antérieurs à l'édiction du par. 35(1) pourrait amener à conclure qu'il faudrait limiter l'analyse de l'objet de cette disposition aux raisons pour lesquelles une doctrine juridique préexistante s'est vue conférer un statut constitutionnel. Il faut s'abstenir de tirer pareille conclusion. La préexistence des droits ancestraux est un élément pertinent pour l'analyse du par. 35(1), parce qu'elle indique que l'importance et l'existence de ces droits sont antérieures à la constitutionnalisation de ceux-ci et qu'elle éclaire sur les raisons justifiant la protection qui leur est accordée. Toutefois, il faut identifier les intérêts protégés par le par. 35(1) en expliquant le fondement de la doctrine juridique des droits ancestraux, et non les raisons pour lesquelles cette doctrine a aujourd'hui un statut constitutionnel.

À mon avis, la doctrine des droits ancestraux existe et elle est reconnue et confirmée par le par. 35(1), et ce pour un fait bien simple: quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles. C'est ce fait, par-

1996 CanLII 216 (SCC)

ples from all other minority groups in Canadian society and which mandates their special legal, and now constitutional, status.

More specifically, what s. 35(1) does is provide the constitutional framework through which the fact that aboriginals lived on the land in distinctive societies, with their own practices, traditions and cultures, is acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown. The substantive rights which fall within the provision must be defined in light of this purpose; the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) must be directed towards the reconciliation of the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown.

That the purpose of s. 35(1) lies in its recognition of the prior occupation of North America by aboriginal peoples is suggested by the French version of the text. For the English "existing aboriginal and treaty rights" the French text reads "*[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités*". The term "*ancestral*", which *Le Petit Robert 1* (1990) dictionary defines as "*[q]ui a appartenu aux ancêtres, qu'on tient des ancêtres*", suggests that the rights recognized and affirmed by s. 35(1) must be temporally rooted in the historical presence — the ancestry — of aboriginal peoples in North America.

This approach to s. 35(1) is also supported by the prior jurisprudence of this Court. In *Calder*, *supra*, the Court refused an application by the Nishga for a declaration that their aboriginal title had not been extinguished. There was no majority in the Court as to the basis for this decision; however, in the judgments of both Judson J. and Hall J. (each speaking for himself and two others) the existence of aboriginal title was recognized. Hall J. based the Nishga's aboriginal title in the fact that the land to which they were claiming title had "been in their possession from time immemorial" (*Calder*, *supra*, at p. 375). Judson J. explained the origins of the Nishga's aboriginal title as follows, at p. 328:

dessus tout, qui distingue les peuples autochtones de tous les autres groupes minoritaires du pays et qui commande leur statut juridique — et maintenant constitutionnel — particulier.

Plus précisément, le par. 35(1) établit le cadre constitutionnel qui permet de reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres cultures, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté. Les droits substantiels visés par cette disposition doivent être définis à la lumière de cet objet. Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doivent tendre à concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté. 31

La conclusion que le par. 35(1) a pour objet de reconnaître l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones ressort du texte français de cette disposition. L'expression anglaise «*existing aboriginal and treaty rights*» est rendue en français par «[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités». Le terme «ancestral», qui est défini ainsi dans le dictionnaire *Le Petit Robert 1* (1990): «[q]ui a appartenu aux ancêtres, qu'on tient des ancêtres», tend à indiquer que les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1) doivent, sur le plan temporel, tirer leur origine de la présence historique — des ancêtres — des peuples autochtones de l'Amérique du Nord. 32

Cette façon d'analyser le par. 35(1) trouve également appui dans des décisions antérieures de notre Cour. Dans *Calder*, précité, la Cour a refusé une demande des Nishgas qui sollicitaient une déclaration portant que leur titre aborigène n'avait pas été éteint. Aucune majorité ne s'est dégagée quant au fondement de la décision dans cet arrêt. Toutefois, dans leurs motifs respectifs, les juges Judson et Hall (chacun parlant aussi au nom de deux autres juges) ont reconnu l'existence du titre aborigène. Le juge Hall a basé le titre aborigène des Nishgas sur le fait que ceux-ci avaient «possédé[. . .] de temps immémorial» (*Calder*, précité, à la p. 375) les terres dont ils revendiquaient le titre. Le juge Judson a expliqué ainsi les origines du titre aborigène des Nishgas, à la p. 328: 33

1996 CanLII 216 (SCC)

Although I think that it is clear that Indian title in British Columbia cannot owe its origin to the Proclamation of 1763, the fact is that when the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries. This is what Indian title means and it does not help one in the solution of this problem to call it a "personal or usufructuary right". What they are asserting in this action is that they had a right to continue to live on their lands as their forefathers had lived and that this right has never been lawfully extinguished. [Emphasis added.]

Je crois qu'il est clair qu'en Colombie-Britannique, le titre indien ne peut pas avoir pour origine la Proclamation de 1763, mais il reste que lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles. C'est ce que signifie le titre indien et en l'appelant «droit personnel de la nature d'un usufruit», la solution du problème n'en devient pas plus facile. Ils affirment dans la présente action qu'ils avaient le droit de continuer à vivre sur leurs terres comme l'avaient fait leurs ancêtres et que ce droit n'a jamais été juridiquement éteint. [Je souligne.]

The position of Judson and Hall JJ. on the basis for aboriginal title is applicable to the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1). Aboriginal title is the aspect of aboriginal rights related specifically to aboriginal claims to land; it is the way in which the common law recognizes aboriginal land rights. As such, the explanation of the basis of aboriginal title in *Calder*, *supra*, can be applied equally to the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1). Both aboriginal title and aboriginal rights arise from the existence of distinctive aboriginal communities occupying "the land as their forefathers had done for centuries" (p. 328).

La position des juges Judson et Hall quant au fondement du titre aborigène est applicable aux droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1). Le titre aborigène est l'aspect des droits ancestraux qui se rapporte spécifiquement aux revendications territoriales des autochtones; c'est le moyen par lequel la common law reconnaît les droits fonciers des autochtones. Ainsi, l'explication donnée dans l'arrêt *Calder*, précité, relativement au fondement du titre aborigène peut être appliquée également aux droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1). Tant le titre aborigène que les droits ancestraux découlent de l'existence de collectivités autochtones distinctives, occupant «les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles» (p. 328).

34 The basis of aboriginal title articulated in *Calder*, *supra*, was affirmed in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335. The decision in *Guerin* turned on the question of the nature and extent of the Crown's fiduciary obligation to aboriginal peoples; because, however, Dickson J. based that fiduciary relationship, at p. 376, in the "concept of aboriginal, native or Indian title", he had occasion to consider the question of the existence of aboriginal title. In holding that such title existed, he relied, at p. 376, on *Calder*, *supra*, for the proposition that "aboriginal title as a legal right derived from the Indians' historic occupation and possession of their tribal lands". [Emphasis added.]

Le fondement du titre aborigène énoncé dans *Calder*, précité, a été confirmé dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335. Cet arrêt concernait la nature et l'étendue de l'obligation de fiduciaire de Sa Majesté envers les peuples autochtones. Cependant, comme il a fondé ce rapport de fiduciaire, à la p. 376, sur le «concept du titre aborigène, autochtone ou indien», le juge Dickson a eu l'occasion d'étudier la question de l'existence du titre aborigène. Pour conclure à l'existence d'un tel titre, il a invoqué, à la p. 376, l'arrêt *Calder*, précité, dans lequel «le titre aborigène [a été reconnu] comme un droit, en common law, découlant de l'occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales». [Je souligne.]

35 The view of aboriginal rights as based in the prior occupation of North America by distinctive aboriginal societies, finds support in the early American decisions of Marshall C.J. Although the

Le point de vue selon lequel les droits ancestraux sont fondés sur l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par des sociétés autochtones distinctives trouve appui dans de vieilles décisions

1996 CanLII 216 (SCC)

constitutional structure of the United States is different from that of Canada, and its aboriginal law has developed in unique directions, I agree with Professor Slattery both when he describes the Marshall decisions as providing "structure and coherence to an untidy and diffuse body of customary law based on official practice" and when he asserts that these decisions are "as relevant to Canada as they are to the United States" — "Understanding Aboriginal Rights", *supra*, at p. 739. I would add to Professor Slattery's comments only the observation that the fact that aboriginal law in the United States is significantly different from Canadian aboriginal law means that the relevance of these cases arises from their articulation of general principles, rather than their specific legal holdings.

In *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), the first of the Marshall decisions on aboriginal title, the Supreme Court held that Indian land could only be alienated by the U.S. government, not by the Indians themselves. In the course of his decision (written for the court), Marshall C.J. outlined the history of the exploration of North America by the countries of Europe and the relationship between this exploration and aboriginal title. In his view, aboriginal title is the right of aboriginal people to land arising from the intersection of their pre-existing occupation of the land with the assertion of sovereignty over that land by various European nations. The substance and nature of aboriginal rights to land are determined by this intersection (at pp 572-74):

> On the discovery of this immense continent, the great nations of Europe were eager to appropriate to themselves so much of it as they could respectively acquire. Its vast extent offered an ample field to the ambition and enterprise of all; and the character and religion of its inhabitants afforded an apology for considering them as a people over whom the superior genius of Europe might claim an ascendency. The potentates of the old world found no difficulty in convincing themselves that they made ample compensation to the inhabitants of the

américaines rendues par le juge en chef Marshall. Bien que l'organisation constitutionnelle des États-Unis soit différente de celle du Canada et que le droit américain relatif aux autochtones ait évolué d'une manière propre, je suis d'accord avec le professeur Slattery quand il dit des décisions du juge Marshall qu'elles donnent [TRADUCTION] «une structure et une cohésion à un ensemble désorganisé et diffus de règles de droit coutumier basées sur les pratiques officielles», et quand il affirme que ces décisions sont «aussi pertinentes au Canada qu'aux États-Unis» — «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, à la p. 739. J'ajouterais simplement aux observations du professeur Slattery que, en raison des différences importantes qui existent entre le droit américain relatif aux autochtones et le droit canadien sur la question, l'intérêt de ces arrêts tient davantage aux principes généraux qui y sont énoncés qu'aux décisions spécifiques qui y sont prononcées.

Dans *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), première des décisions du juge Marshall sur le titre aborigène, la Cour suprême a statué que les terres des Indiens ne pouvaient être aliénées que par le gouvernement des États-Unis et non par les Indiens eux-mêmes. Dans sa décision (rédigée pour la cour), le juge en chef Marshall a fait l'historique de l'exploration de l'Amérique du Nord par les pays européens et établi le lien entre cette exploration et le titre aborigène. À son avis, le titre aborigène est le droit que possèdent les peuples autochtones sur le territoire et qui découle de l'intersection de leur occupation préexistante de ce territoire et de l'affirmation par les diverses nations européennes de leur souveraineté sur celui-ci. L'essence et la nature des droits fonciers ancestraux sont déterminées par cette intersection (aux pp. 572 à 574):

> [TRADUCTION] Lorsqu'elles ont découvert cet immense continent, les grandes nations européennes tenaient chacune à s'en approprier la plus grande partie possible. Dans ces vastes étendues, tous avaient amplement l'occasion de manifester leur ambition et leur esprit d'initiative; les caractères distinctifs et la religion des habitants du continent fournissaient une justification permettant de les considérer comme un peuple sur lequel le génie supérieur européen pouvait prétendre exercer un ascendant. Les potentats du vieux monde

1996 CanLII 216 (SCC)

36

new, by bestowing on them civilization and Christianity, in exchange for unlimited independence. But, as they were all in pursuit of nearly the same object, it was necessary, in order to avoid conflicting settlements, and consequent war with each other, to establish a principle, which all should acknowledge as the law by which the right of acquisition, which they all asserted, should be regulated as between themselves. This principle was, that discovery gave title to the government by whose subjects, or by whose authority, it was made, against all other European governments, which title might be consummated by possession.

The exclusion of all other Europeans, necessarily gave to the nation making the discovery the sole right of acquiring the soil from the natives, and establishing settlements upon it. It was a right with which no Europeans could interfere. It was a right which all asserted for themselves, and to the assertion of which, by others, all assented.

Those relations which were to exist between the discoverer and the natives, were to be regulated by themselves. The rights thus acquired being exclusive, no other power could interpose between them.

In the establishment of these relations, the rights of the original inhabitants were, in no instance, entirely disregarded; but were necessarily, to a considerable extent, impaired. They were admitted to be the rightful occupants of the soil, with a legal as well as just claim to retain possession of it, and to use it according to their own discretion; but their rights to complete sovereignty, as independent nations, were necessarily diminished, and their power to dispose of the soil at their own will, to whomsoever they pleased, was denied by the original fundamental principle, that discovery gave exclusive title to those who made it.

While the different nations of Europe respected the right of the natives, as occupants, they asserted the ultimate dominion to be in themselves; and claimed and exercised, as a consequence of this ultimate dominion, a power to grant the soil, while yet in possession of the natives. These grants have been understood by all, to convey a title to the grantees, subject only to the Indian right of occupancy. [Emphasis added.]

n'ont éprouvé aucune difficulté à se convaincre qu'ils compensaient amplement les habitants du nouveau continent en leur apportant la civilisation et le christianisme en échange de l'indépendance absolue. Mais, comme ces potentats étaient tous à la recherche du même objectif ou à peu près, il était nécessaire, en vue d'éviter les conflits de colonisation et les guerres qui s'ensuivraient, d'établir un principe que tous reconnaîtraient comme constituant le droit en vertu duquel le droit d'acquisition, qu'ils revendiquaient tous, devrait être régi entre eux. Ce principe était que la découverte conférait le titre au gouvernement dont les sujets avaient fait la découverte ou sous l'autorité duquel la découverte était faite, et ce titre qui était opposable à tous les autres gouvernements européens pouvait être rendu parfait par la possession.

L'exclusion de tous les autres pays européens conférait nécessairement à la nation qui faisait la découverte le droit exclusif d'acquérir les terres des aborigènes et d'y établir des colonies. Il s'agissait là d'un droit qu'aucun Européen ne pouvait entraver. C'est un droit que chacun faisait valoir pour lui-même, tout en le respectant quand il était affirmé par d'autres.

Les relations qui devaient exister entre découvreur et aborigènes devaient se régler entre eux. Les droits ainsi acquis étant exclusifs, aucun autre pouvoir ne pouvait s'interposer.

Dans l'établissement de ces relations, on n'a, en aucun cas, entièrement omis de tenir compte des droits des aborigènes; mais ces droits se sont trouvés nécessairement restreints dans une large mesure. On reconnaissait que les aborigènes étaient les occupants de plein droit des terres, et pouvaient juridiquement et légitimement demeurer en possession de celles-ci, et les utiliser à leur gré; mais leurs droits à la souveraineté complète, en leur qualité de nations indépendantes, ont été nécessairement diminués, et leur pouvoir de disposer des terres en faveur de n'importe qui a été nié en vertu du principe initial de base selon lequel la découverte conférait à ceux qui l'avait faite un titre exclusif.

Les différentes nations européennes respectaient le droit d'occupation des aborigènes, qu'ils pouvaient exercer à leur gré, mais elles revendiquaient la propriété suprême; elles revendiquaient et exerçaient, par suite de ce droit suprême, un pouvoir d'octroyer les terres, alors que celles-ci étaient encore en possession des aborigènes. Ces octrois ont été interprétés par tous comme accordant au cessionnaire un titre, sous réserve uniquement du droit d'occupation indien. [Je souligne.]

1996 CanLII 216 (SCC)

It is, similarly, the reconciliation of pre-existing aboriginal claims to the territory that now constitutes Canada, with the assertion of British sovereignty over that territory, to which the recognition and affirmation of aboriginal rights in s. 35(1) is directed.

In *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832) the U.S. Supreme Court invalidated the conviction under a Georgia statute of a non-Cherokee man for the offence of living on the territory of the Cherokee Nation. The court held that the law under which he was convicted was *ultra vires* the State of Georgia. In so doing the court considered the nature and basis of the Cherokee claims to the land and to governance over that land. Again, it based its judgment on its analysis of the origins of those claims which, it held, lay in the relationship between the pre-existing rights of the "ancient possessors" of North America and the assertion of sovereignty by European nations (at pp. 542-43 and 559):

America, separated from Europe by a wide ocean, was inhabited by a distinct people, divided into separate nations, independent of each other and of the rest of the world, having institutions of their own, and governing themselves by their own laws. It is difficult to comprehend the proposition, that the inhabitants of either quarter of the globe could have rightful original claims of dominion over the inhabitants of the other, or over the lands they occupied; or that the discovery of either by the other should give the discoverer rights in the country discovered, which annulled the pre-existing rights of its ancient possessors.

After lying concealed for a series of ages, the enterprise of Europe, guided by nautical science, conducted some of her adventurous sons into this western world. They found it in possession of a people who had made small progress in agriculture or manufactures, and whose general employment was war, hunting, and fishing.

Did these adventurers, by sailing along the coast, and occasionally landing on it, acquire for the several governments to whom they belonged, or by whom they were commissioned, a rightful property in the soil, from

De la même façon, la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux au par. 35(1) visent à concilier les droits préexistants des autochtones sur le territoire formant aujourd'hui le Canada avec l'affirmation de la souveraineté Britannique sur ce territoire.

Dans l'arrêt *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832), la Cour suprême des États-Unis a invalidé la déclaration de culpabilité qui avait été prononcée en vertu d'une loi de l'État de la Géorgie contre un non-Cherokee, parce qu'il avait habité sur le territoire de la nation cherokee. La cour a conclu que la loi en vertu de laquelle il avait été déclaré coupable outrepassait les pouvoirs de l'État de la Géorgie. Pour arriver à cette conclusion, elle a examiné la nature et le fondement des revendications des Cherokees quant à la propriété du territoire et à sa régie. Encore une fois, la cour a fondé son jugement sur son analyse des origines de ces revendications qui, selon elle, découlent du rapport entre les droits préexistants des «anciens possesseurs» de l'Amérique du Nord et l'affirmation de la souveraineté par les nations européennes (aux pp. 542, 543 et 559):

[TRADUCTION] L'Amérique, séparée de l'Europe par un vaste océan, était habitée par un peuple différent, divisé en nations distinctes, indépendantes l'une de l'autre et vis-à-vis du reste du monde; elles avaient leurs propres institutions et se gouvernaient elles-mêmes en vertu de leurs propres lois. Il est difficile de comprendre que les habitants d'une partie du globe pouvaient avoir des revendications originales légitimes de suprématie sur les habitants de l'autre ou sur les terres qu'ils occupaient; ou que celui qui découvrait des terres acquérait des droits sur le pays découvert, droits qui annulaient les droits préexistants de ceux qui en avaient antérieurement eu la possession.

Après être demeurée chez elle durant des siècles, l'Europe, guidée par la science nautique, a mené, grâce à son esprit d'entreprise, certains de ses fils aventuriers au nouveau monde. Ils ont trouvé celui-ci en la possession d'un peuple qui avait fait peu de progrès dans le domaine agricole ou industriel et qui passait le gros de leur temps à chasser, pêcher et guerroyer.

En naviguant le long de la côte et en mettant à l'occasion pied à terre, ces aventuriers ont-ils acquis, pour le compte des divers gouvernements auxquels ils appartenaient ou qui leur avaient donné une commission, la

37
1996 CanLII 216 (SCC)

the Atlantic to the Pacific; or rightful dominion over the numerous people who occupied it? Or has nature, or the great Creator of all things, conferred these rights over hunters and fishermen, on agriculturists and manufacturers?

But power, war, conquest, give rights, which, after possession, are conceded by the world; and which can never be controverted by those on whom they descend. We proceed, then, to the actual state of things, having glanced at their origin; because holding it in our recollection might shed some light on existing pretensions.

. . .

The Indian nations had always been considered as distinct, independent political communities, retaining their original natural rights, as the undisputed possessors of the soil, from time immemorial, with the single exception of that imposed by irresistible power, which excluded them from intercourse with any other European potentate than the first discoverer of the coast of the particular region claimed. [Emphasis added.]

Marshall C.J.'s essential insight that the claims of the Cherokee must be analyzed in light of their pre-existing occupation and use of the land — their "undisputed" possession of the soil "from time immemorial" — is as relevant for the identification of the interests s. 35(1) was intended to protect as it was for the adjudication of Worcester's claim.

38 The High Court of Australia has also considered the question of the basis and nature of aboriginal rights. Like that of the United States, Australia's aboriginal law differs in significant respects from that of Canada. In particular, in Australia the courts have not as yet determined whether aboriginal fishing rights exist, although such rights are recognized by statute: *Halsbury's Laws of Australia* (1991), vol. 1, paras. 5-2250, 5-2255, 5-2260 and 5-2265. Despite these relevant differences, the analysis of the basis of aboriginal title in the landmark decision of the High Court in *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1, is persuasive in the Canadian context.

propriété légitime des terres situées entre l'Atlantique et le Pacifique; ou ont-ils légitimement soumis les nombreux peuples qui occupaient celles-ci à leur autorité? Ou encore, la nature ou le grand créateur de toutes choses ont-ils conféré aux agriculteurs et industriels ces droits sur des chasseurs ou pêcheurs?

Mais la puissance, la guerre, la conquête, confèrent des droits qui, après la possession, sont reconnus par tous et qui ne peuvent jamais être contestés par ceux sur lesquels ils s'exercent. Nous passons à l'état actuel des choses après avoir jeté un coup d'œil sur leurs origines, le rappel de ces origines pouvant éclairer les prétentions actuelles.

. . .

Les nations indiennes avaient toujours été considérées comme des communautés politiques distinctes, indépendantes, conservant leurs droits naturels initiaux, parce qu'ils avaient la possession incontestée du sol, de temps immémorial, sous réserve seulement des droits imposés par la puissance irrésistible, qui leur interdisait tout rapport avec quelque potentat européen autre que le premier découvreur de la côte de la région particulière revendiquée. [Je souligne.]

L'idée essentielle du juge en chef Marshall que les revendications des Cherokees doivent être analysées en fonction de leur occupation et utilisation préexistantes du territoire — leur possession «incontestée» du territoire, «de temps immémorial» — est aussi pertinente pour identifier les intérêts que le par. 35(1) vise à protéger qu'elle l'était pour statuer sur les prétentions de Worcester.

La Haute Cour d'Australie a elle aussi étudié la question du fondement et de la nature des droits ancestraux. Comme aux États-Unis, le droit relatif aux autochtones en Australie diffère sous des aspects importants du droit canadien. En particulier, les tribunaux australiens ne se sont pas encore prononcés sur l'existence de droits de pêche ancestraux, quoique ces droits soient reconnus par la loi: *Halsbury's Laws of Australia* (1991), vol. 1, par. 5-2250, 5-2255, 5-2260 et 5-2265. Malgré ces différences importantes, l'analyse du fondement du titre aborigène qui est faite dans l'arrêt de principe de la Haute Cour *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1, est convaincante dans le contexte canadien.

1996 CanLII 216 (SCC)

The *Mabo* judgment resolved the dispute between the Meriam people and the Crown regarding who had title to the Murray Islands. The islands had been annexed to Queensland in 1879 but were reserved for the native inhabitants (the Meriam) in 1882. The Crown argued that this annexation was sufficient to vest absolute ownership of the lands in the Crown. The High Court disagreed, holding that while the annexation did vest radical title in the Crown, it was insufficient to eliminate a claim for native title; the court held at pp. 50-51 that native title can exist as a burden on the radical title of the Crown: "there is no reason why land within the Crown's territory should not continue to be subject to native title. It is only the fallacy of equating sovereignty and beneficial ownership of land that gives rise to the notion that native title is extinguished by the acquisition of sovereignty".

From this premise, Brennan J., writing for a majority of the Court, went on at p. 58 to consider the nature and basis of aboriginal title:

> Native title has its origin in and is given its content by the traditional laws acknowledged by and the traditional customs observed by the indigenous inhabitants of a territory. The nature and incidents of native title must be ascertained as a matter of fact by reference to those laws and customs. The ascertainment may present a problem of considerable difficulty, as Moynihan J. perceived in the present case. It is a problem that did not arise in the case of a settled colony so long as the fictions were maintained that customary rights could not be reconciled "with the institutions or the legal ideas of civilized society", *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C., at p. 233, that there was no law before the arrival of the British colonists in a settled colony and that there was no sovereign law-maker in the territory of a settled colony before sovereignty was acquired by the Crown. These fictions denied the possibility of a native title recognized by our laws. But once it is acknowledged that an inhabited territory which became a settled colony was no more a legal desert than it was "desert uninhabited" in fact, it is necessary to ascertain by evidence the nature and incidents of native title. [Emphasis added.]

L'arrêt *Mabo* a réglé le différend entre les Meriams et Sa Majesté concernant le titre sur les îles Murray. Ces îles avaient été annexées au Queensland en 1879, mais réservées aux aborigènes (les Meriams) en 1882. Sa Majesté a soutenu que cette annexion suffisait pour lui conférer la propriété absolue des terres. La Haute Cour a exprimé son désaccord, statuant que même si l'annexion avait effectivement conféré un titre absolu à Sa Majesté elle était insuffisante pour écarter la revendication d'un titre aborigène. La cour a conclu, aux pp. 50 et 51, que le titre aborigène peut exister à titre de charge grevant le titre absolu de Sa Majesté: [TRADUCTION] «il n'y a aucune raison pour que des terres comprises dans le territoire de Sa Majesté ne continuent pas d'être assujetties au titre aborigène. La notion que le titre aborigène est éteint par l'acquisition de la souveraineté procède du raisonnement faux qui assimile souveraineté et propriété bénéficiaire des terres».

À partir de cette prémisse, le juge Brennan, qui a rédigé les motifs de la majorité, a poursuivi, à la p. 58, en analysant la nature et le fondement du titre aborigène:

> [TRADUCTION] Le titre aborigène tire son origine et son contenu des coutumes et des lois traditionnelles observées et reconnues par les habitants autochtones d'un territoire. La nature et les attributs du titre aborigène doivent être déterminés en tant que question de fait, eu égard à ces coutumes et à ces lois. Cette tâche peut présenter des difficultés considérables, comme l'a fait remarquer le juge Moynihan dans le présent cas. C'est un problème qui ne s'est pas posé dans le cas d'une colonie tant qu'ont été maintenues les fictions selon lesquelles les droits fondés sur la coutume ne pouvaient pas être conciliés «avec les institutions ou les conceptions juridiques des sociétés civilisées», *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C., à la p. 233, qu'il n'existait aucune loi avant l'arrivée des colons britanniques et qu'il n'y avait aucun législateur souverain dans le territoire d'une colonie avant l'affirmation de la souveraineté par Sa Majesté. Ces fictions ont empêché la reconnaissance d'un titre aborigène dans nos lois. Mais dès l'instant où il est reconnu qu'un territoire habité, devenu une colonie, n'était pas davantage un désert au sens de la loi qu'il n'était dans les faits un «désert», il est nécessaire de déterminer, selon la preuve, la nature et les attributs du titre aborigène. [Je souligne.]

1996 CanLII 216 (SCC)

This position is the same as that being adopted here. "Traditional laws" and "traditional customs" are those things passed down, and arising, from the pre-existing culture and customs of aboriginal peoples. The very meaning of the word "tradition" — that which is "handed down [from ancestors] to posterity", *The Concise Oxford Dictionary* (9th ed. 1995), — implies these origins for the customs and laws that the Australian High Court in *Mabo* is asserting to be relevant for the determination of the existence of aboriginal title. To base aboriginal title in traditional laws and customs, as was done in *Mabo*, is, therefore, to base that title in the pre-existing societies of aboriginal peoples. This is the same basis as that asserted here for aboriginal rights.

Cette position est identique à celle qui est adoptée dans le présent pourvoi. Les «coutumes traditionnelles» et les «lois traditionnelles» sont ces choses qui sont transmises de génération en génération et qui émanent de la culture et des coutumes préexistantes des peuples autochtones. Le sens même du mot «*tradition*» — ce qui est [TRADUCTION] «transmis [par les ancêtres] à leurs descendants», *The Concise Oxford Dictionary* (9e éd. 1995) — suppose, dans le cas des coutumes et des lois, les origines que la Haute Cour d'Australie dans *Mabo* déclarent pertinentes pour la détermination de l'existence du titre aborigène. Baser le titre aborigène sur les lois et les coutumes traditionnelles, comme l'a fait la cour dans l'arrêt *Mabo*, revient donc à fonder ce titre dans les sociétés préexistantes des peuples autochtones. Il s'agit du même fondement que celui qui est avancé en l'espèce pour les droits ancestraux.

1996 CanLII 216 (SCC)

41 Academic commentators have also been consistent in identifying the basis and foundation of the s. 35(1) claims of aboriginal peoples in aboriginal occupation of North America prior to the arrival of Europeans. As Professor David Elliott, at p. 25, puts it in his compilation *Law and Aboriginal Peoples of Canada* (2nd ed. 1994), the "prior aboriginal presence is at the heart of the concept of aboriginal rights". Professor Macklem has, while also considering other possible justifications for the recognition of aboriginal rights, described prior occupancy as the "familiar" justification for aboriginal rights, arising from the "straightforward conception of fairness which suggests that, all other things being equal, a prior occupant of land possesses a stronger claim to that land than subsequent arrivals": Patrick Macklem, "Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government" (1995), 21 *Queen's L.J.* 173, at p. 180. Finally, I would note the position of Professor Pentney who has described aboriginal rights as collective rights deriving "their existence from the common law's recognition of [the] prior social organization" of aboriginal peoples: William Pentney, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II —

Les commentateurs universitaires ont constamment indiqué que les droits des peuples autochtones visés au par. 35(1) tiraient leur origine et leur fondement de l'occupation de l'Amérique du Nord par les autochtones avant l'arrivée des Européens. Comme le dit le professeur David Elliott, à la p. 25 de son recueil *Law and Aboriginal Peoples of Canada* (2e éd. 1994) la [TRADUCTION] «présence antérieure des autochtones est au cœur du concept des droits ancestraux». Le professeur Macklem, tout en examinant aussi d'autres justifications possibles pour la reconnaissance des droits ancestraux, a décrit l'occupation antérieure comme étant la justification [TRADUCTION] «usuelle» des droits ancestraux, qui découle de la «conception simple de l'équité selon laquelle, toutes choses égales d'ailleurs, le premier occupant d'un territoire possède sur celui-ci un droit supérieur à faire valoir que ceux qui arrivent plus tard»: Patrick Macklem, «Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government» (1995), 21 *Queen's L.J.* 173, à la p. 180. Finalement, je tiens à souligner la position du professeur Pentney, qui a décrit les droits ancestraux comme étant des droits collectifs tirant [TRADUCTION] «leur existence de la reconnaissance en common law de l'organisation sociale antérieure» des peuples autochtones: William Pentney,

Section 35: The Substantive Guarantee" (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207, at p. 258.

I would note that the legal literature also supports the position that s. 35(1) provides the constitutional framework for reconciliation of the preexistence of distinctive aboriginal societies occupying the land with Crown sovereignty. In his comment on *Delgamuukw v. British Columbia* ("British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*" (1992), 17 *Queen's L.J.* 350), Mark Walters suggests at pp. 412-13 that the essence of aboriginal rights is their bridging of aboriginal and non-aboriginal cultures:

> The challenge of defining aboriginal rights stems from the fact that they are rights peculiar to the meeting of two vastly dissimilar legal cultures; consequently there will always be a question about which legal culture is to provide the vantage point from which rights are to be defined. . . . a morally and politically defensible conception of aboriginal rights will incorporate both legal perspectives. [Emphasis added.]

Similarly, Professor Slattery has suggested that the law of aboriginal rights is "neither English nor aboriginal in origin: it is a form of intersocietal law that evolved from long-standing practices linking the various communities" (Brian Slattery, "The Legal Basis of Aboriginal Title", in Frank Cassidy, ed., *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen* (1992), at pp. 120-21) and that such rights concern "the status of native peoples living under the Crown's protection, and the position of their lands, customary laws, and political institutions" ("Understanding Aboriginal Rights", *supra*, at p. 737).

The Canadian, American and Australian jurisprudence thus supports the basic proposition put forward at the beginning of this section: the aboriginal rights recognized and affirmed by

«The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee» (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207, à la p. 258.

42 Je signale également que la littérature juridique appuie aussi la thèse selon laquelle le par. 35(1) fournit le cadre constitutionnel permettant de concilier la souveraineté de Sa Majesté avec la préexistence de sociétés autochtones distinctives occupant le territoire. Dans son commentaire sur l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* («British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*» (1992), 17 *Queen's L.J.* 350), Mark Walters émet l'avis, aux pp. 412 et 413, que l'essence des droits ancestraux est que ceux-ci établissent un rapprochement entre les cultures autochtones et non autochtones:

> [TRADUCTION] La difficulté que pose la définition des droits ancestraux tient au fait que ce sont des droits particuliers à la rencontre de deux cultures juridiques extrêmement dissemblables; par conséquent, il faudra toujours se demander à partir de laquelle de ces cultures les droits doivent être définis [. . .] une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera ces deux points de vue juridiques. [Je souligne.]

De même, le professeur Slattery a avancé que le droit relatif aux droits ancestraux n'est [TRADUCTION] «ni d'origine anglaise, ni d'origine autochtone: il s'agit d'une forme de droit intersociétal, découlant de l'évolution de pratiques de longue date liant les diverses collectivités» (Brian Slattery, «The Legal Basis of Aboriginal Title» dans Frank Cassidy, dir., *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen* (1992), aux pp. 120 et 121) et que ces droits concernent [TRADUCTION] «le statut des peuples autochtones vivant sous la protection de Sa Majesté, ainsi que la place faite à leurs terres, à leurs règles de droit coutumier et à leurs institutions politiques» («Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, à la p. 737).

43 La jurisprudence et la doctrine canadiennes, américaines et australiennes étayent donc la thèse fondamentale suivante, avancée au début de la présente section: la meilleure façon de décrire les

1996 CanLII 216 (SCC)

s. 35(1) are best understood as, first, the means by which the Constitution recognizes the fact that prior to the arrival of Europeans in North America the land was already occupied by distinctive aboriginal societies, and as, second, the means by which that prior occupation is reconciled with the assertion of Crown sovereignty over Canadian territory. The content of aboriginal rights must be directed at fulfilling both of these purposes; the next section of the judgment, as well as that which follows it, will attempt to accomplish this task.

droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) est de dire qu'ils sont, premièrement, le moyen par lequel la Constitution reconnaît le fait qu'avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord le territoire était déjà occupé par des sociétés autochtones distinctives, et, deuxièmement, le moyen de concilier cette occupation antérieure avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur le territoire canadien. Le contenu des droits ancestraux doit viser la réalisation de ces deux objets. Dans la prochaine partie du jugement, ainsi que dans celle qui suivra, c'est la tâche que l'on tente d'accomplir.

The Test for Identifying Aboriginal Rights in Section 35(1)

Le critère d'identification des droits ancestraux visés au par. 35(1)

44 In order to fulfil the purpose underlying s. 35(1) — i.e., the protection and reconciliation of the interests which arise from the fact that prior to the arrival of Europeans in North America aboriginal peoples lived on the land in distinctive societies, with their own practices, customs and traditions — the test for identifying the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) must be directed at identifying the crucial elements of those pre-existing distinctive societies. It must, in other words, aim at identifying the practices, traditions and customs central to the aboriginal societies that existed in North America prior to contact with the Europeans.

Pour réaliser l'objet qui sous-tend le par. 35(1) — c'est-à-dire la protection et la conciliation des intérêts découlant du fait que, avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord, les peuples autochtones vivaient en sociétés distinctives, possédant leurs propres coutumes, pratiques et traditions —, le critère d'identification des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doit viser à reconnaître les éléments fondamentaux de ces sociétés distinctives préexistantes. Autrement dit, ce critère doit tendre à identifier les coutumes, pratiques et traditions fondamentales des sociétés autochtones qui existaient en Amérique du Nord avant le contact avec les Européens.

45 In *Sparrow*, *supra*, this Court did not have to address the scope of the aboriginal rights protected by s. 35(1); however, in their judgment at p. 1099 Dickson C.J. and La Forest J. identified the Musqueam right to fish for food in the fact that:

Dans l'arrêt *Sparrow*, précité, notre Cour n'a pas eu à étudier la portée des droits ancestraux protégés par le par. 35(1). Toutefois, dans leur jugement, à la p. 1099, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont dégagé le droit des Musqueams de pêcher à des fins alimentaires du fait suivant:

> The anthropological evidence relied on to establish the existence of the right suggests that, for the Musqueam, the salmon fishery has always constituted an integral part of their distinctive culture. Its significant role involved not only consumption for subsistence purposes, but also consumption of salmon on ceremonial and social occasions. The Musqueam have always fished for reasons connected to their cultural and physical survival. [Emphasis added.]

> D'après la preuve anthropologique produite pour établir l'existence de ce droit, la pêche au saumon a toujours fait partie intégrante de la culture distinctive des Musqueams. Le rôle important qu'elle joue ne se résume pas à la consommation à des fins de subsistance, mais il comprend également la consommation de saumon dans le cadre d'activités rituelles et sociales. Les Musqueams ont toujours pêché pour des raisons liées à leur survie culturelle et matérielle. [Je souligne.]

1996 CanLII 216 (SCC)

The suggestion of this passage is that participation in the salmon fishery is an aboriginal right because it is an "integral part" of the "distinctive culture" of the Musqueam. This suggestion is consistent with the position just adopted; identifying those practices, customs and traditions that are integral to distinctive aboriginal cultures will serve to identify the crucial elements of the distinctive aboriginal societies that occupied North America prior to the arrival of Europeans.

L'idée qui ressort de ce passage est que la participation à la pêche au saumon est un droit ancestral parce que cette activité fait «partie intégrante» de la «culture distinctive» des Musqueams. Cette idée est compatible avec la position qui vient d'être adoptée; le fait de déterminer les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante des cultures autochtones distinctives permettra d'identifier les éléments fondamentaux des sociétés autochtones distinctives qui occupaient l'Amérique du Nord avant l'arrivée des Européens.

In light of the suggestion of *Sparrow*, *supra*, and the purposes underlying s. 35(1), the following test should be used to identify whether an applicant has established an aboriginal right protected by s. 35(1): in order to be an aboriginal right an activity must be an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right.

46 À la lumière de l'idée exprimée dans *Sparrow*, précité, et des objets qui sous-tendent le par. 35(1), le critère suivant devrait être appliqué pour déterminer si le demandeur a établi l'existence d'un droit ancestral protégé par le par. 35(1): pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question.

I would note that this test is, in large part, consistent with that adopted by the judges of the British Columbia Court of Appeal. Although the various judges disagreed on such crucial questions as how the right should be framed, the relevant time at which the aboriginal culture should be examined and the role of European influences in limiting the scope of the right, all of the judges agreed that aboriginal rights must be identified through the practices, customs and traditions of aboriginal cultures. Macfarlane J.A. held at para. 20 that aboriginal rights exist where "the right had been exercised . . . for a sufficient length of time to become integral to the aboriginal society" (emphasis added); Wallace J.A. held at para. 78 that aboriginal rights are those practices "traditional and integral to the native society" (emphasis added); Lambert J.A. held at para. 131 that aboriginal rights are those "custom[s], tradition[s], or practice[s] . . . which formed an integral part of the distinctive culture of the aboriginal people in question" (emphasis added). While, as will become apparent, I do not adopt entirely the position of any of the judges at the Court of Appeal, their shared position that aboriginal rights lie in those practices,

47 Je tiens à souligner que ce critère est, dans une large mesure, conforme à celui adopté par les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Quoique ceux-ci n'aient pas tous été d'accord sur des questions cruciales telles que la manière de formuler ce droit, la période pertinente pour l'examen de la culture autochtone et le rôle des influences européennes dans la limitation de la portée de ce droit, ils ont par ailleurs tous été d'accord pour dire que les droits ancestraux doivent être identifiés au moyen des coutumes, pratiques et traditions des cultures autochtones. Le juge Macfarlane a conclu, au par. 20, que des droits ancestraux existent lorsqu'ils [TRADUCTION] «sont exercés [. . .] depuis assez longtemps pour être devenus partie intégrante de la société autochtone» (je souligne). Pour sa part, le juge Wallace a statué, au par. 78, que les droits ancestraux sont les pratiques [TRADUCTION] «traditionnelles faisant partie intégrante de la société autochtone» (je souligne). Le juge Lambert a affirmé, au par. 131, que les droits ancestraux sont [TRADUCTION] «les coutume[s], pratique[s] et tradition[s . . .] qui faisaient partie intégrante de la culture distinctive du peuple autochtone en question» (je souligne). Même si,

1996 CanLII 216 (SCC)

customs and traditions that are integral is consistent with the test I have articulated here.

Factors to be Considered in Application of the Integral to a Distinctive Culture Test

48 The test just laid out — that aboriginal rights lie in the practices, customs and traditions integral to the distinctive cultures of aboriginal peoples — requires further elaboration with regards to the nature of the inquiry a court faced with an aboriginal rights claim must undertake. I will now undertake such an elaboration, concentrating on such questions as the time period relevant to the court's inquiry, the correct approach to the evidence presented, the specificity necessary to the court's inquiry, the relationship between aboriginal rights and the rights of aboriginal people as Canadian citizens, and the standard that must be met in order for a practice, custom or tradition to be said to be "integral".

Courts must take into account the perspective of aboriginal peoples themselves

49 In assessing a claim for the existence of an aboriginal right, a court must take into account the perspective of the aboriginal people claiming the right. In *Sparrow*, *supra*, Dickson C.J. and La Forest J. held, at p. 1112, that it is "crucial to be sensitive to the aboriginal perspective itself on the meaning of the rights at stake". It must also be recognized, however, that that perspective must be framed in terms cognizable to the Canadian legal and constitutional structure. As has already been noted, one of the fundamental purposes of s. 35(1) is the reconciliation of the pre-existence of distinctive aboriginal societies with the assertion of Crown sovereignty. Courts adjudicating aboriginal rights claims must, therefore, be sensitive to the aboriginal perspective, but they must also be aware

comme cela deviendra manifeste, je n'adopte pas entièrement la position de l'un ou l'autre des juges de la Cour d'appel, leur position commune que les droits ancestraux résident dans les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante de la culture en cause est compatible avec le critère que j'ai énoncé en l'espèce.

Facteurs à prendre en considération dans l'application du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive

Il convient de préciser davantage le critère énoncé plus haut — savoir que les droits ancestraux résident dans les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante des cultures distinctives des peuples autochtones — pour ce qui concerne la nature de l'examen que doit faire le tribunal saisi de la revendication de droits ancestraux. Je vais maintenant donner ces précisions, en me concentrant sur des questions telles que la période pertinente pour cet examen, la bonne façon d'apprécier la preuve présentée, le caractère spécifique de l'examen du tribunal, le rapport entre les droits ancestraux et les droits des autochtones en tant que citoyens canadiens et, enfin, la norme à laquelle une coutume, une pratique ou une tradition doit satisfaire pour être considérée comme une «partie intégrante».

Les tribunaux doivent tenir compte du point de vue des autochtones eux-mêmes

Dans son appréciation d'une revendication invoquant l'existence d'un droit ancestral, le tribunal doit tenir compte du point de vue des autochtones qui revendiquent ce droit. Dans *Sparrow*, précité, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont décidé, à la p. 1112, qu'il est «crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause». Toutefois, il faut également reconnaître que ce point de vue doit être exprimé d'une manière compatible avec l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada. Comme il a déjà été signalé, un des objets fondamentaux du par. 35(1) est la conciliation de la préexistence de sociétés autochtones distinctives avec l'affirmation de la souveraineté de Sa Majesté. Les tribunaux appelés à statuer sur des

1996 CanLII 216 (SCC)

that aboriginal rights exist within the general legal system of Canada. To quote again Walters, at p. 413: "a morally and politically defensible conception of aboriginal rights will incorporate both [aboriginal and non-aboriginal] legal perspectives". The definition of an aboriginal right must, if it is truly to reconcile the prior occupation of Canadian territory by aboriginal peoples with the assertion of Crown sovereignty over that territory, take into account the aboriginal perspective, yet do so in terms which are cognizable to the non-aboriginal legal system.

It is possible, of course, that the Court could be said to be "reconciling" the prior occupation of Canada by aboriginal peoples with Crown sovereignty through either a narrow or broad conception of aboriginal rights; the notion of "reconciliation" does not, in the abstract, mandate a particular content for aboriginal rights. However, the only fair and just reconciliation is, as Walters suggests, one which takes into account the aboriginal perspective while at the same time taking into account the perspective of the common law. True reconciliation will, equally, place weight on each.

Courts must identify precisely the nature of the claim being made in determining whether an aboriginal claimant has demonstrated the existence of an aboriginal right

Related to this is the fact that in assessing a claim to an aboriginal right a court must first identify the nature of the right being claimed; in order to determine whether a claim meets the test of being integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right, the court must first correctly determine what it is that is being claimed. The correct characterization of the appellant's claim is of importance because whether or not the evidence supports the appellant's claim will depend, in significant part, on what, exactly, that evidence is being called to support.

revendications de droits ancestraux doivent donc se montrer ouverts au point de vue des autochtones, tout en étant conscients que les droits ancestraux existent dans les limites du système juridique canadien. Pour citer de nouveau Mark Walters, à la p. 413: [TRADUCTION] «une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera les deux points de vue juridiques [autochtone et non autochtone]». Pour concilier véritablement l'occupation antérieure du territoire canadien par les peuples autochtones avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur celui-ci, un droit ancestral doit être défini d'une manière qui, tout en tenant compte du point de vue des autochtones, soit néanmoins compatible avec le système juridique non autochtone.

Évidemment, il est possible que l'on dise que la Cour «concilie» l'occupation antérieure du pays par les peuples autochtones avec la souveraineté de Sa Majesté suivant une conception soit restrictive, soit libérale des droits ancestraux; la notion de «conciliation» ne commande pas, dans l'abstrait, que l'on donne un contenu particulier aux droits ancestraux. Cela dit, toutefois, la seule façon juste et équitable de faire cette conciliation est, comme le propose Mark Walters, de tenir compte à la fois du point de vue des autochtones et de la common law. La conciliation véritable accorde, également, de l'importance à chacun de ces éléments.

Les tribunaux doivent déterminer avec précision la nature de la revendication en cause lorsqu'il décide si le requérant autochtone a établi l'existence d'un droit ancestral

Se rattache à cette question le fait que, dans l'appréciation de la revendication d'un droit ancestral, le tribunal doit d'abord déterminer la nature du droit revendiqué. Pour juger si une revendication satisfait au critère de la partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique ce droit, le tribunal doit d'abord délimiter correctement ce qui est revendiqué. Il est important de bien caractériser la revendication de l'appelante, car la réponse à la question de savoir si la preuve étaye sa revendication dépend, dans une large mesure, de la nature précise de ce que la preuve vise à établir.

1996 CanLII 216 (SCC)

52 I would note here by way of illustration that, in my view, both the majority and the dissenting judges in the Court of Appeal erred with respect to this aspect of the inquiry. The majority held that the appellant's claim was that the practice of selling fish "on a commercial basis" constituted an aboriginal right and, in part, rejected her claim on the basis that the evidence did not support the existence of such a right. With respect, this characterization of the appellant's claim is in error; the appellant's claim was that the practice of selling fish was an aboriginal right, not that selling fish "on a commercial basis" was. It was however, equally incorrect to adopt, as Lambert J.A. did, a "social" test for the identification of the practice, tradition or custom constituting the aboriginal right. The social test casts the aboriginal right in terms that are too broad and in a manner which distracts the court from what should be its main focus — the nature of the aboriginal community's practices, customs or traditions themselves. The nature of an applicant's claim must be delineated in terms of the particular practice, custom or tradition under which it is claimed; the significance of the practice, custom or tradition to the aboriginal community is a factor to be considered in determining whether the practice, custom or tradition is integral to the distinctive culture, but the significance of a practice, custom or tradition cannot, itself, constitute an aboriginal right.

Je ferai remarquer ici, à titre d'exemple, qu'à mon sens tant les juges de la majorité que les dissidents en Cour d'appel ont fait erreur sur cet aspect de l'examen. Les juges de la majorité ont conclu que l'appelante soutenait que la pratique consistant à vendre du poisson «commercialement» constituait un droit ancestral, et ils ont en partie rejeté sa revendication pour le motif que la preuve n'appuyait pas l'existence d'un tel droit. Avec égards, cette caractérisation de la revendication de l'appelante est erronée. L'appelante prétendait que la pratique qui consiste à vendre du poisson est un droit ancestral, et non que le fait de vendre «commercialement» du poisson est un tel droit. Toutefois, il était tout aussi inexact d'adopter, comme l'a fait le juge Lambert, un critère «social» afin d'identifier la coutume, pratique ou tradition qui constitue le droit ancestral. Le critère social a pour effet de décrire le droit ancestral dans des termes trop larges et d'une façon qui éloigne le tribunal de ce qui doit être l'aspect principal de son examen — la nature des coutumes, pratiques ou traditions mêmes de la collectivité autochtone. La nature de la revendication du demandeur doit être définie en fonction de la coutume, pratique ou tradition particulière invoquée au soutien de celle-ci. L'importance de la coutume, pratique ou tradition pour la collectivité autochtone est un facteur qui doit être pris en considération pour décider si cette coutume, pratique ou tradition fait partie intégrante de la culture distinctive, mais l'importance d'une coutume, pratique ou tradition ne peut, en soi, faire de celle-ci un droit ancestral.

53 To characterize an applicant's claim correctly, a court should consider such factors as the nature of the action which the applicant is claiming was done pursuant to an aboriginal right, the nature of the governmental regulation, statute or action being impugned, and the practice, custom or tradition being relied upon to establish the right. In this case, therefore, the Court will consider the actions which led to the appellant's being charged, the fishery regulation under which she was charged and the practices, customs and traditions she invokes in support of her claim.

Pour bien caractériser la revendication du demandeur, le tribunal doit tenir compte de facteurs tels que la nature de l'acte qui, d'affirmer le demandeur, a été accompli en vertu d'un droit ancestral, la nature du règlement, de la loi ou de l'autre mesure gouvernementale contestée, ainsi que la coutume, pratique ou tradition invoquée pour établir l'existence du droit. Par conséquent, dans la présente espèce, notre Cour prendra en considération les actes qui ont conduit à l'inculpation de l'appelante, le règlement de pêche en vertu duquel elle a été inculpée et les coutumes, pratiques et traditions qu'elle invoque à l'appui de sa revendication.

1996 CanLII 216 (SCC)

It should be acknowledged that a characterization of the nature of the appellant's claim from the actions which led to her being charged must be undertaken with some caution. In order to inform the court's analysis the activities must be considered at a general rather than at a specific level. Moreover, the court must bear in mind that the activities may be the exercise in a modern form of a practice, custom or tradition that existed prior to contact, and should vary its characterization of the claim accordingly.

Il convient de reconnaître qu'il faut faire preuve de prudence en caractérisant la revendication de l'appelante à partir des actes qui ont conduit à son inculpation. Pour se guider dans son analyse, le tribunal doit examiner ces activités d'un point de vue général et non spécifique. De plus, le tribunal ne doit pas perdre de vue qu'il est possible que les activités en question soient l'exercice, sous une forme contemporaine, d'une coutume, pratique ou tradition qui existait avant le contact avec les Européens, auquel cas il doit adapter sa caractérisation de la revendication en conséquence.

In order to be integral a practice, custom or tradition must be of central significance to the aboriginal society in question

Pour faire partie intégrante d'une culture distinctive, une coutume, pratique ou tradition doit avoir une importance fondamentale pour la société autochtone concernée

To satisfy the integral to a distinctive culture test the aboriginal claimant must do more than demonstrate that a practice, custom or tradition was an aspect of, or took place in, the aboriginal society of which he or she is a part. The claimant must demonstrate that the practice, custom or tradition was a central and significant part of the society's distinctive culture. He or she must demonstrate, in other words, that the practice, custom or tradition was one of the things which made the culture of the society distinctive — that it was one of the things that truly made the society what it was.

Pour satisfaire au critère de l'élément faisant partie intégrante d'une culture distinctive, le demandeur autochtone doit non seulement démontrer qu'une coutume, pratique ou tradition était un aspect de la société autochtone à laquelle il appartient ou qu'elle y était exercée, mais en outre qu'elle était un élément fondamental et important de la culture distinctive de cette société. Autrement dit, il doit établir que la coutume, pratique ou tradition était l'une des choses qui rendaient la culture de la société distinctive — que c'était l'une des choses qui véritablement faisait de la société ce qu'elle était.

This aspect of the integral to a distinctive culture test arises from fact that aboriginal rights have their basis in the prior occupation of Canada by distinctive aboriginal societies. To recognize and affirm the prior occupation of Canada by distinctive aboriginal societies it is to what makes those societies distinctive that the court must look in identifying aboriginal rights. The court cannot look at those aspects of the aboriginal society that are true of every human society (e.g., eating to survive), nor can it look at those aspects of the aboriginal society that are only incidental or occasional to that society; the court must look instead to the defining and central attributes of the aboriginal society in question. It is only by focusing on the aspects of the aboriginal society that make that society distinctive that the definition of aboriginal

Cet aspect du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive découle du fait que les droits ancestraux sont fondés sur l'occupation antérieure du Canada par des sociétés autochtones distinctives. Pour reconnaître et confirmer l'occupation antérieure du pays par des sociétés autochtones distinctives, le tribunal doit, dans l'identification des droits ancestraux, s'attacher à ce qui rend ces sociétés distinctives. Il ne peut tenir compte des aspects de la société autochtone qui sont communs à toutes les sociétés humaines (p. ex. le fait de manger pour survivre), ni des aspects de la société autochtone qui n'ont qu'un caractère secondaire ou occasionnel; le tribunal doit plutôt s'attacher aux attributs fondamentaux de la société autochtone concernée, qui la définissent. Ce n'est que si elle s'attache aux aspects de la

1996 CanLII 216 (SCC)

rights will accomplish the purpose underlying s. 35(1).

57 Moreover, the aboriginal rights protected by s. 35(1) have been said to have the purpose of reconciling pre-existing aboriginal societies with the assertion of Crown sovereignty over Canada. To reconcile aboriginal societies with Crown sovereignty it is necessary to identify the distinctive features of those societies; it is precisely those distinctive features which need to be acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown.

58 As was noted earlier, Lambert J.A. erred when he used the significance of a practice, custom or tradition as a means of identifying what the practice, custom or tradition is; however, he was correct to recognize that the significance of the practice, custom or tradition is important. The significance of the practice, custom or tradition does not serve to identify the nature of a claim of acting pursuant to an aboriginal right; however, it is a key aspect of the court's inquiry into whether a practice, custom or tradition has been shown to be an integral part of the distinctive culture of an aboriginal community. The significance of the practice, custom or tradition will inform a court as to whether or not that practice, custom or tradition can be said to be truly integral to the distinctive culture in question.

59 A practical way of thinking about this problem is to ask whether, without this practice, custom or tradition, the culture in question would be fundamentally altered or other than what it is. One must ask, to put the question affirmatively, whether or not a practice, custom or tradition is a defining feature of the culture in question.

The practices, customs and traditions which constitute aboriginal rights are those which have continuity with the practices, customs and traditions that existed prior to contact

60 The time period that a court should consider in identifying whether the right claimed meets the

société autochtone qui rendent celle-ci distinctive que la définition des droits ancestraux permettra la réalisation de l'objet qui sous-tend le par. 35(1).

Qui plus est, les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) ont pour objet, a-t-on affirmé, de concilier les sociétés autochtones préexistantes avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur le Canada. Pour ce faire, il est nécessaire d'identifier les caractéristiques distinctives de ces sociétés, car ce sont précisément ces caractéristiques distinctives qui doivent être reconnues et conciliées avec la souveraineté de Sa Majesté.

Comme il a été indiqué précédemment, le juge Lambert a commis une erreur en se servant de l'importance d'une coutume, pratique ou tradition comme moyen d'identifier cette coutume, pratique ou tradition. Toutefois, il a eu raison de reconnaître que l'importance de la coutume, pratique ou tradition est un facteur clé. L'importance de la coutume, pratique ou tradition ne sert pas à identifier la nature de la prétention du demandeur qu'il a agi en vertu d'un droit ancestral. Cependant, il s'agit d'un aspect essentiel de l'examen du tribunal sur la question de savoir si la preuve établit qu'une coutume, pratique ou tradition fait partie intégrante de la culture distinctive d'une collectivité autochtone. L'importance de la coutume, pratique ou tradition guidera le tribunal dans son analyse de la question de savoir s'il est possible d'affirmer qu'elle fait vraiment partie intégrante de la culture distinctive en cause.

Une façon pratique d'aborder ce problème est de se demander si, sans cette coutume, pratique ou tradition, la culture en cause serait fondamentalement modifiée ou différente. Reformulée affirmativement, cette question consiste à se demander si la coutume, pratique ou tradition est une caractéristique déterminante de la culture en cause.

Constituent des droits ancestraux les coutumes, pratiques et traditions qui marquent la continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens

La période que doit prendre en considération le tribunal pour décider si le droit revendiqué satisfait

1996 CanLII 216 (SCC)

standard of being integral to the aboriginal community claiming the right is the period prior to contact between aboriginal and European societies. Because it is the fact that distinctive aboriginal societies lived on the land prior to the arrival of Europeans that underlies the aboriginal rights protected by s. 35(1), it is to that pre-contact period that the courts must look in identifying aboriginal rights.

The fact that the doctrine of aboriginal rights functions to reconcile the existence of pre-existing aboriginal societies with the sovereignty of the Crown does not alter this position. Although it is the sovereignty of the Crown that the pre-existing aboriginal societies are being reconciled with, it is to those pre-existing societies that the court must look in defining aboriginal rights. It is not the fact that aboriginal societies existed prior to Crown sovereignty that is relevant; it is the fact that they existed prior to the arrival of Europeans in North America. As such, the relevant time period is the period prior to the arrival of Europeans, not the period prior to the assertion of sovereignty by the Crown.

That this is the relevant time should not suggest, however, that the aboriginal group claiming the right must accomplish the next to impossible task of producing conclusive evidence from pre-contact times about the practices, customs and traditions of their community. It would be entirely contrary to the spirit and intent of s. 35(1) to define aboriginal rights in such a fashion so as to preclude in practice any successful claim for the existence of such a right. The evidence relied upon by the applicant and the courts may relate to aboriginal practices, customs and traditions post-contact; it simply needs to be directed at demonstrating which aspects of the aboriginal community and society have their origins pre-contact. It is those practices, customs and traditions that can be rooted in the

au critère de la partie intégrante de la culture distinctive de la collectivité autochtone qui revendique le droit en cause est la période qui a précédé le contact entre les sociétés autochtones et européennes. Comme c'est le fait que des sociétés autochtones distinctives vivaient sur le territoire avant l'arrivée des Européens qui est le fondement des droits ancestraux protégés par le par. 35(1), c'est à cette période antérieure au contact que les tribunaux doivent s'attacher dans l'identification des droits ancestraux.

Le fait que la doctrine des droits ancestraux sert à concilier la souveraineté de Sa Majesté avec l'existence de sociétés autochtones préexistantes n'y change rien. Bien que ce soit avec la souveraineté de Sa Majesté que les sociétés autochtones préexistantes sont conciliées, c'est à l'examen de ces sociétés préexistantes que doivent s'attacher les tribunaux dans la définition des droits ancestraux. Ce n'est pas le fait que des sociétés autochtones existaient avant l'affirmation de la souveraineté par Sa Majesté qui est pertinente mais le fait qu'elles existaient avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord. En conséquence, la période pertinente est celle qui a précédé l'arrivée des Européens, et non celle qui a précédé l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté.

Le fait qu'il s'agisse là de la période pertinente n'emporte cependant pas que le groupe autochtone revendiquant le droit en cause doit s'acquitter de la tâche pratiquement impossible de produire, relativement aux coutumes, pratiques et traditions de sa collectivité, une preuve concluante, datant de l'époque antérieure au contact avec les Européens. Il serait tout à fait contraire à l'esprit et au but du par. 35(1) de définir les droits ancestraux d'une manière qui, dans la pratique, vouerait à l'échec toute revendication de l'existence de tels droits. La preuve sur laquelle s'appuient le demandeur et les tribunaux peut se rapporter aux coutumes, pratiques et traditions autochtones postérieures au contact avec les Européens. Il suffit que cette preuve tende à démontrer lesquels des aspects de la collectivité et de la société autochtones datent d'avant le contact avec les Européens. Constitueront des droits ancestraux les coutumes, pratiques

1996 CanLII 216 (SCC)

pre-contact societies of the aboriginal community in question that will constitute aboriginal rights.

63 I would note in relation to this point the position adopted by Brennan J. in *Mabo*, *supra*, where he holds, at p. 60, that in order for an aboriginal group to succeed in its claim for aboriginal title it must demonstrate that the connection with the land in its customs and laws has continued to the present day:

> . . . when the tide of history has washed away any real acknowledgment of traditional law and any real observance of traditional customs, the foundation of native title has disappeared. A native title which has ceased with the abandoning of laws and customs based on tradition cannot be revived for contemporary recognition.

The relevance of this observation for identifying the rights in s. 35(1) lies not in its assertion of the effect of the disappearance of a practice, custom or tradition on an aboriginal claim (I take no position on that matter), but rather in its suggestion of the importance of considering the continuity in the practices, customs and traditions of aboriginal communities in assessing claims to aboriginal rights. It is precisely those present practices, customs and traditions which can be identified as having continuity with the practices, customs and traditions that existed prior to contact that will be the basis for the identification and definition of aboriginal rights under s. 35(1). Where an aboriginal community can demonstrate that a particular practice, custom or tradition is integral to its distinctive culture today, and that this practice, custom or tradition has continuity with the practices, customs and traditions of pre-contact times, that community will have demonstrated that the practice, custom or tradition is an aboriginal right for the purposes of s. 35(1).

64 The concept of continuity is also the primary means through which the definition and identification of aboriginal rights will be consistent with the

et traditions dont l'origine peut être attribuée aux ancêtres de la collectivité autochtone en cause, qui vivaient avant le contact avec les Européens.

Sur ce point, je tiens à souligner la position adoptée par le juge Brennan dans l'arrêt *Mabo*, précité, où il a statué, à la p. 60, que pour avoir gain de cause le groupe autochtone qui revendique un titre aborigène doit établir que le lien rattachant ses coutumes et ses lois au territoire s'est perpétué jusqu'à nos jours:

> [TRADUCTION] . . . quand, par suite de la marche du temps, les coutumes et les lois traditionnelles ont, dans les faits, cessé d'être observées, le fondement du titre aborigène a disparu. Il est impossible de faire renaître, en vue d'une reconnaissance contemporaine, un titre aborigène qui s'est éteint par suite de l'abandon des coutumes et des lois fondées sur la tradition.

La pertinence de cette observation pour l'identification des droits visés au par. 35(1) ne réside pas dans les propos concernant l'effet de la disparition d'une coutume, d'une pratique ou d'une tradition sur une revendication autochtone (je ne me prononce pas sur ce point), mais dans l'idée qui y est avancée relativement à l'importance de tenir compte, dans l'appréciation des revendications de droits ancestraux, de la continuité des coutumes, pratiques et traditions des collectivités autochtones. Ce sont précisément les coutumes, pratiques et traditions actuelles, à l'égard desquelles il est possible d'établir qu'elles marquent une continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens, qui serviront de fondement pour l'identification et la définition des droits ancestraux visés au par. 35(1). Quand une collectivité autochtone peut démontrer qu'une coutume, pratique ou tradition particulière fait partie intégrante de sa culture distinctive aujourd'hui et marque une continuité avec les coutumes, pratiques et traditions de l'époque antérieure au contact avec les Européens, cette collectivité aura fait la preuve que cette coutume, pratique ou tradition est un droit ancestral au sens du par. 35(1).

Le concept de continuité est aussi le principal moyen d'assurer que la définition et l'identification des droits ancestraux respectent la mise en

1996 CanLII 216 (SCC)

admonition in *Sparrow*, *supra*, at p. 1093, that "the phrase 'existing aboriginal rights' must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time". The concept of continuity is, in other words, the means by which a "frozen rights" approach to s. 35(1) will be avoided. Because the practices, customs and traditions protected by s. 35(1) are ones that exist today, subject only to the requirement that they be demonstrated to have continuity with the practices, customs and traditions which existed pre-contact, the definition of aboriginal rights will be one that, on its own terms, prevents those rights from being frozen in pre-contact times. The evolution of practices, customs and traditions into modern forms will not, provided that continuity with pre-contact practices, customs and traditions is demonstrated, prevent their protection as aboriginal rights.

garde faite dans *Sparrow*, précité, à la p. 1093, savoir que «l'expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps». En d'autres mots, le concept de continuité est le moyen qui permet d'éviter une interprétation du par. 35(1) fondée sur la notion de «droits figés». Comme les coutumes, pratiques et traditions que protège le par. 35(1) sont celles qui existent aujourd'hui, sous réserve seulement de l'obligation de démontrer qu'elles marquent une continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens, il faut que la définition elle-même des droits ancestraux évite que ces droits soient figés dans l'état où ils se trouvaient avant cette époque. L'évolution des coutumes, pratiques et traditions, jusque dans leur forme actuelle, ne les empêchera pas d'être protégées en tant que droits ancestraux, pourvu qu'on démontre qu'elles marquent une continuité avec les coutumes, pratiques et traditions d'avant le contact avec les Européens.

I would note that the concept of continuity does not require aboriginal groups to provide evidence of an unbroken chain of continuity between their current practices, customs and traditions, and those which existed prior to contact. It may be that for a period of time an aboriginal group, for some reason, ceased to engage in a practice, custom or tradition which existed prior to contact, but then resumed the practice, custom or tradition at a later date. Such an interruption will not preclude the establishment of an aboriginal right. Trial judges should adopt the same flexibility regarding the establishment of continuity that, as is discussed, *infra*, they are to adopt with regards to the evidence presented to establish the prior-to-contact practices, customs and traditions of the aboriginal group making the claim to an aboriginal right.

65 Je tiens à faire remarquer que le concept de continuité n'exige pas que les groupes autochtones fassent la preuve d'une continuité parfaite entre leurs coutumes, pratiques et traditions actuelles et celles qui existaient avant le contact avec les Européens. Il est possible que, pour une raison ou pour une autre, un groupe autochtone ait, pendant une certaine période, cessé de respecter une coutume, pratique ou tradition qui existait avant le contact avec les Européens, mais qu'il l'ait reprise ultérieurement. Une telle interruption n'empêche pas l'établissement d'un droit ancestral. Les juges qui entendent les procès devraient faire montre de la même souplesse relativement à la preuve de la continuité qu'en ce qui concerne, comme il est expliqué plus loin, la preuve présentée dans le but d'établir l'existence, avant le contact avec les Européens, des coutumes, pratiques et traditions du groupe autochtone qui revendique un droit ancestral.

Further, I would note that basing the identification of aboriginal rights in the period prior to contact is not inconsistent with the fact that s. 35(2) of the *Constitution Act, 1982* includes within the defi-

66 Qui plus est, je tiens aussi à souligner que le fait de se reporter à la période antérieure au contact avec les Européens pour identifier les droits ancestraux n'est pas incompatible avec le fait que, aux

1996 CanLII 216 (SCC)

nition of "aboriginal peoples of Canada" the Métis people of Canada.

67 Although s. 35 includes the Métis within its definition of "aboriginal peoples of Canada", and thus seems to link their claims to those of other aboriginal peoples under the general heading of "aboriginal rights", the history of the Métis, and the reasons underlying their inclusion in the protection given by s. 35, are quite distinct from those of other aboriginal peoples in Canada. As such, the manner in which the aboriginal rights of other aboriginal peoples are defined is not necessarily determinative of the manner in which the aboriginal rights of the Métis are defined. At the time when this Court is presented with a Métis claim under s. 35 it will then, with the benefit of the arguments of counsel, a factual context and a specific Métis claim, be able to explore the question of the purposes underlying s. 35's protection of the aboriginal rights of Métis people, and answer the question of the kinds of claims which fall within s. 35(1)'s scope when the claimants are Métis. The fact that, for other aboriginal peoples, the protection granted by s. 35 goes to the practices, customs and traditions of aboriginal peoples prior to contact, is not necessarily relevant to the answer which will be given to that question. It may, or it may not, be the case that the claims of the Métis are determined on the basis of the pre-contact practices, customs and traditions of their aboriginal ancestors; whether that is so must await determination in a case in which the issue arises.

termes du par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les Métis sont compris dans la définition de «peuples autochtones du Canada».

Même si les Métis sont compris dans la définition de «peuples autochtones du Canada» à l'art. 35 et que, de ce fait, leurs revendications semblent rattachées à celles des autres peuples autochtones, sous la rubrique générale «droits ancestraux», l'histoire des Métis et les raisons qui sous-tendent leur inclusion pour qu'ils bénéficient de la protection accordée par l'art. 35 diffèrent considérablement de celles qui concernent les autres peuples autochtones du Canada. Comme telle, la manière dont les droits ancestraux des autres peuples autochtones sont définis n'est pas nécessairement déterminante en ce qui concerne la manière dont sont définis ceux des Métis. Lorsque notre Cour sera saisie d'une revendication présentée par des Métis en vertu de l'art. 35, elle sera alors à même, grâce aux arguments des avocats, du contexte factuel et du fait que la revendication touche spécifiquement les Métis, d'examiner la question des objets qui sous-tendent la protection accordée par l'art. 35 aux droits ancestraux des Métis et de déterminer le genre de revendications qui relèvent du par. 35(1) dans les cas où les demandeurs sont des Métis. Le fait que, en ce qui concerne d'autres peuples autochtones, l'art. 35 protège leurs coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens n'est pas nécessairement pertinent pour ce qui est de la réponse qui sera donnée à cette question. Il est possible qu'il soit statué sur les revendications des Métis sur la base des coutumes, pratiques et traditions de leurs ancêtres autochtones avant le contact avec les Européens, mais il se peut aussi que non. Il faudra attendre une affaire où cette question se posera avant de connaître la réponse.

1996 CanLII 216 (SCC)

Courts must approach the rules of evidence in light of the evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims

Dans l'application des règles de preuve, les tribunaux doivent tenir compte des difficultés inhérentes à l'examen des affaires concernant des revendications autochtones

68 In determining whether an aboriginal claimant has produced evidence sufficient to demonstrate that her activity is an aspect of a practice, custom or tradition integral to a distinctive aboriginal cul-

Pour déterminer si un demandeur autochtone a produit une preuve suffisante pour établir que ses activités sont un aspect d'une coutume, pratique ou tradition qui fait partie intégrante d'une culture

ture, a court should approach the rules of evidence, and interpret the evidence that exists, with a consciousness of the special nature of aboriginal claims, and of the evidentiary difficulties in proving a right which originates in times where there were no written records of the practices, customs and traditions engaged in. The courts must not undervalue the evidence presented by aboriginal claimants simply because that evidence does not conform precisely with the evidentiary standards that would be applied in, for example, a private law torts case.

autochtone distinctive, le tribunal doit appliquer les règles de preuve et interpréter la preuve existante en étant conscient de la nature particulière des revendications des autochtones et des difficultés que soulève la preuve d'un droit qui remonte à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit. Les tribunaux doivent se garder d'accorder un poids insuffisant à la preuve présentée par les demandeurs autochtones simplement parce que cette preuve ne respecte pas de façon précise les normes qui seraient appliquées dans une affaire de responsabilité civile délictuelle par exemple.

1996 CanLII 216 (SCC)

Claims to aboriginal rights must be adjudicated on a specific rather than general basis

Les revendications de droits ancestraux doivent être tranchées de manière spécifique et non générale

Courts considering a claim to the existence of an aboriginal right must focus specifically on the practices, customs and traditions of the particular aboriginal group claiming the right. In the case of *Kruger*, *supra*, this Court rejected the notion that claims to aboriginal rights could be determined on a general basis. This position is correct; the existence of an aboriginal right will depend entirely on the practices, customs and traditions of the particular aboriginal community claiming the right. As has already been suggested, aboriginal rights are constitutional rights, but that does not negate the central fact that the interests aboriginal rights are intended to protect relate to the specific history of the group claiming the right. Aboriginal rights are not general and universal; their scope and content must be determined on a case-by-case basis. The fact that one group of aboriginal people has an aboriginal right to do a particular thing will not be, without something more, sufficient to demonstrate that another aboriginal community has the same aboriginal right. The existence of the right will be specific to each aboriginal community.

69

Le tribunal saisi d'une revendication fondée sur l'existence d'un droit ancestral doit s'attacher spécifiquement à l'examen des coutumes, pratiques et traditions du groupe autochtone qui revendique ce droit. Dans *Kruger*, précité, notre Cour a rejeté l'idée que les revendications de droits ancestraux pouvaient être tranchées de manière générale. Cette position est bien fondée. L'existence d'un droit ancestral dépend entièrement des coutumes, pratiques et traditions de la collectivité autochtone qui revendique le droit. Comme il a été dit plus tôt, même si les droits ancestraux sont des droits constitutionnels, cela n'enlève rien au fait capital que les intérêts que les droits ancestraux sont censés protéger se rapportent à l'histoire spécifique du groupe qui revendique le droit. Les droits ancestraux n'ont pas un caractère général et universel. Leur portée et leur contenu doivent être déterminés au cas par cas. Le fait qu'un groupe autochtone possède le droit ancestral de faire une chose donnée ne permet pas, à lui seul, d'établir qu'une autre collectivité autochtone a le même droit. L'existence du droit en question dépendra de la situation spécifique de chaque collectivité autochtone.

For a practice, custom or tradition to constitute an aboriginal right it must be of independent

Pour qu'une coutume, une pratique ou une tradition constitue un droit ancestral, elle doit avoir

significance to the aboriginal culture in which it exists

70 In identifying those practices, customs and traditions that constitute the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1), a court must ensure that the practice, custom or tradition relied upon in a particular case is independently significant to the aboriginal community claiming the right. The practice, custom or tradition cannot exist simply as an incident to another practice, custom or tradition but must rather be itself of integral significance to the aboriginal society. Where two customs exist, but one is merely incidental to the other, the custom which is integral to the aboriginal community in question will qualify as an aboriginal right, but the custom that is merely incidental will not. Incidental practices, customs and traditions cannot qualify as aboriginal rights through a process of piggybacking on integral practices, customs and traditions.

une importance particulière pour la culture autochtone où elle existe

Le tribunal appelé à identifier les coutumes, pratiques et traditions qui constituent les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doit s'assurer que la coutume, la pratique ou la tradition invoquée dans un cas donné revêt une importance particulière pour la collectivité autochtone qui revendique le droit. Il ne doit pas s'agir d'une coutume, pratique ou tradition simplement accessoire d'une autre coutume, pratique ou tradition, mais elle doit plutôt présenter elle-même une importance fondamentale pour la société autochtone concernée. Lorsqu'il existe deux coutumes, mais que l'une d'elles est simplement un accessoire de l'autre, la coutume qui fait partie intégrante de la culture de la collectivité autochtone en cause sera considérée comme un droit ancestral, mais pas celle qui a simplement un caractère accessoire. Les coutumes, pratiques et traditions accessoires ne peuvent être considérées comme des droits ancestraux du fait qu'elles se greffent sur des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante d'une culture.

The integral to a distinctive culture test requires that a practice, custom or tradition be distinctive; it does not require that that practice, custom or tradition be distinct

71 The standard which a practice, custom or tradition must meet in order to be recognized as an aboriginal right is not that it be distinct to the aboriginal culture in question; the aboriginal claimants must simply demonstrate that the practice, custom or tradition is distinctive. A tradition or custom that is distinct is one that is unique — "different in kind or quality; unlike" (*Concise Oxford Dictionary*, *supra*). A culture with a distinct tradition must claim that in having such a tradition it is different from other cultures; a claim of distinctness is, by its very nature, a claim relative to other cultures or traditions. By contrast, a culture that claims that a practice, custom or tradition is distinctive — "distinguishing, characteristic" — makes a claim that is not relative; the claim is rather one about the culture's own practices, customs or traditions considered apart from the prac-

Le critère de la partie intégrante d'une culture distinctive exige qu'une coutume, pratique ou tradition soit distinctive, non pas qu'elle soit distincte

La norme qui doit être respectée par une coutume, pratique ou tradition pour être reconnue comme un droit ancestral n'est pas qu'elle soit une coutume, pratique ou tradition distincte, propre à la culture autochtone en cause. Les demandeurs autochtones doivent simplement montrer que la coutume, pratique ou tradition en cause est distinctive. Est une coutume, pratique ou tradition distincte une coutume, pratique ou tradition qui est *unique* — [TRADUCTION] «qui se distingue par sa nature ou sa qualité; différente» (*Concise Oxford Dictionary*, *loc. cit.*) Une culture qui possède une tradition distincte doit affirmer que, du fait de cette tradition, elle est différente des autres cultures. Une prétention à la différence appelle, de par sa nature même, une comparaison avec d'autres cultures ou traditions. Par contraste, la culture qui prétend qu'une coutume, pratique ou tradition est dis-

1996 CanLII 216 (SCC)

tices, customs or traditions of any other culture. It is a claim that this tradition or custom makes the culture what it is, not that the practice, custom or tradition is different from the practices, customs or traditions of another culture. The person or community claiming the existence of an aboriginal right protected by s. 35(1) need only show that the particular practice, custom or tradition which it is claiming to be an aboriginal right is distinctive, not that it is distinct.

tinctive — «qui permet de distinguer, caractéristique» — ne fait pas de comparaison. Sa prétention se rapporte plutôt à ses propres coutumes, pratiques et traditions, considérées indépendamment de celles de toute autre culture. La culture en question prétend que cette coutume, pratique ou tradition fait d'elle ce qu'elle est, et non que la coutume, pratique ou tradition est différente de celles d'une autre culture. La personne ou la collectivité qui prétend à l'existence d'un droit ancestral protégé par le par. 35(1) n'a qu'à démontrer que la coutume, pratique ou tradition particulière qu'elle revendique comme un droit ancestral est distinctive, et non qu'elle est distincte.

That the standard an aboriginal community must meet is distinctiveness, not distinctness, arises from the recognition in *Sparrow*, *supra*, of an aboriginal right to fish for food. Certainly no aboriginal group in Canada could claim that its culture is "distinct" or unique in fishing for food; fishing for food is something done by many different cultures and societies around the world. What the Musqueam claimed in *Sparrow*, *supra*, was rather that it was fishing for food which, in part, made Musqueam culture what it is; fishing for food was characteristic of Musqueam culture and, therefore, a distinctive part of that culture. Since it was so it constituted an aboriginal right under s. 35(1).

Le fait que la norme à laquelle doit satisfaire une collectivité autochtone est celle du caractère distinctif et non du caractère distinct découle de la reconnaissance, dans *Sparrow*, précité, de l'existence d'un droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires. Il est certain qu'aucun groupe autochtone au Canada ne saurait prétendre que sa culture est «distincte» ou unique du fait qu'il pêche à des fins alimentaires. La pêche à des fins alimentaires est en effet pratiquée par bon nombre de cultures et de sociétés différentes aux quatre coins du monde. Ce que les Musqueams soutenaient dans *Sparrow*, précité, c'était plutôt que cette pêche contribuait à faire de la culture musqueam ce qu'elle est. La pêche à des fins alimentaires était caractéristique de la culture musqueam et, par conséquent, un élément distinctif de cette culture. De ce fait, elle constituait un droit ancestral visé au par. 35(1).

The influence of European culture will only be relevant to the inquiry if it is demonstrated that the practice, custom or tradition is only integral because of that influence

L'influence de la culture européenne n'est pertinente, dans le cadre de l'examen, que s'il est démontré que la coutume, la pratique ou la tradition ne fait partie intégrante de la culture qu'en raison de cette influence

The fact that Europeans in North America engaged in the same practices, customs or traditions as those under which an aboriginal right is claimed will only be relevant to the aboriginal claim if the practice, custom or tradition in question can only be said to exist because of the influence of European culture. If the practice, custom or tradition was an integral part of the aboriginal community's culture prior to contact with Europe-

Le fait que les Européens aient eu, en Amérique du Nord, des coutumes, pratiques ou traditions identiques à celles invoquées pour revendiquer un droit ancestral n'est pertinent pour l'appréciation de la revendication autochtone que s'il est possible d'affirmer que la coutume, pratique ou tradition en question n'existe qu'en raison de l'influence de la culture européenne. Si la coutume, pratique ou tradition faisait partie intégrante de la culture d'une

1996 CanLII 216 (SCC)

ans, the fact that that practice, custom or tradition continued after the arrival of Europeans, and adapted in response to their arrival, is not relevant to determination of the claim; European arrival and influence cannot be used to deprive an aboriginal group of an otherwise valid claim to an aboriginal right. On the other hand, where the practice, custom or tradition arose solely as a response to European influences then that practice, custom or tradition will not meet the standard for recognition of an aboriginal right.

collectivité autochtone avant le contact avec les Européens, le fait que cette coutume, pratique ou tradition se soit poursuivie après l'arrivée de ceux-ci et se soit adaptée en réaction à cet événement, n'est pas pertinent pour l'appréciation de la revendication. L'arrivée et l'influence des Européens ne peuvent être invoquées pour rejeter la revendication, par ailleurs valide, d'un droit ancestral présentée par un groupe autochtone. En revanche, si la coutume, pratique ou tradition n'est que le fruit des influences européennes, alors elle ne respecte pas la norme applicable pour la reconnaissance d'un droit ancestral.

1996 CanLII 216 (SCC)

Courts must take into account both the relationship of aboriginal peoples to the land and the distinctive societies and cultures of aboriginal peoples

Les tribunaux doivent tenir compte à la fois des rapports qu'entretiennent les peuples autochtones avec le territoire et des cultures et sociétés distinctives de ces peuples

74 As was noted in the discussion of the purposes of s. 35(1), aboriginal rights and aboriginal title are related concepts; aboriginal title is a subcategory of aboriginal rights which deals solely with claims of rights to land. The relationship between aboriginal title and aboriginal rights must not, however, confuse the analysis of what constitutes an aboriginal right. Aboriginal rights arise from the prior occupation of land, but they also arise from the prior social organization and distinctive cultures of aboriginal peoples on that land. In considering whether a claim to an aboriginal right has been made out, courts must look at both the relationship of an aboriginal claimant to the land and at the practices, customs and traditions arising from the claimant's distinctive culture and society. Courts must not focus so entirely on the relationship of aboriginal peoples with the land that they lose sight of the other factors relevant to the identification and definition of aboriginal rights.

Comme il a été dit durant l'examen des objets du par. 35(1), les droits ancestraux et le titre aborigène sont des notions connexes. En effet, le titre aborigène est une sous-catégorie de droits ancestraux qui concerne seulement les revendications de droits fonciers. Toutefois, le rapport entre le titre aborigène et les droits ancestraux ne doit pas embrouiller l'analyse de ce qui constitue un droit ancestral. Les droits ancestraux découlent non seulement de l'occupation antérieure du territoire, mais aussi de l'organisation sociale antérieure et des cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire. Pour déterminer si le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral a été établi, les tribunaux doivent considérer et les rapports qu'entretient le demandeur autochtone avec le territoire et les coutumes, pratiques et traditions de la société à laquelle il appartient et de la culture distinctive de cette société. Ils ne doivent pas se concentrer sur les rapports qu'entretiennent les peuples autochtones avec le territoire au point de négliger les autres facteurs pertinents pour l'identification et la définition des droits ancestraux.

75 With these factors in mind I will now turn to the particular claim made by the appellant in this case to have been acting pursuant to an aboriginal right.

Conscient de ces facteurs, je vais maintenant aborder la prétention particulière avancée par l'appelante en l'espèce, savoir qu'elle a agi en vertu d'un droit ancestral.

Application of the Integral to a Distinctive Culture Test to the Appellant's Claim

The first step in the application of the integral to a distinctive culture test requires the court to identify the precise nature of the appellant's claim to have been exercising an aboriginal right. In this case the most accurate characterization of the appellant's position is that she is claiming an aboriginal right to exchange fish for money or for other goods. She is claiming, in other words, that the practices, customs and traditions of the Sto:lo include as an integral part the exchange of fish for money or other goods.

That this is the nature of the appellant's claim can be seen through both the specific acts which led to her being charged and through the regulation under which she was charged. Mrs. Van der Peet sold 10 salmon for $50. Such a sale, especially given the absence of evidence that the appellant had sold salmon on other occasions or on a regular basis, cannot be said to constitute a sale on a "commercial" or market basis. These actions are instead best characterized in the simple terms of an exchange of fish for money. It follows from this that the aboriginal right pursuant to which the appellant is arguing that her actions were taken is, like the actions themselves, best characterized as an aboriginal right to exchange fish for money or other goods.

Moreover, the regulations under which the appellant was charged prohibit all sale or trade of fish caught pursuant to an Indian food fish licence. As such, to argue that those regulations implicate the appellant's aboriginal right requires no more of her than that she demonstrate an aboriginal right to the exchange of fish for money (sale) or other goods (trade). She does not need to demonstrate an aboriginal right to sell fish commercially.

Application à la revendication de l'appelante du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive

Conformément à la première étape de l'application du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive, le tribunal doit identifier la nature précise de la prétention de l'appelante qu'elle exerçait un droit ancestral. En l'espèce, la façon la plus précise de décrire la position de l'appelante consiste à dire qu'elle revendique un droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens. Autrement dit, elle soutient que les coutumes, pratiques et traditions des Sto:lo incluent, en tant que partie intégrante de leur culture, l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens. 76

Cette description de la nature de la revendication de l'appelante ressort à la fois des actes spécifiques qui ont conduit à son inculpation et du règlement en vertu duquel elle a été inculpée. Madame Van der Peet a vendu 10 saumons pour 50 $. Compte tenu particulièrement de l'absence de preuve indiquant que l'appelante avait déjà vendu du saumon ou qu'elle en vendait régulièrement, il est impossible d'affirmer qu'il s'agit d'une vente «commerciale» ou sur le marché. La meilleure façon de décrire ces actions est plutôt de les qualifier simplement d'échange de poisson contre de l'argent. Il s'ensuit que la meilleure façon de caractériser tant le droit ancestral en vertu duquel l'appelante prétend avoir accompli ces actions, que les actions elles-mêmes, est de les qualifier de droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens. 77

De plus, le règlement en application duquel l'appelante a été inculpée interdit complètement la vente ou l'échange de poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens. En conséquence, pour établir que ce règlement met en jeu son droit ancestral, l'appelante n'a qu'à démontrer l'existence d'un droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent (vente) ou d'autres biens (échange). Elle n'a pas à établir l'existence d'un droit ancestral de vendre du poisson commercialement. 78

1996 CanLII 216 (SCC)

79 The appellant herself characterizes her claim as based on a right "to sufficient fish to provide for a moderate livelihood". In so doing the appellant relies on the "social" test adopted by Lambert J.A. at the British Columbia Court of Appeal. As has already been noted, however, a claim to an aboriginal right cannot be based on the significance of an aboriginal practice, custom or tradition to the aboriginal community in question. The definition of aboriginal rights is determined through the process of determining whether a particular practice, custom or tradition is integral to the distinctive culture of the aboriginal group. The significance of the practice, custom or tradition is relevant to the determination of whether that practice, custom or tradition is integral, but cannot itself constitute the claim to an aboriginal right. As such, the appellant's claim cannot be characterized as based on an assertion that the Sto:lo's use of the fishery, and the practices, customs and traditions surrounding that use, had the significance of providing the Sto:lo with a moderate livelihood. It must instead be based on the actual practices, customs and traditions related to the fishery, here the custom of exchanging fish for money or other goods.

80 Having thus identified the nature of the appellant's claim, I turn to the fundamental question of the integral to a distinctive culture test: Was the practice of exchanging fish for money or other goods an integral part of the specific distinctive culture of the Sto:lo prior to contact with Europeans? In answering this question it is necessary to consider the evidence presented at trial, and the findings of fact made by the trial judge, to determine whether the evidence and findings support the appellant's claim that the sale or trade of fish is an integral part of the distinctive culture of the Sto:lo.

81 It is a well-settled principle of law that when an appellate court reviews the decision of a trial judge that court must give considerable deference to the

L'appelante elle-même soutient que sa revendication est fondée sur le droit à [TRADUCTION] «suffisamment de poisson pour assurer une subsistance convenable». Ce faisant, elle s'appuie sur le critère «social» adopté par le juge Lambert de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Toutefois, comme il a été dit précédemment, la revendication d'un droit ancestral ne peut pas être fondée sur l'importance d'une coutume, pratique ou tradition autochtone pour la collectivité autochtone en cause. Pour définir des droits ancestraux, il faut déterminer si une coutume, pratique ou tradition donnée fait partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone concerné. L'importance de cette coutume, pratique ou tradition est pertinente pour décider si celle-ci fait partie intégrante de la culture, mais elle ne peut à elle seule justifier le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral. Par conséquent, la revendication de l'appelante ne saurait être fondée sur l'assertion que l'utilisation de la pêcherie par les Sto:lo ainsi que les coutumes, pratiques et traditions rattachées à cette utilisation étaient importantes en ce qu'elles assuraient aux Sto:lo une subsistance convenable. Elle doit plutôt être fondée sur les coutumes, pratiques et traditions se rattachant concrètement à la pêcherie, en l'occurrence la coutume d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens.

Après avoir identifié de la sorte la nature de la revendication de l'appelante, j'aborde maintenant la question fondamentale que pose le critère de la partie intégrante d'une culture distinctive: La pratique d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait-elle partie intégrante de la culture distinctive spécifique des Sto:lo avant le contact avec les Européens? Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'examiner la preuve présentée au procès ainsi que les conclusions de fait tirées par le juge du procès afin de déterminer si cette preuve et ces conclusions étayent l'affirmation de l'appelante que la vente ou l'échange de poisson font partie intégrante de la culture distinctive des Sto:lo.

Selon un principe juridique bien établi, lorsqu'une cour d'appel examine la décision du juge du procès, elle doit faire montre d'une retenue con-

1996 CanLII 216 (SCC)

trial judge's findings of fact, particularly where those findings of fact are based on the trial judge's assessment of the testimony and credibility of witnesses. In *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, Ritchie J., speaking for the Court, held at p. 808 that absent a "palpable and overriding error" affecting the trial judge's assessment of the facts, an appellate court should not substitute its own findings of fact for those of the trial judge:

> These authorities are not to be taken as meaning that the findings of fact made at trial are immutable, but rather that they are not to be reversed unless it can be established that the learned trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts. While the Court of Appeal is seized with the duty of re-examining the evidence in order to be satisfied that no such error occurred, it is not, in my view, a part of its function to substitute its assessment of the balance of probability for the findings of the judge who presided at the trial.

This principle has also been followed in more recent decisions of this Court: *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2, at pp. 8-9; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at p. 794; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 426. In the recently released decision of *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, La Forest J. made the following observation at para. 32, with which I agree, regarding appellate court deference to findings of fact:

> Unlimited intervention by appellate courts would greatly increase the number and the length of appeals generally. Substantial resources are allocated to trial courts to go through the process of assessing facts. The autonomy and integrity of the trial process must be preserved by exercising deference towards the trial courts' findings of fact . . . This explains why the rule applies not only when the credibility of witnesses is at issue, although in such a case it may be more strictly applied, but also to all conclusions of fact made by the trial judge. . . .

I would also note that the principle of appellate court deference has been held to apply equally to findings of fact made on the basis of the trial

sidérable à l'égard des conclusions de fait du juge, en particulier lorsque ces conclusions de fait sont fondées sur son appréciation des témoignages et de la crédibilité des témoins. Dans l'arrêt *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, le juge Ritchie, au nom de la Cour, a conclu, à la p. 808, que, en l'absence d'«erreur manifeste et dominante» ayant faussé l'appréciation des faits par le juge du procès, une cour d'appel ne doit pas substituer ses propres conclusions sur les faits à celles tirées par ce dernier:

> On ne doit pas considérer que ces arrêts signifient que les conclusions sur les faits tirées en première instance sont intangibles, mais plutôt qu'elles ne doivent pas être modifiées à moins qu'il ne soit établi que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits. Bien que la Cour d'appel ait l'obligation de réexaminer la preuve afin de s'assurer qu'aucune erreur de ce genre n'a été commise, j'estime qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation de la prépondérance des probabilités aux conclusions tirées par le juge qui a présidé le procès.

Ce principe a également été suivi dans des arrêts plus récents de notre Cour: *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, aux pp. 8 et 9; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, à la p. 794; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, à la p. 426. Dans l'arrêt récent *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, le juge La Forest a, au par. 32, fait l'observation suivante, à laquelle je souscris, au sujet de la retenue dont doivent faire montre les cours d'appel à l'égard des conclusions de fait:

> Une intervention illimitée des cours d'appel ferait augmenter considérablement le nombre et la durée des appels en général. D'importantes ressources sont mises à la disposition des tribunaux de première instance pour qu'ils puissent évaluer les faits. Il faut préserver l'autonomie et l'intégrité du procès en faisant preuve de retenue à l'égard des conclusions de fait des tribunaux de première instance; [. . .] Cela explique pourquoi la règle s'applique non seulement lorsque la crédibilité des témoins est en cause, quoiqu'elle puisse alors s'appliquer plus strictement, mais également à toutes les conclusions de fait tirées par le juge de première instance. . .

Je souligne également qu'il a été décidé que le principe de la retenue par les cours d'appel s'applique aussi aux conclusions de fait du juge de pre-

1996 CanLII 216 (SCC)

judge's assessment of the credibility of the testimony of expert witnesses, *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247, at pp. 1249-50.

82 In the case at bar, Scarlett Prov. Ct. J., the trial judge, made findings of fact based on the testimony and evidence before him, and then proceeded to make a determination as to whether those findings of fact supported the appellant's claim to the existence of an aboriginal right. The second stage of Scarlett Prov. Ct. J.'s analysis — his determination of the scope of the appellant's aboriginal rights on the basis of the facts as he found them — is a determination of a question of law which, as such, mandates no deference from this Court. The first stage of Scarlett Prov. Ct. J.'s analysis, however — the findings of fact from which that legal inference was drawn — do mandate such deference and should not be overturned unless made on the basis of a "palpable and overriding error". This is particularly the case given that those findings of fact were made on the basis of Scarlett Prov. Ct. J.'s assessment of the credibility and testimony of the various witnesses appearing before him.

83 In adjudicating this case Scarlett Prov. Ct. J. obviously did not have the benefit of direction from this Court as to how the rights recognized and affirmed by s. 35(1) are to be defined, with the result that his legal analysis of the evidence was not entirely correct; however, that Scarlett Prov. Ct. J. was not entirely correct in his legal analysis of the facts as he found them does not mean that he made a clear and palpable error in reviewing the evidence and making those findings of fact. Indeed, a review of the transcript and exhibits submitted to this Court demonstrate that Scarlett Prov. Ct. J. conducted a thorough and compelling review of the evidence before him and committed no clear and palpable error which would justify this Court, or any other appellate court, in substituting its findings of fact for his. Moreover, I would note that the appellant, while disagreeing with Scarlett Prov. Ct. J.'s legal analysis of the facts, made no

mière instance qui sont fondées sur son appréciation de la crédibilité des témoignages d'experts: *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247, aux pp. 1249 et 1250.

Dans le cas qui nous occupe, le juge Scarlett de la Cour provinciale, juge du procès, a tiré des conclusions de fait fondées sur les témoignages et les autres éléments de preuve qui lui ont été présentés, puis il s'est demandé si ces conclusions de fait étayaient l'existence du droit ancestral revendiqué par l'appelante. Dans la deuxième étape de son analyse — la détermination de la portée des droits ancestraux de l'appelante à la lumière de ses conclusions de fait — le juge Scarlett tranche une question de droit qui, en tant que telle, ne commande aucune retenue de la part de notre Cour. Toutefois, la première étape de son analyse — savoir les conclusions de fait à partir desquelles cette inférence juridique est tirée — commande une telle retenue, et ces conclusions ne doivent pas être modifiées, sauf si elles résultent d'une «erreur manifeste et dominante». C'est particulièrement le cas, en l'espèce, étant donné que ces conclusions de fait sont fondées sur l'appréciation qu'a faite le juge Scarlett de la crédibilité des divers témoins qui ont comparu devant lui et de leurs dépositions.

Il va de soi que, lorsqu'il a statué sur la présente affaire, le juge Scarlett ne disposait pas des indications de notre Cour sur la façon dont il faut s'y prendre pour définir les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1), de sorte que son analyse juridique de la preuve n'était pas entièrement exacte. Cependant, le fait que l'analyse juridique des faits par le juge Scarlett n'ait pas été entièrement exacte ne signifie pas qu'il a fait une erreur manifeste en examinant la preuve et en tirant ces conclusions de fait. De fait, il ressort de l'examen de la transcription des débats et des pièces soumises à notre Cour que le juge Scarlett a fait une analyse approfondie et convaincante de la preuve qui lui a été présentée, et qu'il n'a commis aucune erreur manifeste qui justifierait notre Cour, ou toute autre cour d'appel, de substituer ses conclusions de fait aux siennes. De plus, je tiens à souligner que, même si elle a exprimé son désaccord

1996 CanLII 216 (SCC)

arguments suggesting that in making findings of fact from the evidence before him Scarlett Prov. Ct. J. committed a palpable and overriding error.

Scarlett Prov. Ct. J. carefully considered all of the testimony presented by the various witnesses with regards to the nature of Sto:lo society and came to the following conclusions at p. 160:

Clearly, the Sto:lo fish for food and ceremonial purposes. Evidence presented did not establish a regularized market system in the exchange of fish. Such fish as were exchanged through individual trade, gift, or barter were fish surplus from time to time. Natives did not fish to supply a market, there being no regularized trading system, nor were they able to preserve and store fish for extended periods of time. A market as such for salmon was not present but created by European traders, primarily the Hudson's Bay Company. At Fort Langley the Sto:lo were able to catch and deliver fresh salmon to the traders where it was salted and exported. This use was clearly different in nature and quantity from aboriginal activity. Trade in dried salmon with the fort was clearly dependent upon Sto:lo first satisfying their own requirements for food and ceremony.

This court was not satisfied upon the evidence that aboriginal trade in salmon took place in any regularized or market sense. Oral evidence demonstrated that trade was incidental to fishing for food purposes. Anthropological and archaeological evidence was in conflict. This Court accepts the evidence of Dr. Stryd and John Dewhurst [*sic*] in preference to Dr. Daly and therefore, accepts that the Sto:lo were a band culture as opposed to tribal. While bands were guided by siem or prominent families, no regularized trade in salmon existed in aboriginal times. Such trade as took place was either for ceremonial purposes or opportunistic exchanges taking place on a casual basis. Such trade as did take place was incidental only. Evidence led by the Crown that the Sto:lo had no access to salt for food preservation is accepted.

avec l'analyse juridique des faits du juge Scarlett, l'appelante n'a aucunement prétendu que le juge Scarlett aurait, en tirant ses conclusions de fait de la preuve qui lui a été soumise, commis une erreur manifeste et dominante.

Le juge Scarlett de la Cour provinciale a soigneusement étudié les dépositions des divers témoins quant à la nature de la société sto:lo et il a tiré les conclusions suivantes, à la p. 160:

[TRADUCTION] De toute évidence, les Sto:lo pêchent à des fins alimentaires et rituelles. La preuve présentée n'a pas établi l'existence d'un système de marché organisé d'échange du poisson. Le poisson qui changeait de mains par suite d'échange, de don ou de troc individuel était le poisson excédentaire disponible à l'occasion. Les autochtones ne pêchaient pas pour approvisionner un marché, puisqu'il n'existait aucun système de marché organisé, et qu'ils n'étaient pas capables de conserver et d'emmagasiner le poisson durant de longues périodes. Il n'existait pas comme tel de marché pour le saumon, celui-ci a été créé par les marchands européens, principalement la Compagnie de la Baie d'Hudson. À Fort Langley, les Sto:lo pouvaient prendre et livrer du saumon frais aux marchands, qui le salaient et l'exportaient. Cette utilisation de la ressource était manifestement différente des activités autochtones, tant de par sa nature que de par les quantités en cause. Le commerce du saumon séché avec le fort était manifestement subordonné à la satisfaction par les Sto:lo, en premier lieu, de leurs propres besoins alimentaires et rituels.

La présente cour n'est pas convaincue, à la lumière de la preuve, que le commerce du saumon existait chez les autochtones au sens d'un commerce organisé d'un marché. Il ressort des témoignages oraux que le commerce était un aspect accessoire de la pêche pratiquée à des fins alimentaires. Les éléments de preuve anthropologique et archéologique étaient contradictoires. La présente cour préfère les témoignages de M. Stryd et de John Dewhurst [*sic*] à celui de M. Daly et, en conséquence, accepte que la culture des Sto:lo était celle d'une bande plutôt que d'une tribu. Même si les bandes étaient guidées par des siem ou familles importantes, il n'y avait pas de commerce organisé du saumon au temps des aborigènes. Le commerce qui se faisait résultait soit d'échanges faits à des fins rituelles soit d'échanges découlant d'occasions fortuites. Ces échanges avaient seulement un caractère accessoire. La preuve présentée par le ministère public que les Sto:lo ne disposaient pas de sel permettant de conserver le poisson est acceptée.

84
1996 CanLII 216 (SCC)

Exchange of fish was subject to local conditions of availability, transportation and preservation. It was the establishment by the Hudson's Bay Company at the fort at Langley that created the market and trade in fresh salmon. Trade in dried salmon in aboriginal times was, as stated, minimal and opportunistic.

Les échanges de poisson étaient tributaires des conditions locales sur le plan de la disponibilité, du transport et de la conservation. C'est l'établissement de la Compagnie de la Baie d'Hudson au fort situé à Langley qui a créé le marché et le commerce du saumon frais. Les échanges de saumon séché au temps des aborigènes n'avaient, comme il a été dit plus tôt, qu'un caractère minimal et fortuit.

I would add to Scarlett Prov. Ct. J.'s summation of his findings only the observation, which does not contradict any of his specific findings, that the testimony of the experts appearing before him indicated that such limited exchanges of salmon as took place in Sto:lo society were primarily linked to the kinship and family relationships on which Sto:lo society was based. For example, under cross-examination Dr. Daly described trade as occurring through the "idiom" of maintaining family relationships:

J'ajouterais uniquement au résumé que le juge Scarlett fait de ses conclusions l'observation suivante, qui ne contredit aucune de ses conclusions spécifiques, savoir que les dépositions des experts qui ont comparu devant lui ont indiqué que ces échanges limités de saumon dans la société sto:lo étaient reliés principalement aux rapports familiaux et de parenté sur lesquels cette société était fondée. Par exemple, au cours de son contre-interrogatoire, M. Daly a dit que les échanges survenaient par l'intermédiaire de l'[TRADUCTION] «idiome» du maintien des rapports familiaux:

The medium or the idiom of much trade was the idiom of kinship, of providing hospitality, giving gifts, reciprocating in gifts. . . .

[TRADUCTION] La plupart des échanges survenaient par l'intermédiaire de l'idiome de la parenté, de l'hospitalité de l'échange de cadeaux. . .

Similarly, Mr. Dewhirst testified that the exchange of goods was related to the maintenance of family and kinship relations.

De même, M. Dewhirst a témoigné que l'échange de biens se rattachait au maintien des rapports familiaux et de parenté.

85 The facts as found by Scarlett Prov. Ct. J. do not support the appellant's claim that the exchange of salmon for money or other goods was an integral part of the distinctive culture of the Sto:lo. As has already been noted, in order to be recognized as an aboriginal right, an activity must be of central significance to the culture in question — it must be something which makes that culture what it is. The findings of fact made by Scarlett Prov. Ct. J. suggest that the exchange of salmon for money or other goods, while certainly taking place in Sto:lo society prior to contact, was not a significant, integral or defining feature of that society.

Les faits constatés par le juge Scarlett de la Cour provinciale n'appuient pas la prétention de l'appelante que l'échange de saumon contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la culture distinctive des Sto:lo. Comme il a été indiqué précédemment, pour être reconnue comme un droit ancestral, une activité doit avoir une importance fondamentale pour la culture concernée — elle doit être quelque chose qui fait de cette culture ce qu'elle est. Les conclusions de fait du juge Scarlett tendent à indiquer que les échanges de saumon contre de l'argent ou d'autres biens, quoiqu'il y en ait certainement eu dans la société sto:lo avant le contact avec les Européens, n'étaient pas une caractéristique déterminante ou importante de cette société, ni une partie intégrante de celle-ci.

86 First, Scarlett Prov. Ct. J. found that, prior to contact, exchanges of fish were only "incidental" to fishing for food purposes. As was noted above, to constitute an aboriginal right, a custom must

Premièrement, le juge Scarlett a conclu que, avant le contact avec les Européens, les échanges de poisson n'étaient qu'un aspect «accessoire» de la pêche pratiquée à des fins alimentaires. Comme

1996 CanLII 216 (SCC)

itself be integral to the distinctive culture of the aboriginal community in question; it cannot be simply incidental to an integral custom. Thus, while the evidence clearly demonstrated that fishing for food and ceremonial purposes was a significant and defining feature of the Sto:lo culture, this is not sufficient, absent a demonstration that the exchange of salmon was itself a significant and defining feature of Sto:lo society, to demonstrate that the exchange of salmon is an integral part of Sto:lo culture.

il a été dit précédemment, pour constituer un droit ancestral, une coutume doit elle-même faire partie intégrante de la culture distinctive de la collectivité autochtone en cause, et ne pas être simplement un aspect accessoire d'une coutume qui serait partie intégrante de la culture concernée. En conséquence, même si la preuve a clairement démontré que la pêche à des fins alimentaires et rituelles était une caractéristique importante et déterminante de la culture sto:lo, ce fait n'est pas suffisant, en l'absence de preuve que l'échange de saumon était en soi une caractéristique importante et déterminante de la société sto:lo, pour établir que l'échange de saumon fait partie intégrante de la culture sto:lo.

For similar reasons, the evidence linking the exchange of salmon to the maintenance of kinship and family relations does not support the appellant's claim to the existence of an aboriginal right. Exchange of salmon as part of the interaction of kin and family is not of an independent significance sufficient to ground a claim for an aboriginal right to the exchange of fish for money or other goods.

Pour des motifs analogues, la preuve rattachant l'échange de saumon au maintien de rapports familiaux et de parenté n'étaye pas l'existence du droit ancestral revendiqué par l'appelante. Les échanges de saumon qui surviennent dans le cadre des rapports entre les membres de la famille et la parenté ne revêtent pas en soi une importance suffisante pour fonder la revendication d'un droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent ou des biens.

Second, Scarlett Prov. Ct. J. found that there was no "regularized trading system" amongst the Sto:lo prior to contact. The inference drawn from this fact by Scarlett Prov. Ct. J., and by Macfarlane J.A. at the British Columbia Court of Appeal, was that the absence of a market means that the appellant could not be said to have been acting pursuant to an aboriginal right because it suggests that there is no aboriginal right to fish commercially. This inference is incorrect because, as has already been suggested, the appellant in this case has only claimed a right to exchange fish for money or other goods, not a right to sell fish in the commercial marketplace; the significance of the absence of regularized trading systems amongst the Sto:lo arises instead from the fact that it indicates that the exchange of salmon was not widespread in Sto:lo society. Given that the exchange of salmon was not widespread it cannot be said that, prior to contact, Sto:lo culture was defined by trade in salmon; trade or exchange of salmon took place, but the

Deuxièmement, le juge Scarlett a conclu qu'il n'existait pas de [TRADUCTION] «système de commerce organisé» chez les Sto:lo avant le contact avec les Européens. L'inférence qu'ont tirée de ce fait le juge Scarlett de la Cour provinciale et le juge Macfarlane de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique était que, vu l'absence d'un marché, il était impossible d'affirmer que l'appelante avait agi en vertu d'un droit ancestral, étant donné que ce fait tend à indiquer qu'il n'existe pas de droit ancestral de pêcher à des fins commerciales. Cette inférence est incorrecte parce que, comme il a déjà été indiqué, en l'espèce l'appelante a revendiqué seulement le droit d'échanger du saumon contre de l'argent ou d'autres biens, et non le droit de vendre du poisson sur le marché. L'importance de l'absence de systèmes de commerce organisés chez les Sto:lo découle plutôt du fait que cette absence indique que l'utilisation du poisson comme monnaie d'échange n'était pas un phénomène répandu dans la société sto:lo. Comme les

1996 CanLII 216 (SCC)

absence of a market demonstrates that this exchange did not take place on a basis widespread enough to suggest that the exchange was a defining feature of Sto:lo society.

89 Third, the trade engaged in between the Sto:lo and the Hudson's Bay Company, while certainly of significance to the Sto:lo society of the time, was found by the trial judge to be qualitatively different from that which was typical of the Sto:lo culture prior to contact. As such, it does not provide an evidentiary basis for holding that the exchange of salmon was an integral part of Sto:lo culture. As was emphasized in listing the criteria to be considered in applying the "integral to" test, the time relevant for the identification of aboriginal rights is prior to contact with European societies. Unless a post-contact practice, custom or tradition can be shown to have continuity with pre-contact practices, customs or traditions, it will not be held to be an aboriginal right. The trade of salmon between the Sto:lo and the Hudson's Bay Company does not have the necessary continuity with Sto:lo culture pre-contact to support a claim to an aboriginal right to trade salmon. Further, the exchange of salmon between the Sto:lo and the Hudson's Bay Company can be seen as central or significant to the Sto:lo primarily as a result of European influences; activities which become central or significant because of the influence of European culture cannot be said to be aboriginal rights.

90 Finally, Scarlett Prov. Ct. J. found that the Sto:lo were at a band level of social organization

échanges de saumon n'étaient pas une activité répandue, il est impossible d'affirmer que, avant le contact avec les Européens, la culture sto:lo était définie par l'utilisation du saumon comme monnaie d'échange. Il y avait bien des échanges de saumon, mais l'absence de marché pour ce produit démontre que ces échanges n'étaient pas suffisamment répandus pour indiquer qu'ils étaient une caractéristique déterminante de la société sto:lo.

Troisièmement, le commerce entre les Sto:lo et la Compagnie de la Baie d'Hudson, même s'il était certainement important pour la société sto:lo de cette époque, a été jugé par le juge du procès qualitativement différent de celui qui était typique de la culture sto:lo d'avant le contact avec les Européens. En conséquence, il ne constitue pas un élément de preuve permettant de conclure que l'échange de saumon faisait partie intégrante de la culture sto:lo. Comme il a été souligné dans l'énumération des facteurs à prendre en considération pour appliquer le critère de la «partie intégrante», la période pertinente pour l'identification des droits ancestraux est celle qui a précédé le contact avec les sociétés européennes. Sauf s'il est possible d'établir qu'une coutume, pratique ou tradition postérieure au contact avec les Européens marque une continuité avec les coutumes, pratiques ou traditions antérieures à cette période, la coutume, pratique ou tradition en question ne sera pas déclarée être à un droit ancestral. Le commerce du saumon entre les Sto:lo et la Compagnie de la Baie d'Hudson ne marque pas la continuité nécessaire avec la culture sto:lo antérieure au contact avec les Européens pour étayer la revendication d'un droit ancestral de faire le commerce du saumon. En outre, il est possible d'affirmer que le commerce du saumon entre les Sto:lo et la Compagnie de la Baie d'Hudson est devenu une activité fondamentale ou importante pour les Sto:lo principalement par suite des influences européennes. Les activités qui deviennent fondamentales ou importantes en raison de l'influence de la culture européenne ne peuvent être considérées comme des droits ancestraux.

Finalement, le juge Scarlett a conclu que l'organisation sociale des Sto:lo était celle d'une bande

1996 CanLII 216 (SCC)

rather than at a tribal level. As noted by the various experts, one of the central distinctions between a band society and a tribal society relates to specialization and division of labour. In a tribal society there tends to be specialization of labour — for example, specialization in the gathering and trade of fish — whereas in a band society division of labour tends to occur only on the basis of gender or age. The absence of specialization in the exploitation of the fishery is suggestive, in the same way that the absence of regularized trade or a market is suggestive, that the exchange of fish was not a central part of Sto:lo culture. I would note here as well Scarlett Prov. Ct. J.'s finding that the Sto:lo did not have the means for preserving fish for extended periods of time, something which is also suggestive that the exchange or trade of fish was not central to the Sto:lo way of life.

plutôt que d'une tribu. Comme l'ont indiqué les divers experts, l'une des distinctions principales entre les sociétés tribales et celles organisées en bande concerne la spécialisation et la division des tâches. Dans les sociétés tribales, il tend à y avoir spécialisation des tâches — par exemple, spécialisation dans la pêche et l'échange du poisson — alors que dans les sociétés organisées en bande, la division des tâches tend à refléter seulement le sexe ou l'âge des participants. Tout comme l'absence de commerce organisé ou de marché, l'absence de spécialisation dans l'exploitation des ressources de la pêche tend à indiquer que l'échange de poisson n'était pas un élément fondamental de la culture sto:lo. Je tiens à également souligner ici la conclusion du juge Scarlett que les Sto:lo n'avaient pas de moyens de conserver le poisson pendant de longues périodes, autre élément qui tend à indiquer que les échanges de poisson n'étaient pas un aspect fondamental du mode de vie des Sto:lo.

For these reasons, then, I would conclude that the appellant has failed to demonstrate that the exchange of fish for money or other goods was an integral part of the distinctive Sto:lo society which existed prior to contact. The exchange of fish took place, but was not a central, significant or defining feature of Sto:lo society. The appellant has thus failed to demonstrate that the exchange of salmon for money or other goods by the Sto:lo is an aboriginal right recognized and affirmed under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

91 Pour ces motifs, je conclurais donc que l'appelante n'a pas démontré que l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la société sto:lo distinctive qui existait avant le contact avec les Européens. Il y avait des échanges de poisson, mais il ne s'agissait pas d'une caractéristique fondamentale, importante ou déterminante de la société sto:lo. L'appelante n'a donc pas démontré que l'échange de saumon contre de l'argent ou d'autres biens par les Sto:lo est un droit ancestral reconnu et confirmé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

The Sparrow Test

Since the appellant has failed to demonstrate that the exchange of fish was an aboriginal right of the Sto:lo, it is unnecessary to consider the tests for extinguishment, infringement and justification laid out by this Court in *Sparrow*, *supra*.

Le critère établi dans Sparrow

92 Comme l'appelante n'a pas établi que l'échange de poisson était un droit ancestral des Sto:lo, il n'est pas nécessaire d'analyser les critères relatifs à l'extinction, à l'atteinte et à la justification énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Sparrow*, précité.

VI. Disposition

Having concluded that the aboriginal rights of the Sto:lo do not include the right to exchange fish for money or other goods, I would dismiss the

VI. Dispositif

93 Comme j'ai conclu que les droits ancestraux des Sto:lo ne comprennent pas le droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens, je suis

1996 CanLII 216 (SCC)

appeal and affirm the decision of the Court of Appeal restoring the trial judge's conviction of the appellant for violating s. 61(1) of the *Fisheries Act*. There will be no order as to costs.

94 For the reasons given above, the constitutional question must be answered as follows:

Question Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read on September 11, 1987, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, invoked by the appellant?

Answer No.

The following are the reasons delivered by

95 L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This appeal, as well as the appeals in *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, and *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, in which judgment is handed down concurrently, and the appeal in *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, concern the definition of aboriginal rights as constitutionally protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

96 While the narrow issue in this particular case deals with whether the Sto:lo, of which the appellant is a member, possess an aboriginal right to fish which includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes, the broader issue is the interpretation of the nature and extent of constitutionally protected aboriginal rights.

97 The Chief Justice concludes that the Sto:lo do not possess an aboriginal right to exchange fish for money or other goods and that, as a result, the appellant's conviction under the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, should be upheld. Not only do I disagree with the result he reaches, but I also diverge from his analysis of the issue at bar, spe-

d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la décision de la Cour d'appel qui a rétabli la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelante par le juge du procès à l'égard de la violation du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*. Il n'y aura pas d'ordonnance concernant les dépens.

Pour les motifs qui précèdent, la question constitutionnelle doit recevoir la réponse suivante:

Question Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait le 11 septembre 1987, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

Réponse Non.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Le présent pourvoi ainsi que les pourvois *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672 et *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, dans lesquels jugement est rendu en même temps, et l'arrêt *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013 portent sur la définition des droits ancestraux qui bénéficient de la protection de la Constitution en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Bien que la question restreinte qui se pose en l'espèce soit de savoir si les Sto:lo, dont l'appelante fait partie, possèdent un droit de pêche ancestral incluant le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, la question plus générale porte sur l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits ancestraux protégés par la Constitution.

Le Juge en chef conclut que les Sto:lo ne possèdent pas le droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens et que, en conséquence, la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelante en vertu de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14 devrait être confirmée. Je suis non seulement en désaccord avec ce résul-

1996 CanLII 216 (SCC)

cifically as to his approach to defining aboriginal rights and as to his delineation of the aboriginal right claimed by the appellant.

The Chief Justice has set out the facts and judgments and I will only briefly refer to them for a better understanding of what follows.

Dorothy Van der Peet, the appellant, was charged with violating s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, and, thereby, committing an offence contrary to s. 61(1) of the *Fisheries Act*. These charges arose out of the appellant's sale of 10 salmon caught by her common law spouse and his brother under the authority of an Indian food fish licence, issued pursuant to s. 27(1) of the Regulations. Section 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, is the provision here under constitutional challenge; it provides:

27. . . .

(5) No person shall sell, barter or offer to sell or barter any fish caught under the authority of an Indian food fish licence.

The appellant, her common law husband and his brother are all members of the Sto:lo Band, part of the Coast Salish Nation. Both parties to this dispute accept that the appellant sold the fish, that the sale of the fish was contrary to the Regulations and that the fish were caught pursuant to a recognized aboriginal right to fish. The parties disagree, however, as to the nature of the Sto:lo's relationship with the fishery, particularly whether their right to fish encompasses the right to sell, trade and barter fish.

Scarlett Prov. Ct. J., the trial judge found on the evidence, [1991] 3 C.N.L.R. 155, that trade by the Sto:lo was incidental to fishing for food and was either for ceremonial purposes or opportunistic exchanges taking place on a casual basis. He held,

tat, mais également avec l'analyse que fait le Juge en chef de la question en litige, tout particulièrement avec sa façon de définir les droits ancestraux et la définition qu'il donne du droit ancestral revendiqué par l'appelante.

Le Juge en chef a exposé les faits et les jugements, et je ne les rappellerai que brièvement, pour permettre une meilleure compréhension de ce qui suit. 98

L'appelante, Dorothy Van der Peet, a été accusée d'avoir contrevenu au par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, et d'avoir ainsi commis une infraction au par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*. Le fait à l'origine des accusations est la vente par l'appelante de 10 saumons qui avaient été pris par son conjoint de fait et le frère de celui-ci en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens délivré conformément au par. 27(1) du Règlement. Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, disposition qui fait l'objet de la contestation constitutionnelle en l'espèce, se lit ainsi: 99

27. . . .

(5) Il est interdit à quiconque de vendre, d'échanger ou d'offrir de vendre ou d'échanger du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens.

L'appelante, son conjoint de fait et le frère de celui-ci sont tous des membres de la bande des Sto:lo, qui fait partie de la nation des Salish de la côte. Les deux parties au présent pourvoi conviennent que l'appelante a vendu du poisson, que cette vente contrevenait au Règlement et que les poissons ont été pris conformément à un droit de pêche ancestral reconnu. Cependant, elles ne s'entendent pas sur la nature des rapports qu'entretiennent les Sto:lo avec la pêcherie, et tout particulièrement sur la question de savoir si le droit de pêche inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson. 100

Le juge du procès, le juge Scarlett de la Cour provinciale, a conclu que, à la lumière de la preuve, [1991] 3 C.N.L.R. 155, les échanges faits par les Sto:lo étaient un aspect accessoire de la pêche pratiquée à des fins alimentaires et qu'ils 101

1996 CanLII 216 (SCC)

therefore, that the aboriginal right to fish for food and ceremonial purposes did not include the right to sell and found the appellant guilty as charged.

102 On appeal to the British Columbia Supreme Court, (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392, Selbie J., the summary appeal judge, gave a different interpretation to the oral testimony, expert evidence and archaeological records. In his view, the evidence demonstrated that the Sto:lo's relationship with the fishery was broad enough to include the trade of fish since the Sto:lo who caught fish in their original aboriginal society could do whatever they wanted with that fish. He overturned the appellant's conviction and entered an acquittal.

103 At the British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, the findings and verdict of the trial judge were restored. The majority of the Court of Appeal, *per* Macfarlane J.A. (Taggart J.A. concurring) and Wallace J.A., found that the Sto:lo engaged only in casual exchanges of fish and that this was entirely different from fishing for commercial and market purposes. Lambert J.A., dissenting, held that the best description of the aboriginal practices, traditions and customs of the Sto:lo was one which included the sale, trade and barter of fish. Also dissenting, Hutcheon J.A. focused on the evidence demonstrating that by 1846, the date of British sovereignty, trade in salmon was taking place in the Sto:lo community.

104 Leave to appeal was granted by this Court and the Chief Justice stated the following constitutional question:

Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read on September 11, 1987, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, invoked by the appellant?

étaient effectués soit à des fins rituelles soit dans le cadre d'occasions fortuites. Il a en conséquence statué que le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires et rituelles n'incluait pas le droit de vendre le poisson, et il a déclaré l'appelante coupable des accusations dont elle faisait l'objet.

En appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392, le juge d'appel Selbie des poursuites sommaires a interprété différemment les dépositions orales, la preuve offerte par les experts et les documents archéologiques. À son avis, la preuve établissait que les rapports qu'entretenait la bande des Sto:lo avec la pêcherie étaient suffisamment larges pour inclure le commerce du poisson puisque les premiers Sto:lo pouvaient faire ce qu'ils voulaient avec ce poisson. Le juge Selbie a écarté la déclaration de culpabilité et acquitté l'appelante.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, a rétabli les conclusions et la décision du juge du procès. La Cour d'appel à la majorité — les juges Macfarlane (avec l'appui du juge Taggart) et Wallace — a conclu que les Sto:lo ne faisaient que des échanges fortuits de poisson, activité complètement différente de la pêche qui est pratiquée à des fins commerciales, pour approvisionner un marché. Le juge Lambert, dissident, a conclu que la meilleure façon de décrire les coutumes, pratiques et traditions autochtones des Sto:lo était de dire qu'elles incluaient les activités de vente et d'échange de poisson. Le juge Hutcheon, également dissident, s'est attaché à la preuve établissant que, en 1846, date d'affirmation de la souveraineté britannique, on faisait le commerce du saumon dans la collectivité Sto:lo.

Notre Cour a accueilli la demande d'autorisation de pourvoi et le Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante:

Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS-84-248, tel qu'il se lisait le 11 septembre 1987, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

1996 CanLII 216 (SCC)

In my view, the definition of aboriginal rights as to their nature and extent must be addressed in the broader context of the historical aboriginal reality in Canada. Therefore, before going into the specific analysis of aboriginal rights protected under s. 35(1), a review of the legal evolution of aboriginal history is in order.

I. Historical and General Background

It is commonly accepted that the first aboriginal people of North America came from Siberia, over the Bering terrestrial bridge, some 12,000 years ago. They found a *terra nullius* and gradually began to explore and populate the territory. These people have always enjoyed, whether as nomadic or sedentary communities, some kind of social and political structure. Accordingly, it is fair to say that prior to the first contact with the Europeans, the native people of North America were independent nations, occupying and controlling their own territories, with a distinctive culture and their own practices, traditions and customs.

In that regard, it is useful to acknowledge the findings of Marshall C.J. of the United States Supreme Court in the so-called trilogy, comprised of *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831), and *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832). Particularly in *Worcester*, Marshall C.J.'s general description of aboriginal societies in North America is apropos (at pp. 542-43):

> America, separated from Europe by a wide ocean, was inhabited by a distinct people, divided into separate nations, independent of each other and of the rest of the world, having institutions of their own, and governing themselves by their own laws.

This passage was quoted, with approval, by Hall J. in *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at p. 383. Also in *Calder*,

À mon avis, la détermination de la nature et de l'étendue des droits ancestraux doit se faire dans le contexte plus général de la réalité historique autochtone au Canada. En conséquence, avant d'entamer l'analyse spécifique des droits ancestraux protégés par le par. 35(1), il convient d'examiner l'évolution juridique de l'histoire autochtone. 105

I. Le contexte historique général

Il semble généralement reconnu que les premiers habitants de l'Amérique du Nord sont venus de Sibérie, il y a quelque 12,000 ans, par le pont terrestre de Béring. Ils ont trouvé une *terra nullius*, qu'ils ont progressivement explorée et peuplée. Ces gens ont toujours possédé, autant comme communautés nomades que comme communautés sédentaires, une certaine forme d'organisation sociale et politique. En conséquence, il est juste d'affirmer que les peuples autochtones d'Amérique du Nord étaient, avant les premiers contacts avec les Européens, des nations indépendantes qui occupaient et contrôlaient leur propre territoire et possédaient une culture distinctive ainsi que leurs propres coutumes, pratiques et traditions. 106

À cet égard, il est utile de faire état des conclusions du juge en chef Marshall de la Cour suprême des États-Unis dans ce qu'on appelle la trilogie, savoir les arrêts suivants: *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), *Cherokee Nation c. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831) et *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832). Dans *Worcester*, tout particulièrement, le juge en chef Marshall a donné une description générale pertinente des sociétés autochtones d'Amérique du Nord (aux pp. 542 et 543): 107

> [TRADUCTION] L'Amérique, séparée de l'Europe par un vaste océan, était habitée par un peuple différent, divisé en nations distinctes, indépendantes l'une de l'autre et vis-à-vis du reste du monde; elles avaient leurs propres institutions et se gouvernaient elles-mêmes en vertu de leurs propres lois.

Cet extrait a été cité et approuvé par le juge Hall dans l'arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, à la

1996 CanLII 216 (SCC)

Judson J., for the majority in the result, made the following observations at p. 328:

> Although I think that it is clear that Indian title in British Columbia cannot owe its origin to the Proclamation of 1763, the fact is that when the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries. [Emphasis added.]

See also, regarding the independent character of aboriginal nations, the remarks of Lamer J. (as he then was) in *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1053.

108 At the time of the first formal arrival of the Europeans, in the sixteenth century, most of the territory of what is now Canada was occupied and used by aboriginal people. From the earliest point, however, the settlers claimed sovereignty in the name of their home country. Traditionally, there are four principles upon which states have relied to justify the assertion of sovereignty over new territories: see Brian Slattery, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples, as Affected by the Crown's Acquisition of Their Territories* (1979). These are: (1) conquest, (2) cession, (3) annexation, and (4) settlement, i.e., acquisition of territory that was previously unoccupied or is not recognized as belonging to another political entity.

109 In the eyes of international law, the settlement thesis is the one rationale which can most plausibly justify European sovereignty over Canadian territory and the native people living on it (see Patrick Macklem, "Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government" (1995), 21 *Queen's L.J.* 173) although there is still debate as to whether the land was indeed free for occupation. See Brian Slattery, "Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 681, and Michael Asch, *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution* (1984).

110 In spite of the sovereignty proclamation, however, the early practices of the British recognized

p. 383. Dans ce même arrêt, le juge Judson, s'exprimant au nom de la majorité, a fait les observations suivantes, à la p. 328:

> Je crois qu'il est clair qu'en Colombie-Britannique, le titre indien ne peut pas avoir pour origine la Proclamation de 1763, mais il reste que lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles. [Je souligne.]

En ce qui concerne le caractère indépendant des nations autochtones, voir aussi les remarques du juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la p. 1053.

Au seizième siècle, à l'époque de l'arrivée officielle des Européens, la majeure partie du territoire qui est aujourd'hui le Canada était occupée et utilisée par les peuples autochtones. Cependant, dès leur arrivée, les colons ont affirmé la souveraineté de leur mère patrie sur ce territoire. Traditionnellement, quatre principes ont été invoqués par les États pour affirmer leur souveraineté sur de nouveaux territoires: voir Brian Slattery, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples, as Affected by the Crown's Acquisition of Their Territories* (1979). Ces principes sont: (1) la conquête, (2) la cession, (3) l'annexion, et (4) la colonisation, c'est-à-dire l'acquisition d'un territoire qui n'était pas occupé auparavant ou qui n'était pas reconnu comme appartenant à une autre entité politique.

En droit international, c'est le principe de la colonisation qui permet de justifier de la façon la plus plausible la souveraineté européenne sur le territoire canadien et les autochtones qui l'habitaient (voir Patrick Macklem, «Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government» (1995), 21 *Queen's L.J.* 173), quoique la question de savoir s'il s'agissait d'un territoire libre qui pouvait être occupé continue d'être débattue. (Voir Brian Slattery, «Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims» (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 681, et Michael Asch, *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution* (1984).

Malgré la proclamation de souveraineté, cependant, par les pratiques qu'ils ont appliquées au

1996 CanLII 216 (SCC)

aboriginal title or rights and required their extinguishment by cession, conquest or legislation: see André Émond, "Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763?" (1995), 41 *McGill L.J.* 59, at p. 62. This tradition of the British imperial power (either applied directly or after French capitulation) was crystallized in the *Royal Proclamation of 1763*, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.

In *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, Dickson C.J. and La Forest J. wrote the following regarding Crown sovereignty and British practices *vis-à-vis* aboriginal people at p. 1103:

> It is worth recalling that while British policy towards the native population was based on respect for their right to occupy their traditional lands, a proposition to which the Royal Proclamation of 1763 bears witness, there was from the outset never any doubt that sovereignty and legislative power, and indeed the underlying title, to such lands vested in the Crown. . . .

See also André Émond, "Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale" (1996), 30 *R.J.T.* 1, at p. 1.

As a result, it has become accepted in Canadian law that aboriginal title, and aboriginal rights in general, derive from historic occupation and use of ancestral lands by the natives and do not depend on any treaty, executive order or legislative enactment: see *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*, at p. 390, *per* Hall J., confirmed in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 379, *per* Dickson J. (as he then was), and *Sparrow*, *supra*; see also the decision of the High Court of Australia in *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1. See also Brian Slattery, "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights" (1983), 8 *Queen's L.J.* 232, at p. 242, and Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992) at p. 679. This position is known as the "inherent theory" of aboriginal rights, as contrasted with the "contingent theory" of aboriginal rights: see Michael Asch and Patrick Macklem,

départ les Britanniques reconnaissaient les titres aborigènes ou droits ancestraux et ils exigeaient qu'ils aient été éteints par cession, conquête ou législation: voir André Émond, «Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763?» (1995), 41 *R.D. McGill* 59, à la p. 62. La *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, nº 1, a cristallisé cette tradition du pouvoir impérial britannique (qui s'est appliquée soit directement, soit après la capitulation de la France).

Dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont écrit ce qui suit relativement à la souveraineté de Sa Majesté et aux pratiques britanniques vis-à-vis des peuples autochtones (à la p. 1103):

> Il convient de rappeler que bien que la politique britannique envers la population autochtone fût fondée sur le respect de leur droit d'occuper leurs terres ancestrales, comme en faisait foi la Proclamation royale de 1763, dès le départ, on n'a jamais douté que la souveraineté et la compétence législative, et même le titre sous-jacent, à l'égard de ces terres revenaient à Sa Majesté. . .

Voir aussi André Émond, «Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale» (1996), 30 *R.J.T.* 1, à la p. 1.

En conséquence, il est maintenant reconnu en droit canadien que le titre aborigène et les droits ancestraux en général découlent de l'occupation et de l'utilisation historiques des terres ancestrales par les autochtones et qu'ils ne sont pas tributaires de quelque traité, décret ou mesure législative: *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, à la p. 390, le juge Hall; confirmé dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 379, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) et *Sparrow*, précité; voir également l'arrêt *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1 de la High Court of Australia. Voir aussi Brian Slattery, «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights» (1983), 8 *Queen's L.J.* 232, à la p. 242, et Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3e éd. 1992), à la p. 679. Cette position est la [TRADUCTION] «théorie du caractère inhérent» des droits ancestraux, par

1996 CanLII 216 (SCC)

"Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R.* v. *Sparrow*" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498, Patrick Macklem, "First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination" (1991), 36 *McGill L.J.* 382, and Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989).

opposition à la «théorie du caractère conditionnel» des droits ancestraux: voir Michael Asch and Patrick Macklem, «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R.* v. *Sparrow*» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498, Patrick Macklem, «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination» (1991), 36 *R.D. McGill* 382, et Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989).

113 Aboriginal people's occupation and use of North American territory was not static, nor, as a general principle, should be the aboriginal rights flowing from it. Natives migrated in response to events such as war, epidemic, famine, dwindling game reserves, etc. Aboriginal practices, traditions and customs also changed and evolved, including the utilisation of the land, methods of hunting and fishing, trade of goods between tribes, and so on. The coming of Europeans increased this fluidity and development, bringing novel opportunities, technologies and means to exploit natural resources: see Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at pp. 741-42. Accordingly, the notion of aboriginal rights must be open to fluctuation, change and evolution, not only from one native group to another, but also over time.

L'occupation et l'utilisation du territoire de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones n'étaient pas statiques et, en règle générale, les droits ancestraux en découlant ne devraient pas l'être non plus. Poussés par divers événements, telles des guerres, des épidémies, des famines et la rareté du gibier, les autochtones migraient. De même, leurs coutumes, pratiques et traditions changeaient et évoluaient, notamment l'utilisation des terres, les méthodes de chasse et de pêche, l'échange de biens entre tribus. L'arrivée des Européens a accru ces déplacements et ces changements, créant de nouvelles occasions et introduisant de nouvelles techniques et méthodes d'exploitation des ressources naturelles: voir Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727, aux pp. 741 et 742. En conséquence, la notion de droits ancestraux doit pouvoir fluctuer, changer et évoluer, non seulement d'un groupe autochtone à l'autre, mais aussi dans le temps.

114 Aboriginal interests arising out of natives' original occupation and use of ancestral lands have been recognized in a body of common law rules referred to as the doctrine of aboriginal rights: see Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights", *supra*, at p. 732. These principles define the terms upon which the Crown acquired sovereignty over native people and their territories.

Les intérêts autochtones découlant de leur occupation et utilisation originales des terres ancestrales ont été reconnus dans un ensemble de règles de common law appelées doctrine des droits ancestraux; voir Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, à la p. 732. Ces principes définissent les conditions auxquelles Sa Majesté a acquis la souveraineté sur les autochtones et leur territoire.

115 The traditional and main component of the doctrine of aboriginal rights relates to aboriginal title, i.e., the *sui generis* proprietary interest which gives native people the right to occupy and use the land at their own discretion, subject to the Crown's ultimate title and exclusive right to purchase the land: see *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The*

La principale composante traditionnelle de la doctrine des droits ancestraux concerne le titre aborigène, c'est-à-dire le droit foncier *sui generis* qui confère aux autochtones le droit d'occuper et d'utiliser à leur gré les terres visées, sous réserve du fait que c'est Sa Majesté qui, en dernier ressort, en détient le titre et possède le droit exclusif

1996 CanLII 216 (SCC)

Queen (1888), 14 A.C. 46 (P.C.), at p. 54, *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*, at p. 328, *per* Judson J., and at p. 383, *per* Hall J., and *Guerin*, *supra*, at pp. 378 and 382, *per* Dickson J. (as he then was).

The concept of aboriginal title, however, does not capture the entirety of the doctrine of aboriginal rights. Rather, as its name indicates, the doctrine refers to a broader notion of aboriginal rights arising out of the historic occupation and use of native ancestral lands, which relate not only to aboriginal title, but also to the component elements of this larger right — such as aboriginal rights to hunt, fish or trap, and their accompanying practices, traditions and customs — as well as to other matters, not related to land, that form part of a distinctive aboriginal culture: see W. I. C. Binnie, "The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?" (1990), 15 *Queen's L.J.* 217, and Douglas Sanders, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 314.

This brings me to the different type of lands on which aboriginal rights can exist, namely reserve lands, aboriginal title lands, and aboriginal right lands: see Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights", *supra*, at pp. 743-44. The common feature of these lands is that the Canadian Parliament and, to a certain extent, provincial legislatures have a general legislative authority over the activities of aboriginal people, which is the result of the British assertion of sovereignty over Canadian territory. There are, however, important distinctions to draw between these types of lands with regard to the legislation applicable and claims of aboriginal rights.

Reserve lands are those lands reserved by the Federal Government for the exclusive use of Indian people; such lands are regulated under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5. On reserve lands, federal legislation, pursuant to s. 91(24) of the

d'acheter les terres en question: voir *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 A.C. 46 (C.P.), à la p. 54, *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, à la p. 328, le juge Judson et à la p. 383, le juge Hall, et *Guerin*, précité, aux pp. 378 et 382, le juge Dickson (plus tard Juge en chef).

Cependant, le titre aborigène ne représente pas l'ensemble de la doctrine des droits ancestraux. Au contraire, comme son nom l'indique, cette doctrine vise un ensemble plus grand de droits fondés sur l'occupation et l'utilisation historiques par les autochtones de leurs terres ancestrales, qui comprend non seulement le titre aborigène, mais aussi les éléments constitutifs de ce droit plus large — tels les droits de chasse, de pêche et de piégeage ancestraux, et les coutumes, pratiques et traditions connexes — ainsi que d'autres éléments qui font partie intégrante de la culture autochtone distinctive visée, mais ne se rapportent pas au territoire: voir W. I. C. Binnie, «The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?» (1990), 15 *Queen's L.J.* 217, et Douglas Sanders, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1983), 61 *R. du B. can.* 314.

Cela m'amène aux différents types de terres auxquelles peuvent se rattacher des droits ancestraux: les terres des réserves, les terres visées par un titre aborigène et les terres visées par un droit ancestral: voir Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, aux pp. 743 et 744. Ces terres ont en commun le fait que le législateur fédéral et, dans une certaine mesure, les assemblées législatives provinciales possèdent un pouvoir général de légiférer à l'égard des activités des autochtones, pouvoir qui découle de l'affirmation de la souveraineté britannique sur le territoire canadien. Cependant, des distinctions importantes doivent être faites entre ces divers types de terres quant aux lois qui leur sont applicables et aux droits ancestraux qui peuvent y être revendiqués.

Les terres des réserves sont les terres qui sont réservées par le gouvernement fédéral pour l'usage exclusif des Indiens. Ces terres sont régies par la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5. S'appliquent sur ces terres et les lois fédérales, conformé-

1996 CanLII 216 (SCC)

Constitution Act, 1867, as well as provincial laws of general application, pursuant to s. 88 of the *Indian Act*, are applicable. However, under s. 81 of the *Indian Act*, band councils can enact by-laws, for particular purposes specified therein, which supplant incompatible provincial legislation — even that enacted under s. 88 of the Act — as well as incompatible federal legislation — in so far as the Minister of Indian Affairs has not disallowed the by-laws pursuant to s. 82 of the Act. The latter scenario was the foundation of the claims in *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921, and partly in *R. v. Nikal*, *supra*.

119 Aboriginal title lands are lands which the natives possess for occupation and use at their own discretion, subject to the Crown's ultimate title (see *Guerin v. The Queen*, *supra*, at p. 382); federal and provincial legislation applies to aboriginal title lands, pursuant to the governments' respective general legislative authority. Aboriginal title of this kind is founded on the common law and strict conditions must be fulfilled for such title to be recognized: see *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*, and *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518. In fact, aboriginal title exists when the bundle of aboriginal rights is large enough to command the recognition of a *sui generis* proprietary interest to occupy and use the land. It follows that aboriginal rights can be incidental to aboriginal title but need not be; these rights are severable from and can exist independently of aboriginal title. As I have already noted elsewhere, the source of these rights is the historic occupation and use of ancestral lands by the natives.

120 Aboriginal title can also be founded on treaties concluded between the natives and the competent

ment au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et les lois provinciales d'application générale, conformément à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Cependant, les conseils de bande peuvent, en vertu de l'art. 81 de la *Loi sur les Indiens*, décréter des règlements administratifs pour les fins particulières précisées dans cette disposition. Ces règlements administratifs remplacent les lois provinciales incompatibles — même celles édictées en vertu de l'art. 88 de la Loi — ainsi que les lois fédérales incompatibles — dans la mesure où le ministre des Affaires indiennes ne désavoue pas les règlements administratifs en question conformément à l'art. 82 de la Loi. Ce dernier scénario était le fondement des réclamations à l'origine de l'arrêt *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921, et il l'était en partie dans *R. c. Nikal*, précité.

1996 CanLII 216 (SCC)

Les terres visées par un titre aborigène sont les terres que possèdent les autochtones et qu'ils peuvent occuper et utiliser à leur gré, sous réserve du fait que c'est Sa Majesté qui, en dernier ressort, en détient le titre (voir *Guerin c. La Reine*, précité, à la p. 382). Les lois fédérales et provinciales s'appliquent aux terres visées par un titre aborigène, conformément au pouvoir général de légiférer respectif de ces deux ordres de gouvernement. Un titre aborigène de cette nature est fondé sur la common law et doit respecter des conditions strictes pour être reconnu: voir *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité; et *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518. De fait, le titre aborigène existe lorsque l'ensemble des droits ancestraux est suffisamment important pour commander la reconnaissance d'un droit foncier *sui generis* d'occupation et d'utilisation des terres visées. Il s'ensuit que des droits ancestraux peuvent être des éléments accessoires d'un titre aborigène, mais pas nécessairement. Ces droits sont dissociables du titre aborigène et peuvent exister indépendamment de celui-ci. Comme je l'ai déjà mentionné, la source de ces droits est l'occupation et l'utilisation historiques par les autochtones de leurs terres ancestrales.

Un titre aborigène peut également être fondé sur un traité entre les autochtones concernés et le gou-

government: see *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, and *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901. Where this occurs, the aboriginal rights crystallized in the treaty become treaty rights and their scope must be delineated by the terms of the agreement. The rights arising out of a treaty are immune from provincial legislation — even that enacted under s. 88 of the *Indian Act* — unless the treaty incorporates such legislation, as in *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771. A treaty, however, does not exhaust aboriginal rights; such rights continue to exist apart from the treaty, provided that they are not substantially connected to the rights crystallized in the treaty or extinguished by its terms.

Finally, aboriginal right lands are those lands on which only specific aboriginal rights exist (e.g., the right to hunt for food, social and ceremonial purposes) because the occupation and use by the particular group of aboriginal people is too limited and, as a result, does not meet the criteria for the recognition, at common law, of aboriginal title. In these cases, the aboriginal rights on the land are restricted to residual portions of the aboriginal title — such as the rights to hunt, fish or trap — or to other matters not connected to land; they do not, therefore, entail the full *sui generis* proprietary right to occupy and use the land.

Both the Canadian Parliament and provincial legislatures can enact legislation, pursuant to their respective general legislative competence, that affect native activities on aboriginal right lands. As Cory J. puts it in *Nikal*, *supra* (at para. 92): "[t]he government must ultimately be able to determine and direct the way in which these rights [of the natives and of the rest of Canadian society] should interact". See also, *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*, at pp. 328-29, *per* Judson J., and at p. 401, *per* Hall J; *Guerin*, *supra*, at pp. 377-78, *Sparrow*, *supra*, at p. 1103, and

vernement compétent: voir *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, et *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901. Dans un tel cas, les droits ancestraux cristallisés dans le traité deviennent des droits issus de traités et leur portée doit être déterminée eu égard aux conditions de cet accord. Les droits découlant d'un traité sont soustraits à l'application des lois provinciales — même celles édictées en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* — sauf si le traité incorpore ces lois, voir l'arrêt *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771. Cependant, un traité ne fait pas disparaître les droits ancestraux. De tels droits continuent d'exister, indépendamment du traité, pourvu qu'ils ne se rattachent pas de façon importante aux droits qui ont été cristallisés dans le traité ou éteints par les conditions de celui-ci.

Enfin, les terres visées par un droit ancestral 121
sont les terres auxquelles ne peuvent se rattacher que des droits ancestraux spécifiques (p. ex., le droit de chasser à des fins alimentaires, sociales et rituelles), parce que l'occupation et l'utilisation des terres par le groupe autochtone concerné sont trop limitées et, en conséquence, ne respectent pas le critère applicable en vue de la reconnaissance, en common law, d'un titre aborigène. Dans de tels cas, les droits ancestraux visant ces terres se limitent aux aspects résiduels du titre aborigène — tel le droit de chasser, de pêcher ou de piéger — ou à d'autres aspects ne se rapportant pas au territoire. Ces droits ne comportent donc pas le plein droit de propriété *sui generis* d'occuper et d'utiliser les terres.

Tant le législateur fédéral que les assemblées 122
législatives provinciales peuvent édicter, conformément à leur pouvoir général respectif de légiférer, des mesures législatives applicables aux activités des autochtones sur les terres visées par des droits ancestraux. Comme le dit le juge Cory dans l'arrêt *R. c. Nikal*, précité (au par. 92): «[l]e gouvernement doit, en dernier ressort, être capable d'établir ou de régir la façon dont ces droits [ceux des autochtones et du reste de la société canadienne] devraient interagir». Voir aussi *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, aux pp. 328 et 329, le juge Judson, et à la p. 401, le juge Hall, *Guerin*, précité, aux pp. 377 et

1996 CanLII 216 (SCC)

Mitchell v. Peguis Indian Band, [1990] 2 S.C.R. 85, at p. 109.

123 These types of lands are not static or mutually exclusive. A piece of land can be conceived of as aboriginal title land and later become reserve land for the exclusive use of Indians; such land is then, reserve land on aboriginal title land. Further, aboriginal title land can become aboriginal right land because the occupation and use by the particular group of aboriginal people has narrowed to specific activities. The bottom line is this: on every type of land described above, to a larger or smaller degree, aboriginal rights can arise and be recognized.

124 This being said, the instant case is confined to the recognition of an aboriginal right and does not involve by-laws on a reserve or claims of aboriginal title, nor does it relate to any treaty rights. The contention of the appellant is simply that the Sto:lo, of which she is one, possess an aboriginal right to fish — arising out of the historic occupation and use of their lands — which includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes.

125 Prior to 1982, the doctrine of aboriginal rights was founded only on the common law and aboriginal rights could be extinguished by treaty, conquest and legislation as they were "dependent upon the good will of the Sovereign": see *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen*, *supra*, at p. 54, also *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267, *Sikyea v. The Queen*, [1964] S.C.R. 642, and *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*; see also, regarding the mode of extinguishing aboriginal rights, Kenneth Lysyk, "The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of Calder" (1973), 51 *Can. Bar Rev.* 450.

378, *Sparrow*, précité, à la p. 1103 et *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, à la p. 109.

Le classement d'une terre dans un type donné n'est pas immuable. De plus, une terre peut appartenir à plus d'un type. Ainsi, on peut imaginer que des terres qualifiées de terres visées par un titre aborigène deviennent par la suite des terres de réserve mises de côté pour l'usage exclusif des Indiens. Ces terres sont alors des terres de réserve situées sur des terres visées par un titre aborigène. Par ailleurs, des terres visées par un titre aborigène peuvent devenir des terres visées par un droit ancestral, si le groupe autochtone concerné ne les occupent et ne les utilisent que pour des activités spécifiques. Bref, la situation est la suivante: sur chacun des types de terres que j'ai décrits précédemment, des droits ancestraux peuvent naître et être reconnus, dans une plus ou moins grande mesure.

Cela dit, le présent pourvoi ne vise qu'à faire reconnaître un droit ancestral et il ne met en jeu ni règlement administratif décrété dans une réserve ni revendication d'un titre aborigène, et il ne concerne aucun droit issu de traité. L'appelante soutient simplement que le peuple Sto:lo, dont elle fait partie, possède — du fait de l'occupation et de l'utilisation historiques de ses terres — un droit de pêche ancestral qui inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance.

Avant 1982, la doctrine des droits ancestraux n'était fondée que sur la common law, et les droits ancestraux pouvaient en conséquence être éteints par traité, par conquête et par voie législative puisqu'ils [TRADUCTION] «dépendaient de la bonne volonté du Souverain»: voir *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen*, précité, à la p. 54, *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267, *Sikyea c. The Queen*, [1964] R.C.S. 642 et *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité; voir aussi, en ce qui concerne le mode d'extinction des droits ancestraux, Kenneth Lysyk, «The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of Calder» (1973), 51 *R. du B. can.* 450.

1996 CanLII 216 (SCC)

Since then, however, s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* provides constitutional protection to aboriginal interests arising out of the native historic occupation and use of ancestral lands through the recognition and affirmation of "existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada": see Brian Slattery, "First Nations and the Constitution: A Question of Trust" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 261, at p. 263. Consequently, as I shall examine in some detail, the general legislative authority over native activities is now limited and legislation which infringes upon existing aboriginal or treaty rights must be justified.

The general analytical framework developed under s. 35(1) will now be outlined before proceeding with the interpretation of the nature and extent of constitutionally protected aboriginal rights.

II. Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and the *Sparrow* Test

The analysis of the issue before us must start with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, found in Part II of that Act entitled "Rights of the Aboriginal Peoples of Canada", which provides:

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

The scope of s. 35(1) was discussed in *Sparrow*, *supra*. In that case, a member of the Musqueam Band, Ronald Edward Sparrow, was charged under s. 61(1) of the *Fisheries Act* with the offence of fishing with a drift-net in excess of the 25-fathom depth permitted by the terms of the band's Indian food fishing licence. The fishing occurred in a narrow channel of the Fraser River, a few miles upstream from Vancouver International Airport. Sparrow readily admitted having fished as alleged, but he contended that, because the Musqueam had an aboriginal right to fish, the attempt to regulate net length was inconsistent with s. 35(1) and was

Depuis ce temps, cependant, le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* confère la protection de la Constitution aux intérêts des autochtones qui découlent de l'occupation et de l'utilisation historiques par ceux-ci de leurs terres ancestrales, en reconnaissant et en confirmant «[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada»: voir Brian Slattery, «First Nations and the Constitution: A Question of Trust» (1992), 71 *R. du B. can.* 261, à la p. 263. En conséquence, comme je l'examinerai de façon approfondie, le pouvoir général de légiférer à l'égard des activités des autochtones est maintenant limité, et toute mesure législative portant atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités doit être justifiée. 126

Avant de passer à l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits ancestraux protégés par la Constitution, je vais exposer ci-après le cadre d'analyse général qui a été élaboré pour l'application du par. 35(1). 127

II. Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et le test établi dans *Sparrow*

L'analyse de la question dont nous sommes saisis commence par l'examen du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui figure à la partie II de cette loi et qui est intitulée «Droits des peuples autochtones du Canada». Ce paragraphe est ainsi rédigé: 128

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

La portée du par. 35(1) a été examinée dans *Sparrow*, précité. Dans cette affaire, un membre de la bande indienne des Musqueams, Ronald Edward Sparrow, avait été accusé, en vertu du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*, d'avoir pêché avec un filet dérivant plus long que les 25 brasses autorisées par le permis de pêche de subsistance des Indiens de la bande. L'accusé avait pêché dans un étroit passage du fleuve Fraser, à quelques milles en amont de l'Aéroport international de Vancouver. Sparrow a volontiers reconnu avoir pêché de la manière reprochée, mais il a prétendu que, en raison du droit de pêche ancestral des Musqueams, les 129

1996 CanLII 216 (SCC)

thus rendered of no force or effect by s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

130 I pause here to note that in *Sparrow*, Dickson C.J. and La Forest J. stressed the importance of taking a case-by-case approach to the interpretation of the rights involved in s. 35(1). They stated at p. 1111:

> We wish to emphasize the importance of context and a case-by-case approach to s. 35(1). Given the generality of the text of the constitutional provision, and especially in light of the complexities of aboriginal history, society and rights, the contours of a justificatory standard must be defined in the specific factual context of each case.

See also *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, and *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (Ont. C.A.).

131 The Court, nevertheless, developed a basic analytical framework for constitutional claims of aboriginal right protection under s. 35(1). The test set out in *Sparrow* includes three steps, namely: (1) the assessment and definition of an existing aboriginal right (including extinguishment); (2) the establishment of a *prima facie* infringement of such right; and (3) the justification of the infringement. I shall briefly discuss each of them in turn.

132 The rights of aboriginal people constitutionally protected in s. 35(1) are those in existence at the time of the enactment of the *Constitution Act, 1982*. However, the manner in which they were regulated in 1982 is irrelevant to the definition of aboriginal rights because they must be assessed in their contemporary form; aboriginal rights are not frozen in time: see *Sparrow*, at p. 1093; see also Brian Slattery, "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights", *supra*, Kent McNeil, "The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255, and William Pentney, "The Rights of the

mesures visant à réglementer la longueur des filets étaient incompatibles avec le par. 35(1) et, par conséquent, inopérantes en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Je m'arrête ici un moment pour signaler que, dans *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont souligné l'importance de procéder à un examen cas par cas en matière d'interprétation des droits visés par le par. 35(1). Ils ont affirmé ce qui suit, à la p. 1111:

> Nous tenons à souligner relativement au par. 35(1) l'importance du contexte et d'un examen cas par cas. Étant donné la généralité du texte de la disposition constitutionnelle en cause et compte tenu surtout des complexités que présentent l'histoire, la société et les droits des autochtones, les limites d'une norme justificative doivent être fixées dans le contexte factuel particulier de chaque cas.

Voir également *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104 et *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (C.A. Ont.).

Notre Cour a néanmoins élaboré un cadre fondamental d'analyse des affaires constitutionnelles dans lesquelles on demande qu'un droit soit protégé en tant que droit ancestral en vertu du par. 35(1). Le test énoncé dans *Sparrow* comporte trois étapes: (1) l'évaluation et la définition d'un droit ancestral existant (y compris son extinction), (2) l'établissement d'une atteinte *prima facie* à ce droit, et (3) la justification de cette atteinte. Je vais examiner brièvement chacune de ces étapes à tour de rôle.

Les droits des peuples autochtones qui sont protégés par la Constitution au par. 35(1) sont ceux qui existaient au moment de l'édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cependant, la façon dont ces droits étaient réglementés en 1982 n'est pas pertinente pour la définition des droits ancestraux, étant donné que ceux-ci doivent être appréciés dans leur état actuel; les droits ancestraux ne sont pas figés dans le temps: voir *Sparrow*, à la p. 1093; voir aussi Brian Slattery, «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights», *loc. cit.*; Kent McNeil, «The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1982), 4

1996 CanLII 216 (SCC)

Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee" (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207. The onus is on the claimant to prove that he or she benefits from an existing aboriginal right. I will return later to this first step to elaborate on the interpretation of the nature and extent of aboriginal rights.

Also, the Crown could extinguish aboriginal rights by legislation prior to 1982, but its intention to do so had to be clear and plain. Therefore, the regulation of an aboriginal activity does not amount to its extinguishment (*Sparrow*, at p. 1097) and legislation necessarily inconsistent with the continued enjoyment of aboriginal rights is not sufficient to meet the test. The "clear and plain" hurdle for extinguishment is, as a result, quite high: see *Simon*, *supra*. The onus of proving extinguishment is on the party alleging it, that is, the Crown.

As regards the second step of the *Sparrow* test, when an existing aboriginal right has been established, the claimant must demonstrate that the impugned legislation constitutes a *prima facie* infringement of the right. Put another way, the question becomes whether the legislative provision under scrutiny is in conflict with the recognized aboriginal right, either because of its object or its effects. In *Sparrow*, Dickson C.J. and La Forest J. provided the following guidelines, at p. 1112, regarding infringement:

To determine whether the fishing rights have been interfered with such as to constitute a *prima facie* infringement of s. 35(1), certain questions must be asked. First, is the limitation unreasonable? Second, does the regulation impose undue hardship? Third, does the regulation deny to the holders of the right their preferred means of exercising that right? The onus of proving a *prima facie* infringement lies on the individual or group challenging the legislation. In relation to the facts of this appeal, the regulation would be found to be a *prima facie* interference if it were found to be an adverse restriction on the Musqueam exercise of their

Sup. Ct. L. Rev. 255 et William Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee» (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207. Il incombe au demandeur de prouver qu'il bénéficie d'un droit ancestral existant. Je reviendrai plus loin sur cette première étape pour élaborer sur l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits ancestraux.

De plus, avant 1982, Sa Majesté pouvait éteindre des droits ancestraux par une mesure législative, mais son intention de le faire devait être claire et expresse. Par conséquent, la réglementation d'une activité autochtone n'équivaut pas à son extinction (*Sparrow*, à la p. 1097), et une mesure législative nécessairement incompatible avec la jouissance continue de droits ancestraux ne suffit pas pour satisfaire au test. La condition relative à l'intention «claire et expresse» d'éteindre un droit est, en conséquence, très exigeante: voir *Simon*, précité. Le fardeau de prouver l'extinction des droits visés incombe à la partie qui l'allègue, en l'occurrence Sa Majesté.

En ce qui concerne la deuxième étape du test formulé dans *Sparrow*, une fois qu'il a établi l'existence d'un droit ancestral, le demandeur doit démontrer que la mesure législative contestée porte atteinte *prima facie* à ce droit. Autrement dit, la question est alors de savoir si la disposition législative examinée est, de par son objet ou de par ses effets, incompatible avec le droit ancestral reconnu. Dans *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont formulé les lignes directrices suivantes relativement à la question de l'atteinte, aux pp. 1112 et 1113:

Pour déterminer si les droits de pêche ont subi une atteinte constituant une violation à première vue du par. 35(1), on doit poser certaines questions. Premièrement, la restriction est-elle déraisonnable? Deuxièmement, le règlement est-il indûment rigoureux? Troisièmement, le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer? C'est au particulier ou au groupe qui conteste la mesure législative qu'il incombe de prouver qu'il y a eu violation à première vue. En ce qui concerne les faits du présent pourvoi, le règlement serait jugé constituer une atteinte à première vue si on concluait qu'il impose une restriction néfaste à

133

134

1996 CanLII 216 (SCC)

right to fish for food. We wish to note here that the issue does not merely require looking at whether the fish catch has been reduced below that needed for the reasonable food and ceremonial needs of the Musqueam Indians. Rather the test involves asking whether either the purpose or the effect of the restriction on net length unnecessarily infringes the interests protected by the fishing right.

135 Thirdly, after the claimant has demonstrated that the legislation in question constitutes a *prima facie* infringement of his or her aboriginal right, the onus then shifts again to the Crown to prove that the infringement is justified. Courts will be asked, at this stage, to balance and reconcile the conflicting interests of native people, on the one hand, and of the rest of Canadian society, on the other. Specifically, this last step of the *Sparrow* test requires the assessment of both the validity of the objective of the legislation and the reasonableness of the limitation.

136 As to the objective, there is no doubt that a legislative scheme aimed at conservation and management of natural resources will suffice (*Sparrow*, at p. 1113). Other legislative objectives found to be substantial and compelling, such as the security of the public, can also be valid, depending on the circumstances of each case. The notion of public interest, however, is too vague and broad to constitute a valid objective to justify the infringement of an aboriginal right (*Sparrow*, at p. 1113).

137 With respect to the reasonableness of the limits upon the existing aboriginal right, the special trust relationship and the responsibility of the Crown *vis-à-vis* aboriginal people have to be contemplated. At a minimum, this fiduciary duty commands that some priority be afforded to the natives in the regulatory scheme governing the activity recognized as aboriginal right: see *Sparrow*, at pp. 1115-17, also *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294, and *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322 (N.S.C.A.).

l'exercice par les Musqueams de leur droit de pêcher à des fins de subsistance. Nous tenons à souligner ici que la question en litige n'exige pas simplement qu'on examine si la prise autorisée de poissons a été réduite au-dessous de ce qui est requis pour subvenir aux besoins alimentaires et rituels raisonnables des Musqueams. Le critère nécessite plutôt qu'on se demande si, de par son objet ou son effet, la restriction imposée quant à la longueur des filets porte atteinte inutilement aux intérêts protégés par le droit de pêche.

Troisièmement, après que le demandeur a établi que la mesure législative en question constitue une atteinte *prima facie* à son droit ancestral, le fardeau de la preuve se déplace à nouveau et il incombe alors à Sa Majesté de prouver que cette atteinte est justifiée. À cette étape, les tribunaux sont appelés à mettre en équilibre et à concilier les intérêts opposés des peuples autochtones d'une part, et ceux du reste de la société canadienne d'autre part. De façon plus particulière, il faut, au cours de la dernière étape du test établi dans *Sparrow*, apprécier la validité de l'objectif de la mesure législative ainsi que le caractère raisonnable de la restriction.

En ce qui concerne l'objectif de la mesure législative, il ne fait aucun doute que si celle-ci vise la conservation et la gestion des ressources naturelles, il s'agira là d'un objectif suffisant (*Sparrow*, à la p. 1113). D'autres objectifs législatifs jugés impérieux et réels, comme la sécurité du public, peuvent être également valides, compte tenu des circonstances de chaque cas. Cependant, la notion d'intérêt public est trop vague et générale pour constituer un objectif valide justifiant une atteinte à un droit ancestral (*Sparrow*, à la p. 1113).

En ce qui concerne le caractère raisonnable des restrictions imposées au droit ancestral existant, il faut examiner les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité de Sa Majesté envers les autochtones. Cette obligation de fiduciaire commande à tout le moins que soit accordée une certaine priorité aux autochtones dans le cadre du régime de réglementation régissant l'activité reconnue comme un droit ancestral: voir *Sparrow*, aux pp. 1115 à 1117; aussi *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294 et *R. c. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322 (C.A.N.-É.).

1996 CanLII 216 (SCC)

A number of other elements may have to be weighed in the assessment of justification. In *Sparrow*, Dickson C.J. and La Forest J. drew up the following non-exhaustive list of factors relating to justification at p. 1119:

> Within the analysis of justification, there are further questions to be addressed, depending on the circumstances of the inquiry. These include the questions of whether there has been as little infringement as possible in order to effect the desired result; whether, in a situation of expropriation, fair compensation is available; and, whether the aboriginal group in question has been consulted with respect to the conservation measures being implemented. The aboriginal peoples, with their history of conservation-consciousness and interdependence with natural resources, would surely be expected, at the least, to be informed regarding the determination of an appropriate scheme for the regulation of the fisheries.

In the case at bar, the issue relates only to the interpretation of the nature and extent of the Sto:lo's aboriginal right to fish and whether it includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes; i.e., the very first step of the *Sparrow* test, dealing with the assessment and definition of aboriginal rights. If it becomes necessary to proceed to extinguishment or to the questions of *prima facie* infringement and justification, the parties agreed that the case should be remitted to trial, as the summary appeal judge did, given that there is insufficient evidence to enable this Court to decide those issues.

In order to determine whether the Sto:lo benefit from an existing aboriginal right to fish which includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes, it is necessary to elaborate on the appropriate approach to interpreting the nature and extent of aboriginal rights in general. That I now propose to do.

De plus, il pourrait également être nécessaire de 138
tenir compte d'un certain nombre d'autres éléments dans l'appréciation de la justification. Dans *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont dressé une liste non exhaustive de facteurs à prendre en considération relativement à la justification, à la p. 1119:

> Il y a, dans l'analyse de la justification, d'autres questions à aborder, selon les circonstances de l'enquête. Il s'agit notamment des questions de savoir si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre. On s'attendrait certainement à ce que les peuples autochtones, traditionnellement sensibilisés à la conservation et ayant toujours vécu dans des rapports d'interdépendance avec les ressources naturelles, soient au moins informés relativement à la conception d'un régime approprié de réglementation de la pêche.

Ceci dit, la question en litige en l'espèce con- 139
cerne uniquement l'interprétation de la nature et de l'étendue du droit de pêche ancestral des Sto:lo et la question de savoir si ce droit inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, c'est-à-dire la première étape même du test établi dans *Sparrow*, qui porte sur l'évaluation et la définition des droits ancestraux. S'il devient nécessaire d'examiner la question de l'extinction d'un droit ou celles de l'atteinte *prima facie* et de la justification, les parties ont convenu que, comme la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de trancher ces questions, l'affaire devrait être renvoyée pour la tenue d'un nouveau procès, comme l'a fait le juge d'appel des poursuites sommaires.

Pour déterminer si les Sto:lo bénéficient d'un 140
droit de pêche ancestral existant qui inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, il est nécessaire d'expliciter la méthode qu'il convient d'appliquer pour interpréter la nature et l'étendue des droits ancestraux en général. C'est ce que je me propose de faire maintenant.

1996 CanLII 216 (SCC)

III. Interpretation of Aboriginal Rights

141 While I am in general agreement with the Chief Justice on the fundamental interpretative canons relating to aboriginal law which he discussed, the application of those rules to his definition of aboriginal rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* does not, in my view, sufficiently reflect them. For the sake of convenience, I will summarize them here.

142 First, as with all constitutional provisions, s. 35(1) must be given a generous, large and liberal interpretation in order to give full effect to its purposes: see, regarding the *Constitution Act, 1867*, *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), *Attorney General of Quebec v. Blaikie (No. 1)*, [1979] 2 S.C.R. 1016, *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; in the context of the *Charter*, *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; and, particular to aboriginal rights in s. 35(1), *Sparrow*, *supra*, at p. 1108, where Dickson C.J. and La Forest J. wrote that "s. 35(1) is a solemn commitment that must be given meaningful content".

143 Further, the very nature of ancient aboriginal records, such as treaties, agreements with the Crown and other documentary evidence, commands a generous interpretation, and uncertainties, ambiguities or doubts should be resolved in favour of the natives: see *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282, *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, *Simon*, *supra*, *Horseman*, *supra*, *Sioui*, *supra*, *Sparrow*, *supra*, and *Mitchell*, *supra*; see also William Pentney, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee", *supra*, at p. 255.

144 Second, aboriginal rights must be construed in light of the special trust relationship and the responsibility of the Crown *vis-à-vis* aboriginal

III. Interprétation des droits ancestraux

Bien que je sois dans l'ensemble d'accord avec les règles fondamentales d'interprétation du droit relatif aux autochtones qu'a examinées le Juge en chef, l'application qu'il a fait de ces règles pour définir les droits ancestraux visés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'en tient pas suffisamment compte à mon avis. Pour plus de commodité, je vais résumer ces règles ici.

Premièrement, le par. 35(1) doit, comme toutes les autres dispositions constitutionnelles, recevoir une interprétation généreuse, large et libérale permettant la réalisation de ses objectifs: relativement à la *Loi constitutionnelle de 1867*, voir les arrêts *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), *Procureur général du Québec c. Blaikie (nº 1)*, [1979] 2 R.C.S. 1016, *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, dans le contexte de la *Charte*, *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; et en ce qui concerne tout particulièrement les droits ancestraux visés au par. 35(1), *Sparrow*, précité, à la p. 1108, où le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont écrit que «le par. 35(1) constitue un engagement solennel qui doit avoir un sens utile».

Qui plus est, la nature même des documents autochtones anciens tels que les traités, les accords avec Sa Majesté et les autres éléments de preuve documentaire commandent une interprétation généreuse, et les ambiguïtés, doutes ou incertitudes doivent être résolus en faveur des autochtones: voir *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282, *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, *Simon*, précité, *Horseman*, précité, *Sioui*, précité, *Sparrow*, précité et *Mitchell*, précité; voir aussi William Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee», *loc. cit.*, à la p. 255.

Deuxièmement, les droits ancestraux doivent être interprétés à la lumière des rapports spéciaux de fiduciaire et de la responsabilité de Sa Majesté

1996 CanLII 216 (SCC)

people: see *Taylor*, *supra*, and *Guerin*, *supra*. This fiduciary obligation attaches because of the historic power and responsibility assumed by the Crown over aboriginal people. In *Sparrow*, *supra*, the Court succinctly captured this obligation at p. 1108:

> That is, the Government has the responsibility to act in a fiduciary capacity with respect to aboriginal peoples. The relationship between the Government and aboriginals is trust-like, rather than adversarial, and contemporary recognition and affirmation of aboriginal rights must be defined in light of this historic relationship. [Emphasis added.]

See also Alain Lafontaine, "La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones" (1995), 36 *C. de D.* 669.

Finally, but most importantly, aboriginal rights protected under s. 35(1) have to be interpreted in the context of the history and culture of the specific aboriginal society and in a manner that gives the rights meaning to the natives. In that respect, the following remarks of Dickson C.J. and La Forest J. in *Sparrow*, at p. 1112, are particularly apposite:

> While it is impossible to give an easy definition of fishing rights, it is possible, and, indeed, crucial, to be sensitive to the aboriginal perspective itself on the meaning of the rights at stake. [Emphasis added.]

Unlike the Chief Justice, I do not think it appropriate to qualify this proposition by saying that the perspective of the common law matters as much as the perspective of the natives when defining aboriginal rights.

These principles of interpretation are important to keep in mind when determining the proper approach to the question of the nature and extent of aboriginal rights protected in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, to which I now turn.

The starting point in contemplating whether an aboriginal practice, tradition or custom warrants

envers les autochtones: voir *Taylor* et *Guerin*, précités. Cette obligation de fiduciaire existe en raison du pouvoir et de la responsabilité historiques assumés par Sa Majesté vis-à-vis des autochtones. Dans *Sparrow*, précité, notre Cour a exprimé succinctement cette obligation, à la p. 1108:

> ... savoir, le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques. [Je souligne.]

Voir également Alain Lafontaine, «La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones» (1995), 36 *C. de D.* 669.

Enfin, la dernière et la plus importante de ces règles est que les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) doivent être interprétés dans le contexte de l'histoire et de la culture de la société autochtone concernée, de manière à leur donner un sens pour les autochtones. À cet égard, les observations suivantes du juge en chef Dickson et du juge La Forest dans *Sparrow* sont particulièrement à propos, à la p. 1112: 145

> S'il est impossible de donner une définition simple des droits de pêche, il est possible et même crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause. [Je souligne.]

Contrairement au Juge en chef, je n'estime pas approprié de restreindre la portée de cet énoncé en affirmant que, dans la définition des droits ancestraux, la perspective de la common law importe autant que celle des autochtones.

Il faut garder ces principes d'interprétation à l'esprit en déterminant la méthode qu'il convient de suivre dans l'examen de la nature et de l'étendue des droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, question que j'aborde maintenant. 146

Dans *Sparrow*, précité, notre Cour a fait allusion au point de départ de l'examen de la question de 147

1996 CanLII 216 (SCC)

constitutional protection under s. 35(1) was hinted at by this Court in *Sparrow*, *supra*. Dickson C.J. and La Forest J. made this observation, at p. 1099, regarding the role of the fishery in Musqueam life:

> The scope of the existing Musqueam right to fish must now be delineated. The anthropological evidence relied on to establish the existence of the right suggests that, for the Musqueam, the salmon fishery has always constituted an integral part of their distinctive culture. [Emphasis added.]

148 The crux of the debate at the British Columbia Court of Appeal in the present appeal, and in most of the appeals heard contemporaneously, lies in the application of this standard of "integral part of their distinctive culture" to defining the nature and extent of the particular aboriginal right claimed to be protected in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. This broad statement of what characterizes aboriginal rights must be elaborated and made more specific so that it becomes a defining criterion. In particular, two aspects must be examined in detail, namely (1) what are the necessary characteristics of aboriginal rights, and (2) what is the period of time relevant to the assessment of such characteristics.

Characteristics of aboriginal rights

149 The issue of the nature and extent of aboriginal rights protected under s. 35(1) is fundamentally about characterization. Which aboriginal practices, traditions and customs warrant constitutional protection? It appears from the jurisprudence developed in the courts below (see the reasons of the British Columbia Court of Appeal and the decision in *Delgamuukw v. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470) that two approaches to this difficult question have emerged. The first one, which the Chief Justice endorses, focuses on the particular aboriginal practice, tradition or custom. The second approach, more generic, describes aboriginal rights in a fairly high level of abstraction. For the reasons that follow, I favour the latter approach.

savoir s'il est justifié d'accorder à une coutume, pratique ou tradition autochtone la protection de la Constitution en vertu du par. 35(1). Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont fait l'observation suivante relativement au rôle de la pêche dans la vie des Musqueams à la p. 1099:

> Il nous faut maintenant préciser la portée du droit de pêche existant des Musqueams. D'après la preuve anthropologique produite pour établir l'existence de ce droit, la pêche au saumon a toujours fait partie intégrante de la culture distinctive des Musqueams. [Je souligne.]

Le cœur du débat en Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans la présente affaire, ainsi que dans la plupart des appels entendus concurremment, porte sur l'application de la norme de «la partie intégrante de la culture distinctive concernée» en vue de définir la nature et l'étendue du droit ancestral qui, prétend-on, est protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cet énoncé général des caractéristiques des droits ancestraux doit être précisé davantage pour devenir le test de leur définition. Deux aspects en particulier doivent être examinés en profondeur: (1) les caractéristiques nécessaires des droits ancestraux, et (2) la période pertinente pour l'appréciation de ces caractéristiques.

Les caractéristiques des droits ancestraux

La question de la nature et de l'étendue des droits ancestraux protégés par le par. 35(1) est fondamentalement une question de caractérisation. Lesquelles des coutumes, pratiques et traditions autochtones nécessitent la protection de la Constitution? Deux méthodes d'analyse de cette difficile question semblent se dégager des jugements des tribunaux inférieurs (voir les motifs de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans la présente affaire, et l'arrêt *Delgamuukw c. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470). La première, à laquelle souscrit le Juge en chef, est axée sur la coutume, pratique ou tradition en cause. La deuxième, plus générale, décrit les droits ancestraux avec un degré d'abstraction assez élevé. Pour les motifs qui suivent, je préfère cette deuxième méthode.

1996 CanLII 216 (SCC)

The approach based on aboriginal practices, traditions and customs considers only discrete parts of aboriginal culture, separating them from the general culture in which they are rooted. The analysis turns on the manifestations of the "integral part of [aboriginals'] distinctive culture" introduced in *Sparrow*, *supra*, at p. 1099. Further, on this view, what makes aboriginal culture distinctive is that which differentiates it from non-aboriginal culture. The majority of the Court of Appeal adopted this position, as the following passage from Macfarlane J.A.'s reasons reveals (at para. 37):

> What was happening in the aboriginal society before contact with the Europeans is relevant in identifying the unique traditions of the aborigines which deserved protection by the common law. It is also necessary to separate those traditions from practices which are not a unique part of Indian culture, but which are common to Indian and non-Indian alike. [Emphasis added.]

Accordingly, if an activity is integral to a culture other than that of aboriginal people, it cannot be part of aboriginal people's distinctive culture. This approach should not be adopted for the following reasons.

First, on the pure terminology angle of the question, this position misconstrues the words "distinctive culture", used in the above excerpt of *Sparrow*, by interpreting it as if it meant "distinct culture". These two expressions connote quite different meanings and must not be confused. The word "distinctive" is defined in *The Concise Oxford Dictionary* (9th ed. 1995) as "distinguishing, characteristic" where the word "distinct" is described as "1 (often foll. by *from*) a not identical; separate; individual. b different in kind or quality; unlike". While "distinct" mandates comparison and evaluation from a separate vantage point, "distinctive" requires the object to be observed on its own. While describing an object's "distinctive" qualities may entail describing how the object is different from others (i.e., "distinguishing"), there is nothing in the term that requires it to be plainly different. In fact, all that "distinctive culture" requires is the characterization of aboriginal cul-

La méthode fondée sur l'examen des coutumes, pratiques et traditions autochtones ne s'attache qu'à des éléments distincts de la culture autochtone, et les isolent de la culture générale dans laquelle elles sont enracinées. L'analyse porte sur les manifestations de la «partie intégrante de la culture distinctive [des autochtones visés]» formulée dans *Sparrow*, à la p. 1099. De plus, suivant ce point de vue, ce qui rend la culture autochtone distinctive c'est ce qui la distingue de la culture non autochtone. La Cour d'appel à la majorité a adopté ce point de vue, comme le révèle l'extrait qui suit des motifs du juge Macfarlane (au par. 37): 150

> [TRADUCTION] Il est pertinent d'examiner ce qui se passait dans la société autochtone avant le contact avec les Européens pour établir quelles étaient les traditions uniques qui valaient d'être protégées par la common law. Il est également nécessaire de séparer ces traditions des pratiques qui ne constituent pas un aspect propre à la culture indienne, mais qui sont communes aux Indiens et aux non-Indiens. [Je souligne.]

En conséquence, si une activité fait partie intégrante d'une culture autre que celle des autochtones, elle ne peut faire partie de la culture distinctive de ceux-ci. Cette méthode ne devrait pas être adoptée, et ce pour les motifs suivants.

Premièrement, sous l'angle de pure terminologie, cette méthode décrit mal l'expression «culture distinctive» utilisée dans l'extrait précité de l'arrêt *Sparrow*, en lui donnant le sens de «culture distincte». Il ne faut pas confondre ces deux expressions qui ont des sens fort différents. Dans *The Concise Oxford Dictionary* (9e éd. 1995), le terme «*distinctive*» est défini ainsi: [TRADUCTION] «ce qui distingue, une caractéristique», alors qu'on y définit de la manière suivante le mot «*distinct*»: [TRADUCTION] «1 (souvent suivi de la préposition «*de*») a qui n'est pas identique; séparé; individuel. b de qualité ou d'espèce différentes; différent». Alors que le mot «*distinct*» appelle une comparaison et une évaluation d'un point de vue particulier, le mot «*distinctive*» exige que l'objet soit observé individuellement. Même si la description des qualités «distinctives» d'un objet peut amener à décrire en quoi celui-ci diffère d'autres objets («ce qui distingue»), le mot «*distinctive*» ne demande 151

1996 CanLII 216 (SCC)

ture, not its differentiation from non-aboriginal cultures.

152 While the Chief Justice recognizes the difference between "distinctive" and "distinct", he applies it only as regards the manifestations of the distinctive aboriginal culture, i.e., the individualized practices, traditions and customs of a particular group of aboriginal people. As I will examine in more detail in a moment, the "distinctive" aboriginal culture has, in my view, a generic and much broader application.

153 Second, holding that what is common to both aboriginal and non-aboriginal cultures must necessarily be non-aboriginal and thus not aboriginal for the purpose of s. 35(1) is, to say the least, an overly majoritarian approach. This is diametrically opposed to the view propounded in *Sparrow*, *supra*, that the interpretation of aboriginal rights be informed by the fiduciary responsibility of the Crown *vis-à-vis* aboriginal people as well as by the aboriginal perspective on the meaning of the rights. Such considerations command that practices, traditions and customs which characterize aboriginal societies as the original occupiers and users of Canadian lands be protected, despite their common features with non-aboriginal societies.

154 Finally, an approach based on a dichotomy between aboriginal and non-aboriginal practices, traditions and customs literally amounts to defining aboriginal culture and aboriginal rights as that which is left over after features of non-aboriginal cultures have been taken away. Such a strict construction of constitutionally protected aboriginal rights flies in the face of the generous, large and liberal interpretation of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* advocated in *Sparrow*.

pas que l'objet soit nettement différent. De fait, tout ce qu'exige l'expression «culture distinctive» c'est que l'on caractérise la culture autochtone et non qu'on la différencie des cultures non autochtones.

Bien que le Juge en chef reconnaisse la différence entre les mots «*distinctive*» et «*distinct*», il n'applique cette différence qu'à l'égard des manifestations de la culture autochtone distinctive, c'est-à-dire les coutumes, pratiques et traditions propres à un groupe particulier d'autochtones. Comme je vais l'examiner plus en détail dans un moment, l'expression culture autochtone «distinctive» a, à mon avis, une application générale et beaucoup plus large.

Deuxièmement, affirmer que ce qui est commun aux cultures autochtones et non autochtones est nécessairement non autochtone et donc non ancestral pour l'application du par. 35(1) est, pour le moins, une analyse qui accorde beaucoup trop d'importance au point de vue de la majorité. Cette conception est diamétralement opposée au point de vue avancé dans *Sparrow*, précité, suivant lequel l'interprétation des droits ancestraux doit tenir compte de la responsabilité de fiduciaire de Sa Majesté vis-à-vis les peuples autochtones, ainsi que de la perspective autochtone quant à la signification des droits en cause. Ces considérations exigent que soient protégées, malgré leurs points communs avec les sociétés non autochtones, les coutumes, pratiques et traditions qui caractérisent les sociétés autochtones en tant que premiers occupants et usagers du territoire canadien.

Enfin, une analyse fondée sur la dichotomie entre les coutumes, pratiques et traditions autochtones et non autochtones revient à définir la culture autochtone et les droits ancestraux comme étant ce qu'il en reste après qu'on en ait retranché les caractéristiques des cultures non autochtones. Une interprétation aussi rigide des droits ancestraux protégés par la Constitution est contraire à l'interprétation généreuse, large et libérale du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* préconisée dans *Sparrow*.

1996 CanLII 216 (SCC)

A better approach, in my view, is to examine the question of the nature and extent of aboriginal rights from a certain level of abstraction and generality.

A generic approach to defining the nature and extent of aboriginal rights starts from the proposition that the notion of "integral part of [aboriginals'] distinctive culture" constitutes a general statement regarding the purpose of s. 35(1). Instead of focusing on a particular practice, tradition or custom, this conception refers to a more abstract and profound concept. In fact, similar to the values enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, aboriginal rights protected under s. 35(1) should be contemplated on a multi-layered or multi-faceted basis: see Andrea Bowker, "*Sparrow*'s Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal" (1995), 53 *Toronto Fac. L. Rev.* 1, at pp. 28-29.

Accordingly, s. 35(1) should be viewed as protecting, not a catalogue of individualized practices, traditions or customs, as the Chief Justice does, but the "distinctive culture" of which aboriginal activities are manifestations. Simply put, the emphasis would be on the significance of these activities to natives rather than on the activities themselves.

Although I do not claim to examine the question in terms of liberal enlightenment, an analogy with freedom of expression guaranteed in s. 2(*b*) of the *Charter* will illustrate this position. Section 2(*b*) of the *Charter* does not refer to an explicit catalogue of protected expressive activities, such as political speech, commercial expression or picketing, but involves rather the protection of the ability to express: see *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, *Keegstra*, *supra*; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, and *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199. In other words, the constitutional guarantee of

155 À mon avis, il vaut mieux examiner la question de la nature et de l'étendue des droits ancestraux à partir d'un certain degré d'abstraction et de généralité.

156 L'application d'une analyse générale pour définir la nature et l'étendue des droits ancestraux repose sur le principe que la notion de «partie intégrante de la culture distinctive [des autochtones visés]» constitue un énoncé général de l'objet du par. 35(1). Au lieu de mettre l'accent sur une coutume, pratique ou tradition particulière, ce principe renvoie à un concept plus abstrait et plus profond. De fait, à l'instar des valeurs constitutionnalisées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, les droits ancestraux protégés au par. 35(1) devraient être examinés au moyen d'une analyse tenant compte d'une multiplicité d'aspects ou de facettes: voir Andrea Bowker, «*Sparrow*'s Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal» (1995), 53 *Toronto Fac. L. Rev.* 1, aux pp. 28 et 29.

157 En conséquence, il faudrait considérer que le par. 35(1) protège non pas une liste de coutumes, pratiques ou traditions propres, comme le soutient le Juge en chef, mais plutôt la «culture distinctive» dont les activités autochtones sont des manifestations. Bref, l'accent serait mis sur l'importance de ces activités pour les autochtones plutôt que sur les activités elles-mêmes.

158 Même si je ne prétends pas examiner la question selon la philosophie libérale des Lumières, une analogie avec la liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte* permettra d'illustrer cette position. L'alinéa 2*b*) de la *Charte* ne dresse pas une liste précise de formes d'expression protégées, comme le discours politique, l'expression commerciale ou le piquetage, mais il vise plutôt à protéger la capacité de s'exprimer: voir *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, *Keegstra*, précité; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139 et *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199. En d'autres mots, la liberté d'expres-

1996 CanLII 216 (SCC)

freedom of expression is conceptualized, not as protecting the possible manifestations of expression, but as preserving the fundamental purposes for which one may express oneself, i.e., the rationales supporting freedom of expression.

159 Similarly, aboriginal practices, traditions and customs protected under s. 35(1) should be characterized by referring to the fundamental purposes for which aboriginal rights were entrenched in the *Constitution Act, 1982*. As I have already noted elsewhere, s. 35(1) constitutionalizes the common law doctrine of aboriginal rights which recognizes aboriginal interests arising out of the historic occupation and use of ancestral lands by natives. This, in my view, is how the notion of "integral part of a distinctive aboriginal culture" should be contemplated. The "distinctive aboriginal culture" must be taken to refer to the reality that, despite British sovereignty, aboriginal people were the original organized society occupying and using Canadian lands: *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*, at p. 328, *per* Judson J., and *Guerin*, *supra*, at p. 379, *per* Dickson J. (as he then was).

160 This rationale should inform the characterization of aboriginal activities which warrant constitutional protection as aboriginal rights. The practices, traditions and customs protected under s. 35(1) should be those that are sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of a particular group of aboriginal people. See *Delgamuukw v. British Columbia*, *supra*, at pp. 646-47, *per* Lambert J.A., dissenting; see also Asch and Macklem, "Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R.* v. *Sparrow*", *supra*, at p. 505, and Pentney, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee", *supra*, at pp. 258-59.

161 Put another way, the aboriginal practices, traditions and customs which form the core of the lives

sion garantie par la Constitution est conceptualisée non pas comme une façon de protéger les manifestations possibles de cette liberté, mais plutôt comme un moyen de préserver les raisons fondamentales pour lesquelles une personne s'exprime, c'est-à-dire, les motifs qui sont le fondement de la liberté d'expression.

De même, les coutumes, pratiques et traditions autochtones protégées en vertu du par. 35(1) devraient être caractérisées au regard des objets fondamentaux de la constitutionnalisation des droits ancestraux dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme je l'ai déjà mentionné, le par. 35(1) constitutionnalise la doctrine de common law des droits ancestraux, qui reconnaît les intérêts des autochtones qui découlent de l'occupation et de l'utilisation historiques par ceux-ci de leurs terres ancestrales. À mon avis, c'est ainsi que devrait être envisagée la notion de «partie intégrante d'une culture autochtone distinctive». L'expression «culture autochtone distinctive» doit être considérée comme tenant compte du fait que, en dépit de la souveraineté britannique, les autochtones ont constitué la première société organisée à occuper et à utiliser le territoire canadien: *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, à la p. 328, le juge Judson; et *Guerin*, précité, à la p. 379, le juge Dickson J. (plus tard Juge en chef).

Ce raisonnement devrait être appliqué dans la caractérisation des activités autochtones qui commandent la protection de la Constitution en tant que droits ancestraux. Les coutumes, pratiques et traditions protégées en vertu du par. 35(1) devraient être celles qui sont suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture d'un groupe particulier d'autochtones. Voir *Delgamuukw c. British Columbia*, précité, aux pp. 646 et 647, le juge Lambert, dissident; voir aussi Asch et Macklem, «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R.* v. *Sparrow*», *loc. cit.*, à la p. 505 et Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee», *loc. cit.*, aux pp. 258 et 259.

En d'autres mots, les coutumes, pratiques et traditions qui sont au centre de la vie des peuples

1996 CanLII 216 (SCC)

of native people and which provide them with a way and means of living as an organized society will fall within the scope of the constitutional protection under s. 35(1). This was described by Lambert J.A., dissenting at the Court of Appeal, as the "social" form of description of aboriginal rights (see para. 140), a formulation the Chief Justice rejects. Lambert J.A. distinguished these aboriginal activities from the practices or habits which were merely incidental to the lives of a particular group of aboriginal people and, as such, would not warrant protection under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. I agree with this description which, although flexible, provides a defining criterion for the interpretation of the nature and extent of aboriginal rights and, contrary to what my colleague McLachlin J. suggests, does not suffer from vagueness or overbreadth, as defined by this Court (see *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, and *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031).

autochtones et qui leur assurent les moyens de vivre en société organisée relèveront du champ d'application de la protection constitutionnelle offerte par le par. 35(1). C'est ce que le juge Lambert, dans sa dissidence en Cour d'appel, a décrit comme étant la forme «sociale» de description des droits ancestraux (au par. 140), énoncé que rejette le Juge en chef. Le juge Lambert a distingué ces activités autochtones des pratiques ou habitudes qui étaient simplement des aspects accessoires de la vie d'un groupe particulier d'autochtones et qui, en tant que telles, ne commanderaient pas la protection du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je suis d'accord avec cette description qui, quoique souple, constitue un critère qui délimite l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits ancestraux, et qui, contrairement à ce qu'affirme ma collègue le juge McLachlin, ne souffre pas d'imprécision et n'a pas une portée excessive, suivant le sens donné à ces termes par notre Cour (voir les arrêts *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 et *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031).

Further comments regarding this approach are in order. The criterion of "distinctive aboriginal culture" should not be limited to those activities that only aboriginal people have undertaken or that non-aboriginal people have not. Rather, all practices, traditions and customs which are connected enough to the self-identity and self-preservation of organized aboriginal societies should be viewed as deserving the protection of s. 35(1). Further, a generous, large and liberal construction should be given to these activities in order to give full effect to the constitutional recognition of the distinctiveness of aboriginal culture. Finally, it is almost trite to say that what constitutes a practice, tradition or custom distinctive to native culture and society must be examined through the eyes of aboriginal people, not through those of the non-native majority or the distorting lens of existing regulations.

162 D'autres commentaires s'imposent relativement à cette analyse. Le test de la «culture autochtone distinctive» ne devrait pas être restreint aux activités exercées uniquement par les autochtones et non par les non-autochtones. Au contraire, toutes les coutumes, pratiques et traditions ayant un lien suffisant avec le sentiment d'identité et le désir de préservation des sociétés autochtones organisées devraient être considérées comme valant d'être protégées en vertu du par. 35(1). Qui plus est, il faudrait interpréter ces activités de façon généreuse, large et libérale afin de donner plein effet à la reconnaissance constitutionnelle du caractère distinctif de la culture autochtone. Enfin, c'est presque un truisme de dire que ce qui constitue une coutume, pratique ou tradition distinctive pour une culture et une société autochtones doit être examiné avec les yeux des autochtones, plutôt qu'avec ceux de la majorité non autochtone ou encore à travers le prisme déformant des règlements existants.

It is necessary to discuss at this point the period of time relevant to the assessment of the practices,

163 Il faut maintenant examiner la question de la période pertinente pour apprécier les coutumes,

1996 CanLII 216 (SCC)

traditions and customs which form part of the distinctive culture of a particular group of aboriginal people.

Period of time relevant to aboriginal rights

164 The question of the period of time relevant to the recognition of aboriginal rights relates to whether the practice, tradition or custom has to exist prior to a specific date, and also to the length of time necessary for an aboriginal activity to be recognized as a right under s. 35(1). Here, again, two basic approaches have been advocated in the courts below (see the decisions of the British Columbia Court of Appeal in this case, and in *Delgamuukw v. British Columbia*, *supra*), namely the "frozen right" approach and the "dynamic right" approach. An examination of each will show that the latter view is to be preferred.

165 The "frozen right" approach would recognize practices, traditions and customs — forming an integral part of a distinctive aboriginal culture — which have long been in existence at the time of British sovereignty: see Slattery, "Understanding Aboriginal Rights", *supra*, at pp. 758-59. This requires the aboriginal right claimant to prove two elements: (1) that the aboriginal activity has continuously existed for "time immemorial", and (2) that it predated the assertion of sovereignty. Defining existing aboriginal rights by referring to pre-contact or pre-sovereignty practices, traditions and customs implies that aboriginal culture was crystallized in some sort of "aboriginal time" prior to the arrival of Europeans. Contrary to the Chief Justice, I do not believe that this approach should be adopted, for the following reasons.

166 First, relying on the proclamation of sovereignty by the British imperial power as the "cut-off" for the development of aboriginal practices, traditions and customs overstates the impact of European influence on aboriginal communities: see Bowker,

pratiques et traditions qui font partie de la culture distinctive d'un groupe particulier d'autochtones.

Période pertinente pour l'examen des droits ancestraux

La question de la période pertinente pour la reconnaissance de droits ancestraux amène à se demander si la coutume, pratique ou tradition doit avoir existé avant une date spécifique, et quelle est la période nécessaire pendant laquelle une activité autochtone doit avoir été exercée pour être reconnue comme un droit visé au par. 35(1). Une fois encore, deux méthodes principales ont été préconisées devant les tribunaux inférieurs (voir les arrêts de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce et dans *Delgamuukw c. British Columbia*, précité): la méthode fondée sur les «droits figés» et celle fondée sur le «caractère dynamique des droits». L'examen de chacune de ces méthodes démontrera qu'il y a lieu de préférer la dernière.

Suivant la méthode fondée sur les «droits figés», seraient reconnues les coutumes, pratiques et traditions — faisant partie intégrante d'une culture autochtone distinctive — qui existaient depuis longtemps au moment de la souveraineté britannique: voir Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, aux pp. 758 et 759. Il s'ensuit que la personne qui revendique les droits ancestraux doit prouver deux choses: (1) que l'activité autochtone existe «de temps immémorial», et (2) qu'elle existait avant l'affirmation de la souveraineté. Déterminer les droits ancestraux existants en fonction des coutumes, pratiques et traditions antérieures au contact avec les Européens ou à l'affirmation de la souveraineté britannique sous-entend que la culture autochtone s'est cristallisée au cours d'une sorte d'«époque aborigène», avant l'arrivée des Européens. Contrairement au Juge en chef, je ne crois pas, pour les motifs qui suivent, qu'il y a lieu d'adopter cette méthode.

Premièrement, le fait de s'appuyer sur la proclamation de souveraineté par l'empire britannique comme «date limite» de formation des coutumes, pratiques et traditions autochtones exagère l'incidence de l'influence européenne sur les collecti-

1996 CanLII 216 (SCC)

"*Sparrow*'s Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal", *supra*, at p. 22. From the native people's perspective, the coming of the settlers constitutes one of many factors, though a very significant one, involved in their continuing societal change and evolution. Taking British sovereignty as the turning point in aboriginal culture assumes that everything that the natives did after that date was not sufficiently significant and fundamental to their culture and social organization. This is no doubt contrary to the perspective of aboriginal people as to the significance of European arrival on their rights.

Second, crystallizing aboriginal practices, traditions and customs at the time of British sovereignty creates an arbitrary date for assessing existing aboriginal rights: see Sébastien Grammond, "La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*" (1991), 36 *McGill L.J.* 1382, at pp. 1403-4. In effect, how would one determine the crucial date of sovereignty for the purpose of s. 35(1)? Is it the very first European contacts with native societies, at the time of the Cabot, Verrazzano and Cartier voyages? Is it at a later date, when permanent European settlements were founded in the early seventeenth century? In British Columbia, did sovereignty occur in 1846 — the year in which the *Oregon Boundary Treaty, 1846* was concluded — as held by the Court of Appeal for the purposes of this litigation? No matter how the deciding date is agreed upon, it will not be consistent with the aboriginal view regarding the effect of the coming of Europeans.

As a third point, in terms of proof, the "frozen right" approach imposes a heavy and unfair burden on the natives: the claimant of an aboriginal right must prove that the aboriginal practice, tradition or custom is not only sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the aboriginal group, but has also been continuously in existence, but as the Chief Justice stresses,

vités autochtones: voir Bowker, «*Sparrow*'s Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal», *loc. cit.*, à la p. 22. Du point de vue des autochtones, l'arrivée des colons est un des nombreux facteurs — facteur très important évidemment — qui ont marqué l'évolution constante de leur société. Le fait de considérer la souveraineté britannique comme le point tournant de la culture autochtone suppose que tout ce que les autochtones ont fait après cette date n'était pas suffisamment important et fondamental pour leur culture et leur organisation sociale. Cette prémisse est sans aucun doute à l'opposé du point de vue des autochtones sur l'importance qu'a eue l'arrivée des Européens sur leurs droits.

Deuxièmement, la cristallisation des coutumes, pratiques et traditions autochtones au moment de la souveraineté britannique a pour effet de fixer une date arbitraire pour l'appréciation des droits ancestraux existants: voir Sébastien Grammond, «La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*» (1991), 36 *R.D. McGill* 1382, aux pp. 1403 et 1404. En effet, comment déterminerait-on la date cruciale de la souveraineté pour l'application du par. 35(1)? S'agit-il des tout premiers contacts entre les Européens et les sociétés autochtones, à l'époque des voyages de Cabot, de Verrazzano et de Cartier? Est-ce plutôt à une date ultérieure, à la date de la fondation des colonies européennes permanentes au début du XVII[e] siècle? En Colombie-Britannique, la souveraineté est-elle survenue en 1846 — année de la signature du Traité Oregon — comme l'a conclu la Cour d'appel en l'espèce? Peu importe la façon dont on convient de la date déterminante, celle-ci sera incompatible avec le point de vue des autochtones sur l'effet de la venue des Européens.

Troisièmement, sur le plan de la preuve, la méthode fondée sur les «droits figés» impose aux autochtones un fardeau lourd et injuste. En effet, le demandeur qui revendique un droit ancestral doit prouver que la coutume, pratique ou tradition autochtone est non seulement suffisamment importante et fondamentale pour l'organisation sociale et la culture du groupe autochtone, mais aussi qu'elle

1996 CanLII 216 (SCC)

even if interrupted for a certain length of time, for an indeterminate long period of time prior to British sovereignty. This test embodies inappropriate and unprovable assumptions about aboriginal culture and society. It forces the claimant to embark upon a search for a pristine aboriginal society and to prove the continuous existence of the activity for "time immemorial" before the arrival of Europeans. This, to say the least, constitutes a harsh burden of proof, which the relaxation of evidentiary standards suggested by the Chief Justice is insufficient to attenuate. In fact, it is contrary to the interpretative approach propounded by this Court in *Sparrow*, *supra*, which commands a purposive, liberal and favourable construction of aboriginal rights.

a existé de façon ininterrompue pendant une longue période indéterminée avant la souveraineté britannique, quoique, comme le souligne le Juge en chef, il ait pu y avoir interruption pendant un certain temps. Ce critère intègre des hypothèses inappropriées et improuvables en ce qui concerne la culture et la société autochtones. Il oblige le demandeur à se lancer à la recherche d'une société autochtone originale et à prouver que l'activité existait «de temps immémorial» avant l'arrivée des Européens. Il s'agit là, pour le moins, d'un fardeau de preuve exigeant, que l'assouplissement des normes de preuve suggéré par le Juge en chef ne permet pas d'atténuer. De fait, ce critère va à l'encontre de la méthode d'interprétation avancée par notre Cour dans *Sparrow*, précité, qui commande une interprétation des droits ancestraux libérale, favorable et fondée sur l'objet.

1996 CanLII 216 (SCC)

169 Moreover, when examining the wording of the constitutional provisions regarding aboriginal rights, it appears that the protection should not be limited to pre-contact or pre-sovereignty practices, traditions and customs. Section 35(2) of the *Constitution Act, 1982* provides that the "'aboriginal peoples of Canada' includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada" (emphasis added). Obviously, there were no Métis people prior to contact with Europeans as the Métis are the result of intermarriage between natives and Europeans: see Pentney, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee", *supra*, at pp. 272-74. Section 35(2) makes it clear that aboriginal rights are indeed guaranteed to Métis people. As a result, according to the text of the Constitution of Canada, it must be possible for aboriginal rights to arise after British sovereignty, so that Métis people can benefit from the constitutional protection of s. 35(1). The case-by-case application of s. 35(2) of the *Constitution Act, 1982* proposed by the Chief Justice does not address the issue of the interpretation of s. 35(2).

De plus, l'examen du texte des dispositions constitutionnelles concernant les droits ancestraux tend à indiquer que la protection ne devrait pas s'appliquer uniquement aux coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens ou l'affirmation de la souveraineté. En effet, le par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* dit que l'expression ««peuples autochtones du Canada» s'entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada»» (je souligne). Il n'existait évidemment pas de Métis avant le contact avec les Européens, puisque les premiers sont issus de mariages entre autochtones et Européens: voir Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee», *loc. cit.*, aux pp. 272 à 274. Le paragraphe 35(2) indique clairement que les droits ancestraux sont effectivement garantis aux Métis. En conséquence, selon le texte de la Constitution du Canada, il faut que des droits ancestraux puissent être nés après l'affirmation de la souveraineté britannique pour que les Métis puissent bénéficier de la protection constitutionnelle offerte par le par. 35(1). L'application cas par cas du par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* que propose le Juge en chef ne règle pas la question de l'interprétation de cette disposition.

Finally, the "frozen right" approach is inconsistent with the position taken by this Court in *Sparrow*, *supra*, which refused to define existing aboriginal rights so as to incorporate the manner in which they were regulated in 1982. The following passage from Dickson C.J. and La Forest J.'s reasons makes this point (at p. 1093):

> Far from being defined according to the regulatory scheme in place in 1982, the phrase "existing aboriginal rights" must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time. To use Professor Slattery's expression, in "Understanding Aboriginal Rights," *supra*, at p. 782, the word "existing" suggests that those rights are "affirmed in a contemporary form rather than in their primeval simplicity and vigour". Clearly, then, an approach to the constitutional guarantee embodied in s. 35(1) which would incorporate "frozen rights" must be rejected. [Emphasis added.]

This broad proposition should be taken to relate, not only to the meaning of the word "existing" found in s. 35(1), but also to the more fundamental question of the time at which the content of the rights themselves is determined. Accordingly, the interpretation of the nature and extent of aboriginal rights must "permit their evolution over time".

The foregoing discussion shows that the "frozen right" approach to defining aboriginal rights as to their nature and extent involves several important restrictions and disadvantages. A better position, in my view, would be evolutive in character and give weight to the perspective of aboriginal people. As the following analysis will demonstrate, a "dynamic right" approach to the question will achieve these objectives.

The "dynamic right" approach to interpreting the nature and extent of aboriginal rights starts from the proposition that "the phrase 'existing aboriginal rights' must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time" (*Sparrow*, at p. 1093). According to this view, aboriginal rights must be permitted to maintain contemporary rele-

Enfin, la méthode fondée sur les «droits figés» est incompatible avec la position adoptée par notre Cour dans *Sparrow*, précité, où elle a refusé de définir les droits ancestraux existants de façon à intégrer la manière dont ils étaient réglementés en 1982. L'extrait suivant des motifs du juge en chef Dickson et du juge La Forest exprime ce point (à la p. 1093): 170

> Loin d'être définie selon le régime de réglementation en vigueur en 1982, l'expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps. Pour reprendre l'expression du professeur Slattery, dans «Understanding Aboriginal Rights,» précité, à la p. 782, le mot «existants» laisse supposer que ces droits sont [TRADUCTION] «confirmés dans leur état actuel plutôt que dans leur simplicité et vigueur primitives». Il est alors évident qu'il faut rejeter une interprétation de la garantie constitutionnelle énoncée au par. 35(1) qui engloberait des «droits figés». [Je souligne.]

Cette proposition générale doit être considérée comme visant non seulement le sens du mot «existants» qui figure au par. 35(1), mais aussi la question plus fondamentale de la période servant à la détermination du contenu des droits eux-mêmes. En conséquence, l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits ancestraux doit «permettre leur évolution dans le temps».

Il ressort de l'examen qui précède que l'application de la méthode fondée sur les «droits figés», afin de définir la nature et l'étendue des droits ancestraux, comporte plusieurs restrictions et inconvénients importants. À mon avis, une meilleure méthode en serait une qui tiendrait compte de l'évolution des droits et de la perspective autochtone. Comme le démontrera l'analyse qui suit, l'application d'une méthode fondée sur le «caractère dynamique des droits» permettra d'atteindre ces objectifs. 171

L'interprétation de la nature et de l'étendue des droits ancestraux par la méthode fondée sur le «caractère dynamique des droits» repose sur le principe que «l'expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps» (*Sparrow*, à la p. 1093). Selon ce principe, 172

1996 CanLII 216 (SCC)

vance in relation to the needs of the natives as their practices, traditions and customs change and evolve with the overall society in which they live. This generous, large and liberal interpretation of aboriginal rights protected under s. 35(1) would ensure their continued vitality.

il faut permettre aux droits ancestraux de conserver une pertinence contemporaine par rapport aux besoins des autochtones, au fur et à mesure que leurs coutumes, pratiques et traditions changent et évoluent en même temps que l'ensemble de la société dans laquelle ils vivent. Cette interprétation généreuse, large et libérale des droits ancestraux protégés en vertu du par. 35(1) garantirait leur vitalité continue.

173 Distinctive aboriginal culture would not be frozen as of any particular time but would evolve so that aboriginal practices, traditions and customs maintain a continuing relevance to the aboriginal societies as these societies exist in the contemporary world. Instead of considering it as the turning point in aboriginal culture, British sovereignty would be regarded as having recognized and affirmed practices, traditions and customs which are sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of aboriginal people. This idea relates to the "doctrine of continuity", founded in British imperial constitutional law, to the effect that when new territory is acquired the *lex loci* of organized societies, here the aboriginal societies, continues at common law.

La culture autochtone distinctive ne serait pas figée à un moment donné, mais elle évoluerait, de sorte que les coutumes, pratiques et traditions conserveraient leur pertinence pour les sociétés autochtones qui vivent dans le monde d'aujourd'hui. Au lieu d'être perçue comme le point tournant pour la culture autochtone, la souveraineté britannique serait plutôt considérée comme ayant reconnu et confirmé les coutumes, pratiques et traditions qui sont suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture des autochtones. Cette idée se rattache à la [TRADUCTION] «doctrine de la continuité», fondée sur le droit constitutionnel impérial britannique et selon laquelle, en cas d'acquisition de nouveaux territoires, la *lex loci* des sociétés organisées, en l'occurrence les sociétés autochtones, continue de s'appliquer en vertu de la common law.

174 See, on the doctrine of continuity in general, Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1769), vol. 2, at p. 51, Joseph Chitty, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown* (1820), at p. 119, and Sir William Searle Holdsworth, *A History of English Law* (1938), vol. 11, at pp. 3-274. See also, in the context of Canadian aboriginal law, Brian Slattery, *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title* (1983), Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989), Mark Walters, "British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*" (1992), 17 *Queen's L.J.* 350, Lafontaine, "La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones", *supra*, at p. 719; and Émond, "Le sable dans l'engrenage du droit

Voir, sur la doctrine de la continuité en général, Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1769), vol. 2, à la p. 51; Joseph Chitty, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown* (1820), à la p. 119; et Sir William Searle Holdsworth, *A History of English Law* (1938), vol. 11, aux pp. 3 à 274. Voir aussi dans le contexte du droit canadien en matière autochtone, Brian Slattery, *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title* (1983), Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989), Mark Walters, «British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*» (1992), 17 *Queen's L.J.* 350; Lafontaine, «La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones», *loc. cit.*, à la p. 719; et Émond, «Le sable

1996 CanLII 216 (SCC)

inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale", *supra*, at p. 96.

Consequently, in order for an aboriginal right to be recognized and affirmed under s. 35(1), it is not imperative for the practices, traditions and customs to have existed prior to British sovereignty and, *a fortiori*, prior to European contact, which is the cut-off date favoured by the Chief Justice. Rather, the determining factor should only be that the aboriginal activity has formed an integral part of a distinctive aboriginal culture — i.e., to have been sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the aboriginal group — for a substantial continuous period of time as defined above.

Such a temporal requirement is less stringent than the "time immemorial" criterion developed in the context of aboriginal title: see *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*; and, *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, *supra*; see also Grammond, "La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*", *supra*, at p. 1394. This qualification of the time immemorial test finds support in the *obiter dicta* of this Court in *Sparrow*, *supra*, at p. 1095, regarding the Musqueam Band's aboriginal right to fish:

> It is true that for the period from 1867 to 1961 the evidence is scanty. But the evidence was not disputed or contradicted in the courts below and there is evidence of sufficient continuity of the right to support the Court of Appeal's finding, and we would not disturb it. [Emphasis added.]

The substantial continuous period of time for which the aboriginal practice, tradition or custom must have been engaged in will depend on the circumstances and on the nature of the aboriginal right claimed. However, as proposed by Professor Slattery, in "Understanding Aboriginal Rights", *supra*, at p. 758, in the context of aboriginal title, "in most cases a period of some twenty to fifty years would seem adequate". This, in my view, should constitute a reference period to determine

dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale», *loc. cit.*, à la p. 96.

175 En conséquence, pour qu'un droit ancestral soit reconnu et confirmé en vertu du par. 35(1), il n'est pas impératif que les coutumes, pratiques et traditions aient existé avant l'affirmation de la souveraineté britannique et, a fortiori, avant le contact avec les Européens, date limite préconisée par le Juge en chef. De fait, le facteur déterminant devrait uniquement être le fait que l'activité autochtone ait fait partie intégrante d'une culture autochtone distinctive — c'est-à-dire avoir été suffisamment importante et fondamentale pour l'organisation sociale et la culture du groupe autochtone visé — pendant une période considérable et ininterrompue, au sens indiqué précédemment.

176 Cette exigence temporelle est moins rigoureuse que le critère du «temps immémorial» fixé dans le contexte du titre aborigène: voir *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, et *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, précité; voir aussi Grammond, «La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*», *loc. cit.*, à la p. 1394. Cette réserve apportée au critère du temps immémorial trouve appui dans les *obiter dicta* de notre Cour dans *Sparrow*, précité, à la p. 1095, relativement au droit de pêche ancestral de la bande des Musqueams:

> Il est vrai qu'en ce qui concerne la période de 1867 à 1961 la preuve est sommaire. Mais la preuve n'a pas été contestée ni contredite devant les tribunaux d'instance inférieure et il y a preuve d'un exercice ininterrompu suffisant du droit pour justifier la conclusion de la Cour d'appel et nous n'y toucherons pas. [Je souligne.]

177 En ce qui concerne la période considérable et ininterrompue au cours de laquelle la coutume, pratique ou tradition doit avoir été suivie, elle dépendra des circonstances et de la nature du droit ancestral revendiqué. Cependant, comme l'a proposé le professeur Slattery dans «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, à la p. 758, à l'égard du titre aborigène, [TRADUCTION] «dans la plupart des cas, il semble qu'une période de vingt à cinquante ans serait suffisante». Cette période devrait,

1996 CanLII 216 (SCC)

whether an aboriginal activity has been in existence for long enough to warrant constitutional protection under s. 35(1).

178 In short, the substantial continuous period of time necessary to the recognition of aboriginal rights should be assessed based on (1) the type of aboriginal practices, traditions and customs, (2) the particular aboriginal culture and society, and (3) the reference period of 20 to 50 years. Such a time frame does not minimize the fact that in order to benefit from s. 35(1) protection, aboriginal activities must still form the core of the lives of native people; this surely cannot be characterized as an extreme position, as my colleague Justice McLachlin affirms.

179 The most appreciable advantage of the "dynamic right" approach to defining the nature and extent of aboriginal rights is the proper consideration given to the perspective of aboriginal people on the meaning of their existing rights. It recognizes that distinctive aboriginal culture is not a reality of the past, preserved and exhibited in a museum, but a characteristic that has evolved with the natives as they have changed, modernized and flourished over time, along with the rest of Canadian society. This, in the aboriginal people's perspective, is no doubt the true sense of the constitutional protection provided to aboriginal rights through s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Summary

180 In the end, the proposed general guidelines for the interpretation of the nature and extent of aboriginal rights constitutionally protected under s. 35(1) can be summarized as follows. The characterization of aboriginal rights should refer to the rationale of the doctrine of aboriginal rights, i.e., the historic occupation and use of ancestral lands by the natives. Accordingly, aboriginal practices,

à mon avis, constituer la période de référence pour déterminer si une activité autochtone existe depuis assez longtemps pour justifier que lui soit accordée la protection de la Constitution en vertu du par. 35(1).

Bref, la période considérable et ininterrompue nécessaire pour la reconnaissance des droits ancestraux devrait être appréciée en fonction des critères suivants: (1) le type de coutumes, pratiques et traditions autochtones en cause, (2) la culture et la société autochtones particulières visées, et (3) la période de référence de 20 à 50 ans. Une telle période ne minimise pas le fait que, pour profiter de la protection du par. 35(1), les activités autochtones visées doivent être au centre de la vie des autochtones concernés. Une telle position ne peut certainement pas être qualifiée d'extrême, comme l'affirme ma collègue madame le juge McLachlin.

L'avantage le plus appréciable de la méthode fondée sur le «caractère dynamique des droits» pour interpréter la nature et l'étendue des droits ancestraux est qu'elle permet de tenir compte, comme il se doit, de la perspective des autochtones en ce qui concerne la signification de leurs droits existants. Elle reconnaît que la culture autochtone distinctive n'est pas une chose du passé, préservée et exposée dans un musée, mais bien une caractéristique qui a évolué en même temps que les autochtones, au fur et à mesure que ceux-ci ont changé, se sont modernisés et ont prospéré au fil du temps, parallèlement au reste de la société canadienne. Voilà manifestement quel est, du point de vue des autochtones, le sens véritable de la protection constitutionnelle accordée aux droits ancestraux par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Résumé

En définitive, les lignes directrices générales proposées pour l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits protégés constitutionnellement par le par. 35(1) peuvent être résumées ainsi. La caractérisation des droits ancestraux devrait se faire en fonction du fondement de la doctrine des droits ancestraux, c.-à-d. l'occupation et l'utilisation historiques par les autochtones de leurs terres

1996 CanLII 216 (SCC)

traditions and customs would be recognized and affirmed under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* if they are sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of a particular group of aboriginal people. Furthermore, the period of time relevant to the assessment of aboriginal activities should not involve a specific date, such as British sovereignty, which would crystallize aboriginal's distinctive culture in time. Rather, as aboriginal practices, traditions and customs change and evolve, they will be protected in s. 35(1) provided that they have formed an integral part of the distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time.

This approach being set out, I will turn to the specific issue raised by this case, namely whether the Sto:lo's aboriginal right to fish includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes. Before examining the distinctive aboriginal culture of the Sto:lo people in that respect, a brief review of the case law on aboriginal trade activities, which shows that aboriginal practices, traditions and customs can have different purposes, will be helpful to delineate the issue at bar.

IV. Case Law on Aboriginal Trade Activities

At the British Columbia Court of Appeal, the majority framed the issue as being whether the Sto:lo possess an aboriginal right to fish which includes the right to make commercial use of the fish. Macfarlane J.A. put the question that way because "[i]n essence, [this case] is about an asserted Indian right to sell fish allocated for food purposes on a commercial basis" (see para. 30). I leave aside for the moment the delineation of the aboriginal right claimed in this case in order, first, to examine the case law on treaty and aboriginal rights regarding trade to demonstrate that there is an important distinction to be drawn between, on the one hand, the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes and,

ancestrales. En conséquence, les coutumes, pratiques et traditions autochtones seront reconnues et confirmées en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* si elles sont suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture d'un groupe particulier d'autochtones. De plus, la période pertinente pour l'appréciation des activités autochtones ne devrait pas être fonction d'une date spécifique, par exemple l'affirmation de la souveraineté britannique, car cela aurait pour effet de cristalliser dans le temps la culture autochtone distinctive. Au contraire, comme les coutumes, pratiques et traditions autochtones changent et évoluent, elles seront protégées par le par. 35(1) si elles ont fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive pendant une période considérable et ininterrompue.

Après avoir exposé cette méthode, je vais maintenant aborder la question précise qui se soulève en l'espèce. Est-ce que le droit de pêche ancestral des Sto:lo inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance? Avant d'examiner la culture autochtone distinctive des Sto:lo à cet égard, il est utile, pour bien cerner la question en litige, de passer brièvement en revue la jurisprudence concernant les activités d'échange des autochtones, jurisprudence qui montre que les coutumes, pratiques et traditions autochtones peuvent avoir des fins différentes.

IV. La jurisprudence concernant les activités d'échange des autochtones

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité a indiqué que la question en litige était de savoir si les Sto:lo possèdent un droit de pêche ancestral incluant le droit de faire une utilisation commerciale du poisson. Le juge Macfarlane a formulé la question en ces termes parce que [TRADUCTION] «[e]ssentiellement, [la présente affaire] porte sur la revendication par des Indiens du droit de vendre commercialement du poisson attribué à des fins alimentaires» (par. 30). Je laisse de côté pour le moment la définition du droit ancestral revendiqué en l'espèce afin d'examiner la jurisprudence relative aux droits ancestraux ou issus de traités concernant les échanges pour montrer qu'il faut faire une distinction importante entre, d'une part,

1996 CanLII 216 (SCC)

on the other, the sale, trade and barter of fish for purely commercial purposes.

183 This Court, in *Sparrow*, *supra*, proposed to leave to another day the discussion of commercial aspects of the right to fish, since (at p. 1101) "the case at bar was not presented on the footing of an aboriginal right to fish for commercial or livelihood purposes" (emphasis added). Accordingly, Dickson C.J. and La Forest J. confined their reasons to the aboriginal right to fish for food, social and ceremonial purposes. In so doing, however, it appears that they implicitly distinguished between (1) the right to fish for food, social and ceremonial purposes (which was recognized for the Musqueam Band), (2) the right to fish for livelihood, support and sustenance purposes, and (3) the right to fish for purely commercial purposes (see *Sparrow*, at pp. 1100-1101). The differentiation between the last two classes of purposes, which is of key interest here, was discussed and elaborated upon by Wilson J. in *Horseman*, *supra*.

184 In *Horseman*, this Court examined the scope of the Horse Lakes Indian Band's right to hunt under *Treaty No. 8*, 1899, as amended by the *Natural Resources Transfer Agreement*, 1930 (Alberta) ("*NRTA*"). In that case, the appellant, Bert Horseman, was charged with the offence of unlawfully "trafficking" in wildlife, contrary to s. 42 of the *Wildlife Act*, R.S.A. 1980, c. W-9, which was defined as "any single act of selling, offering for sale, buying, bartering, soliciting or trading". The appellant had killed a grizzly bear in self-defence, while legally hunting moose for food, and he sold the bear hide because he was in need of money to support his family. Horseman argued that the *Wildlife Act* did not apply to him because he was within his *Treaty No. 8* rights when he sold the grizzly hide.

185 Cory J. (Lamer, La Forest and Gonthier JJ. concurring), for the majority, held that the *Treaty*

la vente, l'échange et le troc de poisson à des fins de subsistance, et, d'autre part, la vente et l'échange de poisson à des fins purement commerciales.

Dans *Sparrow*, précité, notre Cour a remis à une autre occasion l'examen des aspects commerciaux du droit de pêche, puisque cette (à la p. 1101) «affaire n'a[vait] pas été débattue en fonction de l'existence d'un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales ou de subsistance» (je souligne). En conséquence, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont limité leurs motifs au droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles. Cependant, ce faisant, ils semblent avoir implicitement établi une distinction entre (1) le droit de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles (qui a été reconnu à la bande des Musqueams), (2) le droit de pêcher à des fins de subsistance, et (3) le droit de pêcher à des fins purement commerciales (voir *Sparrow*, aux pp. 1100 et 1101). La distinction entre ces deux dernières catégories, qui revêt une importance capitale en l'espèce, a été examinée et précisée par le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Horseman*, précité.

Dans *Horseman*, notre Cour a examiné la portée du droit de chasse de la bande indienne de Horse Lakes en vertu du *Traité nº 8*, 1899, modifié par la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* de 1930 (Alberta) (la «*Convention*»). Dans cette affaire, l'appelant, Bert Horseman, avait été accusé d'avoir illégalement [TRADUCTION] «fait le trafic» d'un animal sauvage en contravention de l'art. 42 de la *Wildlife Act*, R.S.A. 1980, ch. W-9, infraction définie comme étant [TRADUCTION] «le fait de vendre, d'acheter, de troquer, de solliciter ou d'échanger». L'appelant a, dans un acte de légitime défense, tué un grizzli pendant qu'il chassait légalement l'orignal pour se nourrir. Il a par la suite vendu la peau du grizzli, car il avait besoin d'argent pour subvenir aux besoins de sa famille. Horseman a plaidé que la *Wildlife Act* ne s'appliquait pas à lui parce qu'il avait exercé des droits que lui conférait le *Traité nº 8* quand il a vendu la peau de l'ours.

Le juge Cory (avec l'appui des juges Lamer, La Forest et Gonthier), s'exprimant au nom de la

1996 CanLII 216 (SCC)

No. 8 right to hunt generally has been circumscribed by the *NRTA* to the right to hunt for "food" only. He made it clear, however, that before the *NRTA* (1930), the Horse Lakes people had the right to hunt for commercial purposes under *Treaty No. 8* (at pp. 928-29):

> The economy of the Indian population at the time of the Treaty had clearly evolved to such a degree that hunting and fishing for commercial purposes was an integral part of their way of life.
>
> . . .
>
> I am in complete agreement with the finding of the trial judge that the original Treaty right clearly included hunting for purposes of commerce. The next question that must be resolved is whether or not that right was in any way limited or affected by the Transfer Agreement of 1930. [Emphasis added.]

This passage recognizes that the practices, traditions and customs of the Horse Lakes people were not frozen at the time of British sovereignty and that when *Treaty No. 8* was concluded in 1899, their activities had evolved so that commercial hunting and fishing formed an "integral part" of their culture and society.

Furthermore, Cory J. upheld the findings of the courts below that the sale of the grizzly hide constituted a commercial hunting activity which, as a consequence, fell outside the ambit of the treaty rights to hunt. He wrote at p. 936:

> It has been seen that the Treaty No. 8 hunting rights have been limited by the provisions of the 1930 Transfer Agreement to the right to hunt for food, that is to say, for sustenance for the individual Indian or the Indian's family. In the case at bar the sale of the bear hide was part of a "multi-stage process" whereby the product was sold to obtain funds for purposes which might include purchasing food for nourishment. The courts below correctly found that the sale of the bear hide constituted a hunting activity that had ceased to be that of hunting "for food" but rather was an act of commerce. As a result it was no longer a right protected by Treaty No. 8, as amended by the 1930 Transfer Agreement. [Emphasis added.]

majorité, a statué que la *Convention* avait limité le droit général de chasse énoncé au *Traité nº 8* au droit de chasser pour «se nourrir» seulement. Cependant, il a clairement indiqué que, avant la *Convention* (1930), les Indiens de Horse Lakes avaient le droit de chasser à des fins commerciales en vertu du *Traité nº 8* (aux pp. 928 et 929):

> De toute évidence, au moment de la signature du traité, l'économie de la population indienne avait évolué au point où la chasse et la pêche à des fins commerciales faisaient partie intégrante du mode de vie des Indiens.
>
> . . .
>
> Je souscris entièrement à la conclusion du juge de première instance que le droit initial conféré par le traité comprenait manifestement la chasse à des fins du commerce. La prochaine question à laquelle il faut répondre est de savoir si ce droit a été de quelque manière limité ou modifié par la Convention de transfert de 1930. [Je souligne.]

Ce passage reconnaît le fait que les coutumes, pratiques et traditions des Indiens de Horse Lakes n'ont pas été figées au moment de l'affirmation de la souveraineté britannique, et que leurs activités avaient, lors de la signature du *Traité nº 8* en 1899, évolué au point où la chasse et la pêche commerciales faisaient «partie intégrante» de leur culture et de leur société.

En outre, le juge Cory a confirmé les conclusions des tribunaux inférieurs que la vente de la peau du grizzli constituait une activité de chasse commerciale qui, en conséquence, n'était pas visée par les droits de chasse conférés par le Traité. Il a écrit ceci, à la p. 936: 186

> Nous avons constaté que la Convention de transfert de 1930 a limité les droits de chasse conférés par le Traité nº 8 au droit de chasser pour se nourrir, c'est-à-dire pour la subsistance de l'Indien ou de sa famille. En l'espèce, la vente de la peau de l'ours s'inscrivait dans un «processus à plusieurs étapes», la vente ayant pour but l'obtention d'argent pour des fins pouvant comprendre l'achat de denrées alimentaires. Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu, à juste titre, que la vente de la peau de l'ours constituait un acte relié à la chasse qui n'était plus de la chasse «pour se nourrir», mais plutôt un acte de commerce. Il ne s'agissait plus en conséquence d'un droit protégé par le Traité nº 8, modifié par la Convention de transfert de 1930. [Je souligne.]

1996 CanLII 216 (SCC)

Cory J. concluded that the *Wildlife Act* applied and found the appellant guilty of unlawfully trafficking in wildlife.

187 Wilson J. (Dickson C.J. and L'Heureux-Dubé J. concurring), dissenting, was of the view that, from an aboriginal perspective, a simple dichotomy between hunting for domestic use and hunting for commercial purposes should not be determinative of the treaty rights. Rather, *Treaty No. 8* and the *NRTA* should be interpreted so as to preserve the Crown's commitment to respecting the lifestyle of the Horse Lakes people and the way in which they had traditionally pursued their livelihood.

188 Contrary to Cory J., Wilson J. held that the words "for food" in the *NRTA* did not have the effect of placing substantial limits on the range of hunting activities permitted under *Treaty No. 8*. After reviewing the decisions of this Court in *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95, and *Moosehunter*, *supra*, Wilson J. found that the treaty right to hunt "for food" amounted to a right to hunt for support and sustenance. She explained her view as follows, at p. 919:

> And if we are to give para. 12 [of the *NRTA*] the "broad and liberal" construction called for in *Sutherland*, a construction that reflects the principle enunciated in *Nowegijick* and *Simon* that statutes relating to Indians must be given a "fair, large and liberal construction", then we should be prepared to accept that the range of activity encompassed by the term "for food" extends to hunting for "support and subsistence", i.e. hunting not only for direct consumption but also hunting in order to exchange the product of the hunt for other items as was their wont, as opposed to purely commercial or sport hunting.
>
> And, indeed, when one thinks of it this makes excellent sense. The whole emphasis of Treaty No. 8 was on the preservation of the Indian's traditional way of life. But this surely did not mean that the Indians were to be forever consigned to a diet of meat and fish and were to have no opportunity to share in the advances of modern

Le juge Cory a conclu que la *Wildlife Act* s'appliquait et il a déclaré l'appelant coupable d'avoir illégalement fait le trafic d'un animal sauvage.

Le juge Wilson (avec l'appui du juge en chef Dickson et de moi-même), dissidente, était d'avis que, du point de vue des autochtones, la simple dichotomie entre la chasse pratiquée pour subvenir à des besoins domestiques et celle pratiquée à des fins commerciales ne devrait pas être déterminante en ce qui concerne les droits issus de traités. Le *Traité nº 8* et la *Convention* devaient plutôt être interprétés de façon à préserver l'engagement solennel que Sa Majesté avait pris de respecter le mode de vie des Indiens de Horse Lakes et la façon dont ceux-ci avaient traditionnellement gagné leur vie.

Contrairement au juge Cory, le juge Wilson a statué que l'expression «pour se nourrir» dans la Convention n'avait pas eu pour effet d'imposer des limites importantes à l'étendue des pratiques de chasse autorisées par le *Traité nº 8*. Après avoir examiné les arrêts de notre Cour *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95, et *Moosehunter*, précité, le juge Wilson a conclu que le droit de chasser «pour se nourrir» prévu au *Traité* équivalait à un droit de chasse à des fins de subsistance. Elle a expliqué ainsi son point de vue, à la p. 919:

> Et si nous voulons donner à l'art. 12 [de la *Convention*] l'interprétation «large et libérale» qu'exige l'arrêt *Sutherland*, une interprétation qui reflète le principe énoncé dans les arrêts *Nowegijick* et *Simon* que les lois relatives aux Indiens doivent être «interprétées de façon juste, large et libérale», nous devrions alors être prêts à accepter que l'étendue des activités visées par l'expression «pour se nourrir» s'étend à la chasse à des fins de «support et [de] subsistance», c'est-à-dire à la chasse non seulement en vue de la consommation directe mais également à la chasse en vue d'échanger le produit de la chasse pour d'autres articles comme c'était leur habitude, par opposition à la chasse purement commerciale ou sportive.
>
> Et d'ailleurs, quand on y pense, cela est tout à fait logique. Le Traité nº 8 était axé principalement sur la préservation du mode de vie traditionnel des Indiens. Mais cela ne voulait certainement pas dire que les Indiens devraient à tout jamais s'astreindre à un régime de viande et de poisson et qu'ils ne pourraient pas béné-

1996 CanLII 216 (SCC)

civilization over the next one hundred years. Of course, the Indians' hunting and fishing rights were to be preserved and protected; the Indians could not have survived otherwise. But this cannot mean that in 1990 they are to be precluded from selling their meat and fish to buy other items necessary for their sustenance and the sustenance of their children. Provided the purpose of their hunting is either to consume the meat or to exchange or sell it in order to support themselves and their families, I fail to see why this is precluded by any common sense interpretation of the words "for food". It will, of course, be a question of fact in each case whether a sale is made for purposes of sustenance or for purely commercial profit. [Emphasis added.]

ficier eux aussi des progrès de la civilisation moderne au cours du siècle suivant. Les droits de chasse et de pêche des Indiens devaient évidemment être conservés et protégés; les Indiens n'auraient pu survivre autrement. Mais cela ne signifie pas qu'en 1990 ils ne peuvent vendre leur viande et leur poisson pour acheter d'autres articles nécessaires à leur subsistance et à celle de leurs enfants. Pourvu qu'ils chassent en vue de consommer la viande, de l'échanger ou de la vendre pour se nourrir et nourrir leur famille, je ne vois pas comment une interprétation conforme au bon sens de l'expression «pour se nourrir» peut interdire cela. Il va sans dire que la question de savoir si une vente est faite à des fins de subsistance ou à des fins purement commerciales est une question de fait à trancher dans chaque cas. [Je souligne.]

Wilson J. concluded that the *Wildlife Act* could not forbid the activities which fall within the aboriginal traditional way of life and that are linked to the Horse Lakes people's support and sustenance. Consequently, she would have acquitted the appellant because he sold the grizzly hide to buy food for his family, not for commercial profit.

Le juge Wilson a statué que la *Wildlife Act* ne pouvait interdire les activités faisant partie du mode de vie autochtone traditionnel et qui sont liées à la subsistance des Indiens de Horse Lakes. En conséquence, elle aurait acquitté l'appelant, étant donné qu'il avait vendu la peau du grizzli non pas à des fins commerciales, mais pour acheter de la nourriture pour sa famille.

As far as this case is concerned, there are two points which stand out from the foregoing review of the reasons in *Horseman*, *supra*. First, the Horse Lakes people's original practices, traditions and customs regarding hunting were held to have evolved to include, at the time *Treaty No. 8* was concluded, the right to make some commercial use of the game. Second, and more importantly, when determining whether a treaty right exists (which no doubt extends to aboriginal rights), there should be a distinction drawn between, on the one side, activities relating to the support and sustenance of the natives and, on the other, ventures undertaken purely for commercial profit. Such a differentiation is far from being artificial, as McLachlin J. seems to suggest, and, in fact, this distinction ought to be used in the context of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* as in other contexts; in short, there are sales which do not qualify as commercial sales (see, for example, *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. 1977, c. P-40.1).

189

En ce qui concerne le présent pourvoi, deux points ressortent de l'analyse qui précède des motifs prononcés dans *Horseman*, précité. Premièrement, il a été jugé que les coutumes, pratiques et traditions originales des Indiens de Horse Lakes en matière de chasse avaient évolué et incluaient, au moment de la conclusion du *Traité nº 8*, le droit de faire une certaine utilisation commerciale du gibier. Deuxièmement, point encore plus important, pour déterminer si un droit issu de traité existe (principe qui s'applique sans aucun doute aussi aux droits ancestraux), il faut établir une distinction entre, d'une part, les activités de subsistance des autochtones, et, d'autre part, celles exercées à des fins purement commerciales. Une telle distinction est loin d'être artificielle, comme semble le suggérer le juge McLachlin, et, de fait, elle devrait être utilisée dans le contexte du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* tout comme dans d'autres contextes. Bref, il y a des ventes qui n'ont pas un caractère commercial (voir, par exemple, la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. 1977, ch. P-40.1).

1996 CanLII 216 (SCC)

190 This differentiation was adopted by the Ontario Court (Prov. Div.) in *R. v. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421. In that case, the defendants, members of the Chippewas of Nawash, were charged with the offence of taking more lake trout than permitted by the band's commercial fishing licence, contrary to the *Ontario Fishery Regulations, 1989*, authorized by the *Fisheries Act*. The defendants argued that the quota imposed by the Band's licence interfered with their protected aboriginal right or treaty right to engage in commercial fishing. After referring to both the reasons of Cory J. and of Wilson J. in *Horseman*, *supra*, Fairgrieve Prov. Ct. J. reached the following conclusions at pp. 440-41:

> Consideration of the historical, anthropological and archival evidence leaves an existing aboriginal right to fish for commercial purposes that essentially coincides with the treaty right already stated: the Saugeen have a collective ancestral right to fish for sustenance purposes in their traditional fishing grounds. Apart from the waters adjacent to the two reserves and their unsurrendered islands, the aboriginal commercial fishing right is not exclusive, but does allow them to fish throughout their traditional fishing grounds on both sides of the peninsula. To use Ms. Blair's language [for the Defendants], the nature of the aboriginal right exercised is one directed "to a subsistence use of the resource as opposed to a commercially profitable enterprise". It is the band's continuing communal right to continue deriving "sustenance" from the fishery resource which has always been an essential part of the community's economic base. [Emphasis added.]

See also, *R. v. King*, [1993] O.J. No. 1794 (Ont. Ct. Prov. Div.), at para. 51, and *R. v. Fraser*, [1994] 3 C.N.L.R. 139 (B.C. Prov. Ct.), at p. 145, as well as the commentators Binnie, "The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?", *supra*, at pp. 234-35, and Bowker, "*Sparrow*'s Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal", *supra*, at p. 8.

191 In sum, as *Sparrow*, *supra*, suggests, when assessing whether aboriginal practices, traditions and customs have been sufficiently significant and

Cette distinction a été adoptée par la Cour de l'Ontario (Div. prov.) dans l'affaire *R. c. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421. Dans cette affaire, les défendeurs, membres des Chippewas de Nawash, avaient été accusés de l'infraction d'avoir pêché un nombre de truites supérieur à celui autorisé par le permis de pêche commerciale de la bande, en contravention du *Règlement de pêche de l'Ontario de 1989*, pris en vertu de la *Loi sur les pêches*. Les défendeurs ont prétendu que le contingent imposé par le permis de la bande portait atteinte au droit ancestral ou issu de traité qui leur était garanti en matière de pêche commerciale. Après s'être référé aux motifs du juge Cory et à ceux du juge Wilson dans *Horseman*, précité, le juge Fairgrieve de la Cour provinciale a formulé les conclusions suivantes, aux pp. 440 et 441:

> [TRADUCTION] L'examen de la preuve historique, anthropologique et archivistique révèle l'existence d'un droit ancestral existant de pêcher à des fins commerciales qui coïncide essentiellement avec le droit issu de traité déjà mentionné: les Saugeens possèdent un droit ancestral collectif de pêche à des fins de subsistance dans leurs secteurs de pêche traditionnels. Sauf dans les eaux adjacentes aux deux réserves et à leurs îles non cédées, le droit ancestral de pêche à des fins commerciales n'a pas un caractère exclusif, mais il autorise néanmoins les Saugeens à pêcher partout dans leurs secteurs de pêche des deux côtés de la péninsule. Pour employer les termes de M^me^ Blair [pour les défendeurs], la nature du droit ancestral exercé vise «une utilisation de la ressource à des fins de subsistance par opposition à une entreprise commercialement rentable». C'est le droit collectif continu de la bande de continuer de tirer sa «subsistance» des ressources de la pêcherie, qui a toujours constitué un élément essentiel de la base économique de la collectivité. [Je souligne.]

Voir aussi *R. c. King*, [1993] O.J. No. 1794 (C. Ont. Div. prov.), au par. 51; et *R. c. Fraser*, [1994] 3 C.N.L.R. 139 (C. prov. C.-B.), à la p. 145; ainsi que les auteurs Binnie, «The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?», *loc. cit.*, aux pp. 234 et 235, et Bowker, «*Sparrow*'s Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal», *loc. cit.*, à la p. 8.

Bref, comme l'indique l'arrêt *Sparrow*, précité, les fins pour lesquelles sont exercées les activités en cause sont considérées comme hautement perti-

1996 CanLII 216 (SCC)

fundamental to the culture and social organization of a particular group of aboriginal people for a substantial continuing period of time, the purposes for which such activities are undertaken should be considered highly relevant. An aboriginal activity can form an integral part of the distinctive culture of a group of aboriginal people if it is done for certain purposes — e.g., for livelihood, support and sustenance purposes. However, the same activity could be considered not to be part of their distinctive aboriginal culture if it is done for other purposes — e.g., for purely commercial purposes. The Chief Justice fails to draw this distinction, which I believe to be highly relevant, although he agrees that the Court of Appeal mischaracterized the aboriginal right here claimed.

nentes dans l'examen de la question de savoir si les coutumes, pratiques et traditions autochtones ont été suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture d'un groupe particulier d'autochtones, et ce pendant une période considérable et ininterrompue. Une activité autochtone peut faire partie intégrante de la culture distinctive d'un groupe d'autochtones si elle est exercée pour certaines fins, par exemple à des fins de subsistance. Toutefois, la même activité pourrait être considérée comme ne faisant pas partie de cette culture autochtone distinctive si elle vise d'autres fins, par exemple des fins purement commerciales. Le Juge en chef omet d'établir cette distinction, que j'estime hautement pertinente, quoiqu'il reconnaisse que la Cour d'appel a mal caractérisé le droit ancestral revendiqué en l'espèce.

1996 CanLII 216 (SCC)

This contemplation of aboriginal or treaty rights based on the purpose of the activity is aimed at facilitating the delineation of the rights claimed as well as the identification and evaluation of the evidence presented in their support. However, as in *Horseman*, *supra*, to respect aboriginal perspective on the matter, the purposes for which aboriginal activities are undertaken cannot and should not be strictly compartmentalized. Rather, in my view, such purposes should be viewed on a spectrum, with aboriginal activities undertaken solely for food, at one extreme, those directed to obtaining purely commercial profit, at the other extreme, and activities relating to livelihood, support and sustenance, at the centre.

192 Cet examen des droits ancestraux ou issus de traités, qui est fondé sur la fin visée par l'activité en cause, a pour objet de faciliter la définition des droits revendiqués, de même que la détermination et l'appréciation de la preuve présentée au soutien de ces droits. Cependant, tout comme dans *Horseman*, précité, afin de respecter la perspective autochtone sur la question, les fins pour lesquelles les activités autochtones sont exercées ne peuvent pas et ne devraient pas être compartimentées de manière stricte. À mon avis, ces fins devraient plutôt être considérées comme les divers éléments d'une gamme sur laquelle les activités autochtones exercées seulement à des fins alimentaires se trouveraient à une extrémité et celles visant des fins purement commerciales à l'autre extrémité, alors que les activités faites à des fins de subsistance occuperaient le centre.

This being said, in this case, as I have already noted elsewhere, the British Columbia Court of Appeal framed the issue as being one of whether the Sto:lo possess an aboriginal right to fish which includes the right to make commercial use of the fish. To state the question in that fashion not only disregards the above distinction between the purposes for which fish can be sold, traded and bartered but also mischaracterizes the facts of this case, misconceives the contentions of the appellant

193 Cela dit, en l'espèce, comme je l'ai déjà affirmé, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a dit que la question était de savoir si les Sto:lo possèdent un droit de pêche ancestral incluant le droit de faire une utilisation commerciale du poisson. Non seulement une telle formulation ne tient pas compte de la distinction établie précédemment entre les fins pour lesquelles le poisson peut être vendu et échangé, mais elle caractérise erronément les faits de l'espèce, interprète mal les prétentions

and overlooks the legislative provision here under constitutional challenge.

194 First, the facts giving rise to this case do not support the Court of Appeal's framing of the issue in terms of commercial fishing. The appellant, Dorothy Van der Peet, was charged with the offence of selling salmon which were legally caught by her common law spouse and his brother. The appellant sold 10 salmon. There is no evidence as to the purposes of the sale or as to what the money was going to be used for. It is clear, however, that the offending transaction proven by the Crown is not part of a commercial venture, nor does it constitute an act directed at profit. It would be different if the Crown had shown, for instance, that the appellant sold 10 salmon every day for a year or that she was selling fish to provide for commercial profit. This is not, however, the scenario presented to us and, as the facts stand on the record, it is reasonable to infer from them that the appellant sold the 10 salmon, not for profit, but for the support and sustenance of herself and her family.

195 Furthermore, the appellant did not argue in the courts below or before this Court that the Sto:lo possess an aboriginal right to fish for commercial purposes. The submissions were only to the effect that the Sto:lo's aboriginal right to fish includes the right to sell, trade and barter fish for their livelihood, support and sustenance. In fact, before this Court, the appellant relied on the dissenting opinion of Lambert J.A., at the Court of Appeal, who stated (at para. 150) that the Sto:lo had the right to "catch and, if they wish, sell, themselves and through other members of the Sto:lo people, sufficient salmon to provide all the people who wish to be personally engaged in the fishery, and their dependent families, when coupled with their other financial resources, with a moderate livelihood" (italics omitted, underlining added). It is well settled that in framing the issue in a case courts cannot overlook the contentions of the parties; in the

de l'appelante et fait abstraction de la disposition législative visée par la présente contestation constitutionnelle.

Premièrement, les faits à l'origine de la présente affaire ne permettent pas, comme l'a fait la Cour d'appel, de formuler la question sous l'angle de la pêche commerciale. L'appelante, Dorothy Van der Peet, a été accusée d'avoir vendu des saumons qui avaient été pêchés légalement par son conjoint de fait et le frère de celui-ci. L'appelante a vendu 10 saumons. Il n'existe pas de preuve concernant les fins de la vente ou l'utilisation qu'on entendait faire du produit de celle-ci. Cependant, il est clair que l'opération reprochée et dont le ministère public a fait la preuve, ne s'inscrit pas dans le cadre d'une entreprise commerciale et ne constitue pas non plus un acte visant à réaliser un profit. Toutefois, la situation serait différente si le ministère public avait démontré, par exemple, que l'appelante avait vendu 10 saumons par jour pendant une année, ou encore qu'elle vendait du poisson à des fins commerciales. Cependant, ce n'est pas le scénario qui nous a été présenté et, suivant les faits au dossier, il est raisonnable d'inférer de ceux-ci que l'appelante a vendu les 10 saumons non pas à des fins commerciales, mais pour subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille.

Qui plus est, l'appelante n'a pas plaidé devant les tribunaux inférieurs ni devant notre Cour que les Sto:lo possèdent un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales. Elle a seulement prétendu que le droit de pêche ancestral des Sto:lo inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. De fait, devant notre Cour, l'appelante s'est fondée sur l'opinion dissidente du juge Lambert de la Cour d'appel qui a affirmé (au par. 150) que les Sto:lo avaient le droit [TRADUCTION] «de prendre et, s'ils le désirent, de vendre eux-mêmes et par l'entremise d'autres Sto:lo, suffisamment de saumon pour assurer à tous ceux qui souhaitent pêcher — ainsi qu'aux personnes à leur charge —, compte tenu de leurs autres ressources financières, une subsistance convenable» (j'ai omis les italiques et je souligne). Il est bien établi que, dans la formulation de la question en litige, les tribunaux ne peuvent faire abstraction des prétentions

1996 CanLII 216 (SCC)

case at bar, the appellant did not seek the recognition and affirmation of an aboriginal right to fish for commercial purposes.

Finally, the legislative provision under constitutional challenge is not only aimed at commercial fishing, but also forbids both commercial and non-commercial sale, trade and barter of fish. For convenience, here is again s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*:

27. . . .

(5) No person shall sell, barter or offer to sell or barter any fish caught under the authority of an Indian food fish licence. [Emphasis added.]

The scope of s. 27(5) encompasses any sale, trade or barter of fish caught under an Indian food fish licence. If the prohibition were directed at the sale, trade and barter of fish for commercial purposes, the question of the validity of the Regulations would raise a different issue, one which does not arise on the facts of this case since an aboriginal right to fish commercially is not claimed here. Section 27(5) prohibits the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance, and we must determine whether, as it stands, this provision complies with the constitutional protection afforded to aboriginal rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

An aboriginal activity does not need to be undertaken for livelihood, support and sustenance purposes to benefit from s. 35(1) protection. In other words, the above distinction based on the purposes of aboriginal activities does not impose an additional burden on the claimant of an aboriginal right. It may be that, for a particular group of aboriginal people, the practices, traditions and customs relating to some commercial activities meet the test for the recognition of an aboriginal right, i.e., to be sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization for a substantial continuing period of time. This will have to be

des parties. En l'espèce, l'appelante n'a pas demandé que soit reconnu et confirmé un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales.

196 Enfin, la disposition législative visée par la présente contestation constitutionnelle ne concerne pas seulement la pêche commerciale, mais elle interdit de vendre et d'échanger du poisson tant à des fins commerciales que non commerciales. Par souci de commodité, je reproduis à nouveau le par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*:

27. . . .

(5) Il est interdit à quiconque de vendre, d'échanger ou d'offrir de vendre ou d'échanger du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens. [Je souligne.]

Le paragraphe 27(5) vise la vente et l'échange de poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens. Si l'interdiction visait la vente et l'échange de poisson à des fins commerciales, la question de la validité du Règlement soulèverait une question différente, qui ne se présente pas compte tenu des faits de la présente affaire, étant donné qu'aucun droit ancestral de pêcher à des fins commerciales n'est revendiqué en l'espèce. Le paragraphe 27(5) interdit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, et il nous faut déterminer si cette disposition, de la façon dont elle est libellée, est compatible avec la protection constitutionnelle accordée aux droits ancestraux par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

197 Cela dit, il n'est pas nécessaire qu'une activité autochtone soit accomplie à des fins de subsistance pour bénéficier de la protection du par. 35(1). En d'autres termes, la distinction faite précédemment et fondée sur les fins visées par les activités autochtones n'impose pas un fardeau additionnel au demandeur qui revendique un droit ancestral. Il est possible que, pour un groupe particulier d'autochtones, les coutumes, pratiques et traditions se rapportant à certaines activités commerciales respectent le critère applicable en vue de la reconnaissance d'un droit ancestral, c'est-à-dire avoir été suffisamment importantes et fondamentales pour

1996 CanLII 216 (SCC)

determined on the specific facts giving rise to each case, as proven by the Crown, in view of the particular aboriginal culture and the evidence supporting the recognition of such right. In fact, the consideration of aboriginal activities based on their purposes is simply aimed at facilitating the delineation of the aboriginal rights claimed as well as the identification and evaluation of the evidence presented in support of the rights.

198 In the instant case, this Court is only required to decide whether the Sto:lo's right to fish includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes, and not whether it includes the right to make commercial use of the fish. In that respect, it is necessary to review the evidence to determine whether such activities have formed an integral part of the Sto:lo's distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time so as to give rise to an aboriginal right. That is what I now propose to do.

V. The Case

199 The question here is whether the particular group of aboriginal people, the Sto:lo Band, of which the appellant is a member, has engaged in the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes, in a manner sufficiently significant and fundamental to their culture and social organization, for a substantial continuous period of time, entitling them to benefit from a constitutionally protected aboriginal right to that extent.

200 At trial, after having examined the historical evidence presented by the parties, Scarlett Prov. Ct. J. arrived at the following conclusions (at p. 160):

> This court was not satisfied upon the evidence that aboriginal trade in salmon took place in any regularized or market sense. Oral evidence demonstrated that trade was incidental to fishing for food purposes. Anthropological and archaeological evidence was in conflict. This court accepts the evidence of Dr. Stryd and John

leur organisation sociale et leur culture pendant une période considérable et ininterrompue. Cette question doit être tranchée à partir des faits propres à chaque cas et prouvés par le ministère public, compte tenu de la culture autochtone en cause et de la preuve étayant la reconnaissance du droit revendiqué. De fait, l'examen des activités autochtones en fonction des fins visées par celles-ci a tout simplement pour but de faciliter la définition des droits ancestraux revendiqués, ainsi que la détermination et l'appréciation de la preuve présentée à l'appui de ces droits.

En l'espèce, notre Cour est uniquement appelée à décider si le droit de pêche des Sto:lo inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, et non pas si ce droit inclut celui de faire une utilisation commerciale du poisson. À cet égard, il est nécessaire d'examiner la preuve afin de déterminer si ces activités ont fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive des Sto:lo pendant une période considérable et ininterrompue, de façon à donner naissance à un droit ancestral. C'est maintenant ce que je me propose de faire.

V. Le présent pourvoi

En l'espèce, la question est de savoir si le groupe particulier d'autochtones, la bande Sto:lo, dont fait partie l'appelante, a vendu et échangé du poisson à des fins de subsistance, et ce d'une manière suffisamment importante et fondamentale pour son organisation sociale et sa culture pendant une période considérable et ininterrompue, de sorte que ce groupe bénéficierait à cet égard d'un droit ancestral protégé par la Constitution.

Au procès, après avoir examiné la preuve de nature historique présentée par les parties, le juge Scarlett de la Cour provinciale est arrivé aux conclusions suivantes (à la p. 160):

> [TRADUCTION] La présente cour n'est pas convaincue, à la lumière de la preuve, que le commerce du saumon existait chez les autochtones au sens d'un commerce organisé, d'un marché. Il ressort des témoignages oraux que le commerce était un aspect accessoire de la pêche pratiquée à des fins alimentaires. Les éléments de

1996 CanLII 216 (SCC)

Dewhurst [*sic*] in preference to Dr. Daly and therefore, accepts that the Sto:lo were a band culture as opposed to tribal. While bands were guided by siem or prominent families, no regularized trade in salmon existed in aboriginal times. Such trade as took place was either for ceremonial purposes or opportunistic exchanges taking place on a casual basis. Such trade as did take place was incidental only. Evidence led by the Crown that the Sto:lo had no access to salt for food preservation is accepted.

Exchange of fish was subject to local conditions of availability, transportation and preservation. It was the establishment by the Hudson's Bay Company at the fort at Langley that created the market and trade in fresh salmon. Trade in dried salmon in aboriginal times was, as stated, minimal and opportunistic. This court concludes on the evidence, therefore, that the Sto:lo aboriginal right to fish for food and ceremonial purposes does not include the right to sell such fish. [Emphasis added.]

preuve anthropologique et archéologique étaient contradictoires. La présente cour préfère les témoignages de M. Stryd et de John Dewhurst [*sic*] à celui de M. Daly et, en conséquence, accepte que la culture des Sto:lo était celle d'une bande plutôt que d'une tribu. Même si les bandes étaient guidées par des siem ou familles importantes, il n'y avait pas de commerce organisé du saumon au temps des aborigènes. Le commerce qui se faisait résultait soit d'échanges faits à des fins rituelles soit d'échanges découlant d'occasions fortuites. Ces échanges avaient seulement un caractère accessoire. La preuve présentée par le ministère public que les Sto:lo ne disposaient pas de sel permettant de conserver le poisson est acceptée.

Les échanges de poisson étaient tributaires des conditions locales sur le plan de la disponibilité, du transport et de la conservation. C'est l'établissement de la Compagnie de la Baie d'Hudson au fort situé à Langley qui a créé le marché et le commerce du saumon frais. Les échanges de saumon séché au temps des aborigènes n'avaient, comme il a été dit plus tôt, qu'un caractère minimal et fortuit. Par conséquent, la Cour conclut, à la lumière de la preuve, que le droit ancestral des Sto:lo de pêcher à des fins alimentaires et rituelles n'inclut pas le droit de vendre le poisson ainsi pris [Je souligne.]

I agree with the Chief Justice that it is well established, both in criminal and civil contexts, that an appellate court will not disturb the findings of fact made by a trial judge in the absence of "some palpable and overriding error which affected his [or her] assessment of the facts" (emphasis added): see *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808; see also *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2, *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672, *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570, *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351, *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, and *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254. 201

Je suis d'accord avec le Juge en chef qu'il est bien établi, tant en matière criminelle que civile, qu'une cour d'appel ne modifie pas les conclusions de fait du juge du procès en l'absence d'une «erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits» (je souligne): voir *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la p. 808; voir aussi *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672, *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351, *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377 et *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254.

At the British Columbia Supreme Court, Selbie J. was of the view that the trial judge committed such an error and, as a consequence, substituted his own findings of fact (at paras. 15 and 16): 202

Le juge Selbie de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a estimé que le juge du procès avait commis une telle erreur et il a en conséquence substitué ses propres conclusions de fait (aux par. 15 et 16):

1996 CanLII 216 (SCC)

With respect, in my view the learned judge erred in using contemporary tests for "marketing" to determine whether the aboriginal acted in ways which were consistent with trade albeit in a rudimentary way as dictated by the times.

In my view, the evidence in this case, oral, historical and opinion, looked at in the light of the principles of interpreting aboriginal rights referred to earlier, is more consistent with the aboriginal right to fish including the right to sell, barter or exchange than otherwise and must be found so. We are, after all, basically considering the existence in antiquity of an aboriginal's right to dispose of his fish other than by eating it himself or using it for ceremonial purposes — the words "sell", "barter", "exchange", "share", are but variations on the theme of "disposing". It defies common sense to think that if the aboriginal did not want the fish for himself, there would be some stricture against him disposing of it by some other means to his advantage. We are speaking of an aboriginal "right" existing in antiquity which should not be restrictively interpreted by today's standards. I am satisfied that when the first Indian caught the first salmon he had the "right" to do anything he wanted with it — eat it, trade it for deer meat, throw it back or keep it against a hungrier time. As time went on and for an infinite variety of reasons, that "right" to catch the fish and do anything he wanted with it became hedged in by rules arising from religion, custom, necessity and social change. One such restriction requiring an adjustment to his rights was the need dictated by custom or religion to share the first catch — to do otherwise would court punishment by his god and by the people. One of the social changes that occurred was the coming of the white man, a circumstance, as any other, to which he must adjust. With the white man came new customs, new ways and new incentives to colour and change his old life, including his trading and bartering ways. The old customs, rightly or wrongly, for good or for bad, changed and he must needs change with them — and he did. A money economy eventually developed and he adjusted to that also — he traded his fish for money. This was a long way from his ancient sharing, bartering and trading practices but it was the logical progression of such. It has been held that the aboriginal right to hunt is not frozen in time so that only the bow and arrow can be used in exercising it — the right evolves with the times: see *Simon v. R.*, [1985] 2 S.C.R. 387 .... So, in my view, with the right to fish and dispose of them, which I find on the evidence includes the right to trade and barter them. The Indian right to trade his fish is not frozen in time to doing so only by the medium of the potlatch and

[TRADUCTION] Avec égards, je suis d'avis que le juge du procès a commis une erreur en utilisant des critères contemporains de «commercialisation» pour déterminer si l'autochtone avait agi d'une façon compatible avec les usages du commerce, quoique de la manière rudimentaire dictée par l'époque.

À mon avis, lorsqu'on examine la preuve en l'espèce — orale, historique et d'opinion — à la lumière des principes d'interprétation des droits ancestraux qui ont été mentionnés plus tôt, on constate qu'elle est davantage compatible avec l'existence d'un droit de pêche ancestral incluant le droit de vendre ou d'échanger le produit de la pêche, que le contraire, et il faut conclure en ce sens. Après tout, fondamentalement nous examinons l'existence, dans les temps anciens, du droit d'un autochtone de disposer de son poisson autrement qu'en le consommant lui-même ou en l'utilisant à des fins rituelles — les termes «vendre», «troquer», «échanger», «partager» n'étant que des variantes de l'idée de «disposer». Il est contraire au bon sens de penser que si un autochtone ne voulait pas le poisson pour lui-même, — quelque chose l'empêchait d'en disposer d'une façon qui l'avantagerait. Nous parlons d'un «droit» autochtone qui existait dans les temps anciens et qui ne devrait pas être interprété restrictivement par rapport aux normes actuelles. Je suis convaincu que quand le premier Indien a pris le premier saumon il avait le «droit» d'en faire ce qu'il voulait — le manger, l'échanger contre de la viande de chevreuil, le remettre à l'eau ou le garder pour les temps plus difficiles. Au fil du temps, et pour une gamme de raisons, ce «droit» de prendre du poisson et d'en disposer à sa guise a été circonscrit par des règles fondées sur la religion, la coutume, la nécessité et les changements sociaux. L'une de ces restrictions, qui a entraîné une adaptation des droits du premier Indien, a été l'obligation dictée par la coutume ou la religion de partager la première capture — ne pas le faire l'aurait exposé au châtiment de son dieu ou du peuple. L'un des changements sociaux a été l'arrivée des Blancs, circonstance à laquelle, comme toutes les autres, l'Indien a dû s'adapter. Les Blancs sont arrivés avec de nouvelles coutumes, de nouvelles manières de faire et de nouveaux incitatifs à modifier son mode de vie, y compris ses méthodes de troc et d'échange. À tort ou à raison, pour le meilleur ou pour le pire, les vieilles coutumes ont changé et l'Indien a dû évoluer avec elles — ce qu'il a fait. Une économie monétaire s'est éventuellement établie et l'Indien s'y est également adapté — commençant à vendre du poisson pour de l'argent. Il s'agissait d'un changement considérable par rapport à ses anciennes pratiques de partage, d'échange et de troc, mais néanmoins d'une progression logique. Il a été sta-

1996 CanLII 216 (SCC)

the like; he is entitled, subject to extinguishment or justifiable restrictions, to evolve with the times and dispose of them by modern means, if he so chooses, such as the sale of them for money. It is thus my view that the aboriginal right of the Sto:lo peoples to fish includes the right to sell, trade or barter them after they have been caught. It is my view that the learned judge imposed a verdict inconsistent with the evidence and the weight to be given it. [Emphasis added.]

tué que le droit de chasse ancestral n'est pas figé dans le temps — sinon, l'autochtone ne pourrait se servir que d'un arc et des flèches pour l'exercer — que le droit évolue avec le temps: voir *Simon c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 387 . . . . En conséquence, à mon avis, le droit de prendre du poisson et d'en disposer inclut, selon la preuve, le droit de l'échanger ou de le troquer. Le droit de l'Indien d'échanger le poisson n'est pas figé dans le temps — sinon il ne pourrait en disposer que dans le cadre de potlatch et d'autres occasions du genre; de fait, sous réserve d'extinction du droit ou de restrictions justifiables de celui-ci, l'Indien peut profiter des progrès réalisés avec le temps et disposer du poisson par des méthodes modernes, s'il le désire, comme le fait de le vendre contre de l'argent. Je suis donc d'avis que le droit de pêche ancestral des Sto:lo inclut le droit de vendre et d'échanger le poisson pris. A mon avis, le juge a rendu une décision incompatible avec la preuve et l'importance qui devait lui être accordée. [Je souligne.]

1996 CanLII 216 (SCC)

At the British Columbia Court of Appeal, Macfarlane J.A. (Taggart J.A. concurring) and Wallace J.A., for the majority, took the position that an aboriginal right would be recognized only if the manifestations of the distinctive aboriginal culture — i.e., the particular aboriginal practices, traditions or customs — were particular to native culture and not common to non-aboriginal societies. Further, the evidence would need to show that the activities in question have been engaged in for time immemorial at the time sovereignty was asserted by Britain. Macfarlane J.A. wrote (at para. 21):

S'exprimant au nom de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité, le juge Macfarlane (avec l'appui du juge Taggart) et le juge Wallace ont exprimé le point de vue qu'un droit ancestral ne sera reconnu que si les manifestations de la culture autochtone distinctive — les coutumes, pratiques ou traditions autochtones particulières — étaient propres à la culture autochtone et non communes aux sociétés non autochtones. De plus, il faudrait que la preuve établisse que, au moment de l'affirmation de la souveraineté britannique, les activités en question étaient exercées de temps immémorial. Le juge Macfarlane a écrit ce qui suit (au par. 21):

To be so regarded those practices must have been integral to the distinctive culture of the aboriginal society from which they were said to have arisen. A modernized form of such a practice would be no less an aboriginal right. A practice which had not been integral to the organized society and its distinctive culture, but which became prevalent merely as a result of European influences, would not qualify for protection as an aboriginal right. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Pour être considérées comme telles, ces pratiques doivent avoir fait partie intégrante de la culture distinctive de la société autochtone qui leur aurait donné naissance. Une forme modernisée d'une telle pratique n'en constituerait pas moins un droit ancestral. Une pratique qui n'aurait pas fait partie intégrante de la société organisée et de sa culture distinctive, mais qui ne se serait répandue [que] du seul fait des influences européennes, ne pourrait pas être protégée en tant que droit ancestral. [Je souligne.]

The majority of the Court of Appeal agreed with the trial judge's findings and held that the Sto:lo's practices, traditions and customs did not justify the recognition of an aboriginal right to fish for commercial purposes.

La Cour d'appel à la majorité a souscrit aux conclusions du juge du procès et statué que les coutumes, pratiques et traditions des Sto:lo ne justifiaient pas la reconnaissance d'un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales.

204 Lambert J.A., in dissent, applied what he called a "social" form of description of aboriginal rights, one which does not "freeze" native practices, traditions and customs in time. In light of the evidence, he concluded that the distinctive aboriginal culture of the Sto:lo warranted the recognition of an aboriginal right to sell, trade and barter fish in order to provide them with a "moderate livelihood". He stated (at para. 150):

For those reasons I conclude that the best description of the aboriginal customs, traditions and practices of the Sto:lo people in relation to the sockeye salmon run on the Fraser River is that their aboriginal customs, traditions and practices have given rise to an aboriginal right, to be exercised in accordance with their rights of self-regulation including recognition of the need for conservation to catch and, if they wish, sell, themselves and through other members of the Sto:lo people, sufficient salmon to provide all the people who wish to be personally engaged in the fishery, and their dependent families, when coupled with their other financial resources, with a moderate livelihood, and, in any event, not less than the quantity of salmon needed to provide every one of the collective holders of the aboriginal right with the same amount of salmon per person per year as would have been consumed or otherwise utilized by each of the collective holders of the right, on average, from a comparable year's salmon run, in, say, 1800. [Italics in original; emphasis added.]

205 It appears from the foregoing review of the judgments that the conclusions on the findings of fact relating to whether the Sto:lo possess an aboriginal right to sell, trade and barter fish varied depending on the delineation of the aboriginal right claimed and on the approach used to interpreting such right. The trial judge, as well as the majority of the Court of Appeal, framed the issue as being whether the Sto:lo possess an aboriginal right to fish for commercial purposes and used an approach based on the manifestations of distinctive aboriginal culture which differentiates between aboriginal and non-aboriginal practices and which "freezes" aboriginal rights in a pre-contact or pre-sovereignty aboriginal time. The summary appeal judge, as well as Lambert J.A. at the Court of Appeal, described the issue in terms of whether the Sto:lo possess an aboriginal right to sell, trade and

Le juge Lambert, dissident, a appliqué ce qu'il a appelé une forme «sociale» de description des droits ancestraux n'ayant pas pour effet de «figer» les coutumes, pratiques et traditions autochtones. Au vu de la preuve, il a conclu que la culture autochtone distinctive des Sto:lo justifiait de leur reconnaître un droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson de manière à s'assurer «une subsistance convenable». Il a déclaré ceci (au par. 150):

[TRADUCTION] *Pour ces motifs, je conclus que la meilleure façon de décrire les coutumes, pratiques et traditions autochtones des Sto:lo relativement à la remonte de saumon rouge dans le fleuve Fraser est de dire que leurs coutumes, pratiques et traditions ont donné naissance à un droit ancestral, qui doit être exercé conformément à leurs droits à l'autoréglementation, y compris la reconnaissance des besoins de conservation, de prendre et, s'ils le désirent, de vendre eux-mêmes et par l'entremise d'autres Sto:lo suffisamment de saumon pour assurer à tous ceux qui veulent pêcher — ainsi qu'aux personnes à leur charge—, compte tenu de leurs autres ressources financières, une subsistance convenable; la quantité de saumon ne devant pas, quoi qu'il en soit, être inférieure à la quantité requise pour fournir à chacun des détenteurs à titre collectif du droit ancestral la même quantité annuelle de saumon par personne que ces derniers auraient pu consommer ou utiliser par ailleurs, en moyenne, lors d'une remonte annuelle comparable de saumon, disons en 1800.* [En italique dans l'original; je souligne.]

Il ressort de l'examen que je viens de faire des jugements des tribunaux inférieurs que les conclusions tirées des constatations de fait touchant la question de savoir si les Sto:lo possèdent un droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson ont varié en fonction de la définition du droit ancestral revendiqué et de la méthode utilisée pour interpréter ce droit. Le juge du procès et les juges de la majorité de la Cour d'appel ont dit que la question était de savoir si les Sto:lo possèdent un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales, et ils ont appliqué une méthode fondée sur les manifestations de la culture autochtone distinctive, qui distingue entre les pratiques autochtones et non autochtones et qui «fige» les droits ancestraux dans l'état où ils étaient à une époque autochtone, avant le contact avec les Européens ou l'affirmation de la souveraineté britannique. Le juge d'ap-

1996 CanLII 216 (SCC)

barter fish for livelihood. Further, they examined the aboriginal right claimed at a certain level of abstraction, which focused on the distinctive aboriginal culture of the Sto:lo and which was evolutive in nature.

pel des poursuites sommaires et le juge Lambert de la Cour d'appel ont pour leur part estimé que la question était de savoir si les Sto:lo possèdent un droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. De plus, ils ont examiné le droit ancestral revendiqué selon un certain niveau d'abstraction, mettant l'accent sur la culture autochtone distinctive des Sto:lo et le caractère évolutif du droit.

As I have already noted elsewhere, the issue in the present appeal is whether the Sto:lo's aboriginal right to fish includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes. Accordingly, the trial judge and the majority of the Court of Appeal erred in framing the issue. Furthermore, it is my view that the nature and extent of aboriginal rights protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* must be defined by referring to the notion of "integral part of a distinctive aboriginal culture", i.e., whether an aboriginal practice, tradition or custom has been sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the particular group of aboriginal people for a substantial continuous period of time. Therefore, by using a "frozen right" approach focusing on aboriginal practice to defining the nature and extent of the aboriginal right, Scarlett Prov. Ct. J. and the majority of the Court of Appeal were also in error.

Comme je l'ai déjà mentionné, la question qui se pose dans le présent pourvoi est de savoir si le droit de pêche ancestral inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. En conséquence, le juge du procès et les juges de la majorité de la Cour d'appel ont commis une erreur dans la formulation de la question en litige. En outre, je suis d'avis que la nature et l'étendue des droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* doivent être interprétées par application de la notion de «partie intégrante d'une culture autochtone distinctive», c.-à-d. en se demandant si la coutume, pratique ou tradition autochtone en cause a été suffisamment importante et fondamentale pour l'organisation sociale et la culture du groupe particulier d'autochtones, pendant une période considérable et ininterrompue. En conséquence, en appliquant la méthode des «droits figés», qui est axée sur la pratique autochtone, pour définir la nature et l'étendue du droit ancestral, le juge Scarlett de la Cour provinciale et les juges de la majorité de la Cour d'appel ont également commis une erreur.

206

Consequently, when the trial judge assessed the historical evidence presented at trial, he asked himself the wrong questions and erred as to the proper evidentiary basis necessary to establish an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. He thus made no finding of fact, or insufficient findings of fact, as regards the Sto:lo's distinctive aboriginal culture relating to the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes. It is also noteworthy that the first appellate judge, who asked himself the right ques-

Par conséquent, lorsque le juge du procès a apprécié la preuve historique présentée, il s'est posé les mauvaises questions et a fait erreur quant à la preuve requise pour établir l'existence d'un droit ancestral visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En conséquence, il n'a pas tiré de conclusion de fait — ou celles qu'il a tirées étaient insuffisantes — au sujet de la culture autochtone distinctive des Sto:lo en ce qui a trait à la vente et à l'échange de poisson à des fins de subsistance. Il convient également de signaler que le premier juge d'appel, qui lui s'est posé les bonnes questions, a tiré des conclusions de fait dia-

207

1996 CanLII 255 (SCC)

tions, made diametrically opposed findings of fact on the evidence presented at trial.

208 The result of these palpable and overriding errors, which affected the trial judge's assessment of the facts, is that an appellate court is justified in intervening — as did the summary appeal judge — in the trial judge's findings of fact and substituting its own assessment of the evidence presented at trial: see *Stein v. The Ship "Kathy K"*, *supra*. I note also that this Court, as a subsequent appellate court in such circumstances, does not have to show any deference to the assessment of the evidence made by lower appellate courts. Since this Court is in no less advantageous or privileged position than the lower appellate courts in assessing the evidence on the record, we are free to reconsider the evidence and substitute our own findings of fact (see *Schwartz v. Canada*, *supra*, at paras. 36-37). I find myself, however, in general agreement with the findings of fact of Selbie J., the summary appeal judge, and of Lambert J.A. Nonetheless, I will revisit the evidence to determine whether it reveals that the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes have formed an integral part of the Sto:lo's distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time.

209 The Sto:lo, who are part of the Coast Salish Nation, have lived in their villages along the Fraser River from Langley to above Yale. They were an organized society, whose main socio-political unit was the extended family. The Fraser River was their main source of food the year around and, as such, the Sto:lo considered it to be sacred. It is interesting to note that their name, the "Sto:lo", means "people of the river": see Wilson Duff, *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia (Anthropology in British Columbia — Memoir No. 1)*, 1952, at p. 11.

210 Archaeological evidence demonstrates that the Sto:lo have relied on the fishery for centuries.

métralement opposées à partir de la preuve présentée au procès.

Vu ces erreurs manifestes et dominantes, qui ont faussé l'appréciation des faits par le juge du procès, une cour d'appel est justifiée de modifier — comme l'a fait le juge d'appel des poursuites sommaires — les conclusions de fait du juge de première instance et de substituer son appréciation de la preuve présentée au procès à celle du juge de première instance: voir l'arrêt *Stein c. Le navire «Kathy K»*, précité. Je tiens aussi à faire remarquer que notre Cour, en tant que juridiction subséquente d'appel dans de telles circonstances, n'a pas à faire preuve de retenue à l'égard de l'appréciation de la preuve faite par les tribunaux d'appel inférieurs. Comme notre Cour n'est pas dans une situation moins avantageuse ou moins privilégiée que les tribunaux d'appel inférieurs pour apprécier la preuve à partir du dossier, nous sommes libres de réexaminer la preuve et de substituer nos propres conclusions de fait (voir l'arrêt *Schwartz c. Canada*, précité, aux par. 36 et 37) à celles déjà tirées. Cependant, je suis d'accord de façon générale avec les conclusions de fait du juge Selbie, juge d'appel des poursuites sommaires, et celles du juge Lambert de la Cour d'appel. Néanmoins, je vais réexaminer la preuve afin de déterminer si elle révèle que la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance ont fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive des Sto:lo pendant une période considérable et ininterrompue.

Les Sto:lo, qui font partie de la nation des Salish de la côte, ont vécu dans leurs villages le long du fleuve Fraser, de Langley jusque passé Yale. Ils formaient une société organisée, dont la principale unité socio-politique était la famille élargie. Le fleuve Fraser était leur principale source de nourriture à longueur d'année et, pour cette raison, les Sto:lo considéraient ce cours d'eau comme sacré. Il est intéressant de noter que leur nom, les «Sto:lo», signifie «les gens du fleuve»: voir Wilson Duff, *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia (Anthropology in British Columbia — Memoir No. 1)*, 1952, à la p. 11.

La preuve archéologique démontre que les Sto:lo vivent de la pêche depuis des siècles. Située

1996 CanLII 216 (SCC)

Located near the mouth of the Fraser River, the Sto:lo fishery consists of five species of salmon — sockeye, chinook, coho, chum and pink — as well as sturgeon, eulachons and trout. The Sto:lo used many methods and devices to fish salmon, such as dip-nets, harpoons, weirs, traps and hooks. Both the wind and the heat retention capacity of the geography of the Fraser Canyon result in an excellent area for wind drying fish. Therefore, although fresh fish were procurable year around, they dried or smoked large amounts at the end of the summer to use for the hard times of winter.

près de l'embouchure du fleuve Fraser, la pêcherie compte cinq espèces de saumon — le saumon rouge, le saumon quinnat, le saumon coho, le saumon kéta et le saumon rose — ainsi que de l'esturgeon, de l'eulakane et de la truite. Les Sto:lo utilisaient de nombreuses méthodes et de nombreux engins pour pêcher le saumon: épuisette, harpon, bordigue, trappe en filet et gaffe. Tant le vent dans le canyon du Fraser que la capacité calorifique de la géographie de ce lieu font de celui-ci un excellent endroit pour le séchage au vent du poisson. En conséquence, même s'ils pouvaient se procurer du poisson frais tout au long de l'année, les Sto:lo en séchaient ou en boucanaient de grandes quantités à la fin de l'été en vue des périodes difficiles de l'hiver.

1996 CanLII 216 (SCC)

The Sto:lo community is geographically located between two biogeoclimatic zones: the interior plateau region and the coastal maritime area. As such, they have long enjoyed the exchange of regional goods with the people living in these zones. See, in that respect, the report of Dr. Richard Daly, an expert in social and cultural anthropology called by the appellant and who gave expert opinion evidence on the social structure and culture of the Sto:lo, and also Duff, *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia*, *supra*, at p. 95.

211 Comme, sur le plan géographique, la collectivité sto:lo est située entre deux zones biogéoclimatiques — la région du plateau intérieur et la région côtière maritime —, ses membres ont depuis longtemps l'occasion d'échanger des produits régionaux avec les habitants de ces zones. À cet égard, voir le rapport de M. Richard Daly, expert en anthropologie sociale et culturelle, qui a été assigné par l'appelante et a témoigné en cette qualité sur l'organisation sociale et la culture des Sto:lo, et aussi Duff, *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia*, *op. cit.*, à la p. 95.

The oral histories, corroborated by expert evidence, show a long tradition of trading relationships among the Sto:lo and with their neighbours, both before the arrival of Europeans and to the present day. Dr. Arnoud Henry Stryd, an expert in archaeology with a strong background in anthropology called by the respondent to give expert opinion evidence and to speak to the archaeological record, testified that exchanging goods has been a feature of the human condition from the earliest times:

212 Les récits oraux, corroborés par les témoignages d'expert, démontrent l'existence d'une longue tradition de rapports commerciaux entre les Sto:lo et leurs voisins, tant avant l'arrivée des Européens que de nos jours. Monsieur Arnoud Henry Stryd, spécialiste de l'archéologie possédant un solide bagage en anthropologie, qui a été assigné par l'intimée pour témoigner à titre d'expert et parler des documents archéologiques, a affirmé que l'échange de biens est une caractéristique de l'humanité depuis les temps les plus anciens:

[TRADUCTION]

Q. Yes. You say there's evidence for trade in non-perishable items throughout much of the archaeological record for British Columbia.

Q. Oui. Vous dites qu'on trouve dans la majeure partie des documents archéologiques concernant la Colombie-Britannique des preuves de l'existence d'un commerce d'articles non périssables.

A. Well, that's right. In my point of view, the tendency to trade is one that's very human and if you have things that you have that you don't need and your neighbours have something that you would like that they are willing to, that they don't need, that it seems very obvious that some kind of exchange of goods would take place and the earliest part of the human condition to exchange items. [Emphasis added.]

213 Likewise, John Trevor Dewhirst, an anthropologist and ethno-historian called by the respondent, gave expert opinion evidence on the aboriginal trade of salmon of the Sto:lo. Although he insisted that there was no "organized regularized large scale exchange of salmon" in pre-contact or pre-sovereignty aboriginal time, he testified to the effect that the Sto:lo did exchange, trade and barter salmon among themselves and with other native people, and that such activities were rooted in their culture:

Q. We had reached the stage, sir, as I understand it where — we're now at the point with your evidence, sir, that the exchange of salmon amongst the Indians — you've mentioned that, sir, there was some exchange of salmon amongst the Indians?

A. Oh, yes, very definitely.

Q. Yes. Could you expand on that, please?

A. Yes. I think it's very clear from the — both from the historical record and — and from the anthropological evidence, the ethnographic evidence collected by various workers, Wilson Duff, Marion Smith, Dr. Daly and others whom we've mentioned — and Suttles — exchange of salmon for other foodstuffs and perhaps non-food items definitely took place amongst the Sto:Lo and was a definite feature of their society and culture.

What I'd like to do is go over some of that material evidence regarding the exchange of salmon and examine that in terms of — of trade and the — try — try to deter-

R. Oui, c'est exact. À mon avis, la tendance à commercer est quelque chose de très humain; si vous avez quelque chose dont vous n'avez pas besoin et que vos voisins ont quelque chose que vous aimeriez avoir et dont ils n'ont pas besoin, il semble très évident qu'il se produira un certain type d'échange de biens; l'échange de biens remonte au tout début de l'humanité. [Je souligne.]

De même, M. John Trevor Dewhirst, anthropologue et ethno-historien assigné par l'intimée, a témoigné à titre d'expert relativement au commerce du saumon par les ancêtres des Sto:lo. Même s'il a insisté sur le fait qu'il n'y avait pas [TRADUCTION] «d'activités systématisées et organisées d'échange de saumon sur une grande échelle» au temps des aborigènes, avant le contact avec les Européens ou l'affirmation de la souveraineté britannique, il a témoigné que les Sto:lo échangeaient et troquaient effectivement du saumon, entre eux et avec d'autres peuples autochtones, et que ces activités étaient enracinées dans leur culture:

[TRADUCTION]

Q. Monsieur, nous en étions au point, si j'ai bien compris, où — nous en sommes au point dans votre témoignage, Monsieur, où il est question d'échange de saumon entre les Indiens — vous avez mentionné, Monsieur, qu'il y avait échange de saumon entre les Indiens?

R. Oui. Très certainement.

Q. Oui. Pourriez-vous préciser s'il vous plaît?

R. Oui. J'estime qu'il ressort très clairement — tant des archives historiques que — de la preuve anthropologique, de la preuve ethnographique recueillies par diverses personnes, Wilson Duff, Marion Smith, M. Daly et d'autres personnes que nous avons mentionnées — et Suttles — que l'échange de saumon contre d'autres denrées alimentaires et peut-être d'autres produits non alimentaires se pratiquait sûrement chez les Sto:lo et constituait nettement une caractéristique de leur société et culture.

J'aimerais passer en revue certains de ces éléments de preuve matérielle concernant l'échange de saumon et les examiner sous l'angle — du commerce et — essayer —

1996 CanLII 216 (SCC)

mine — try to develop a context for in fact what was happening at least in some of these instances.

. . .

A. That — I believe that the record does not indicate the presence of an organized regularized large scale exchange of salmon amongst the Sto:Lo or between the Sto:Lo and other Native peoples and by this large scale exchange I — I think — rather, by the exchange of salmon I think it's important to look at this context and see if in fact there is a kind of a market situation. I mean, most cultures, most societies do exchange items between relatives and friends and so on. I think that this is debatable whether you can call this trade in — in the sense of a — of a kind of a marketplace and I'd like to turn now to some of the — some of the evidence that's been presented. [Emphasis added.]

It seems well founded to conclude, as the expert witnesses for the respondent did, that no formalized market system of trade of salmon existed in the original Sto:lo society because, as a matter of fact, organized large scale trade in salmon appears to run contrary to the Sto:lo's aboriginal culture. They viewed salmon as more than just food; they treated salmon with a degree of respect since the Sto:lo community was highly reliant and dependant on the fish resources. On the one hand, the Sto:lo pursued salmon very aggressively in order to get them for livelihood, support and sustenance purposes. On the other, however, they were sufficiently mindful not to exploit the abundance of the river and they taught their children a thoughtful attitude towards salmon and also how to conserve them.

As the social and cultural anthropologist Dr. Richard Daly explained at trial, the exchange of salmon among the Sto:lo and with their neighbours was informed by the ethic of feeding people, catching and trading only what was necessary for their needs and the needs of face-to-face relationships:

essayer de déterminer — essayer d'établir le contexte de ce qui se passait dans les faits, à tout le moins dans certains de ces cas.

. . .

R. Je crois que le dossier ne révèle pas l'existence d'activités systématiques et organisées d'échange de saumon sur une grande échelle, entre les Sto:lo eux-mêmes ou entre les Sto:lo et d'autres peuples autochtones; par échange sur une grande échelle, je — je pense — plutôt, par échange de saumon, je pense qu'il est important d'examiner ce contexte et de déterminer s'il existe en fait une sorte de situation de marché. Je veux dire que, dans la plupart des cultures, dans la plupart des sociétés, il y a échange de biens entre parents, amis et ainsi de suite. Je pense que l'on peut se demander s'il est possible dans ce cas de parler de commerce — dans le sens d'une — sorte de marché, et j'aimerais maintenant examiner certains des — certains éléments de preuve présentés. [Je souligne.]

214 Il semble bien fondé de conclure, comme l'ont fait les témoins experts de l'intimée, qu'il n'existait pas de système de marché organisé pour le commerce du saumon au sein de la société sto:lo originale, étant donné que le commerce organisé du saumon sur une grande échelle paraît, en fait, aller à l'encontre de la culture autochtone des Sto:lo. Pour eux, le saumon était plus qu'une denrée alimentaire, ils le traitaient avec un certain respect puisque leur collectivité dépendait beaucoup des ressources de la pêche. D'une part, les Sto:lo pêchaient le saumon très activement à des fins de subsistance. D'autre part, toutefois, ils étaient suffisamment soucieux de ne pas abuser des richesses du fleuve, et ils enseignaient à leurs enfants une attitude de parcimonie à l'égard du saumon ainsi que les moyens de conserver cette ressource.

215 Comme l'a expliqué, au procès, Richard Daly, anthropologue social et culturel, l'échange de saumon pratiqué par les Sto:lo entre eux et avec leurs voisins était guidé par le principe qu'il fallait nourrir la population et ne prendre et n'échanger que le poisson nécessaire pour subvenir à leurs propres besoins et à ceux des personnes avec qui ils avaient des rapports directs:

1996 CanLII 216 (SCC)

Q. Is the sale of fish or other foodstuff, in you opinion, also part of the Sto:lo culture?

A. The way it is explained to me by people in the Sto:lo community, that it's all part of feeding yourself and feeding others. You're looking after your basic necessities. And today it's all done through the medium of cash. And you may not have anything to reciprocate when — when other native people from a different area come to you with say tanned hides from the Interior for making — for handicraft work. You may not have anything to give them in return at that time and you pay for it, like anyone else would. But then when you — you've put up your salmon or you're able to take them a load of fresh salmon you reciprocate and they pay you. But it's — it's considered to be a similar procedure as the bartering because it's satisfying the basic needs.

And also people tell me that they go fishing in order to get the money for the gas to drive to the fishing sites, to look after the repair of their nets and to — to make some of the necessary amounts of cash needed for their day-to-day existence. And I have observed people going out to fish with an intention of selling. They don't go to get a maximum number of fish and sell them on the market for the — the going price. They sell it at the going price but they — they won't take any more fish than they have orders for because that's — that's the wrong attitude towards the fish and fishing. So I think in a sense it — it's very consistent with the type of bartering that has preceded it and it's sort of still couched in that same idiom, as well. [Emphasis added.]

216 The foregoing review of the historical evidence on the record reveals that there was trade of salmon for livelihood, support and sustenance purposes among the Sto:lo and with other native people and, more importantly, that such activities formed part of, and were undoubtedly rooted in, the distinctive aboriginal culture of the Sto:lo. In short, the fishery has always provided a focus for life and livelihood for the Sto:lo and they have always traded salmon for the sustenance and support of themselves and their families. Accordingly, to use the terminology of the test propounded above, the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes was suffi-

[TRADUCTION]

Q. À votre avis, la vente de poisson ou d'autres denrées alimentaires fait-elle également partie de la culture sto:lo?

R. Comme me l'ont expliqué des membres de la collectivité sto:lo, tout cela fait partie du fait de se nourrir et de nourrir les autres. On doit subvenir à ses besoins essentiels. Et aujourd'hui, tout se fait au moyen de l'argent. Il est possible qu'on n'ait rien à offrir en contrepartie lorsque — lorsque des autochtones d'une autre région arrivent de l'Intérieur avec des peaux tannées — qui serviront à la confection d'objets d'artisanat. Vous pourriez n'avoir rien à offrir en échange, auquel cas vous payez ces peaux comme le ferait toute autre personne. Cependant, lorsque vous offrez votre saumon ou que vous pouvez leur apporter une cargaison de saumon frais, vous faites de même et ils vous paient. Mais c'est — c'est considéré comme une procédure analogue au troc parce que ça satisfait les besoins essentiels.

Les gens me disent également qu'ils vont à la pêche pour obtenir de l'argent pour acheter de l'essence pour se rendre aux sites de pêche, pour faire réparer leurs filets et — pour gagner une partie de l'argent dont ils ont besoin pour subvenir à leurs besoins courants. Et j'ai observé que des gens vont à la pêche avec l'intention de vendre le poisson pris. Ils ne vont pas prendre le plus de poissons possible et les vendre sur le marché — au prix courant. Ils les vendent au prix courant — mais ils ne prennent pas plus que le nombre qu'on leur a commandé parce que c'est — ce n'est pas la bonne attitude à avoir à l'égard du poisson et de la pêche. À mon avis, dans un sens, ces pratiques sont très conformes au type de troc qui les ont précédées, et elles y sont assimilables en quelque sorte. [Je souligne.]

L'examen qui précède de la preuve de nature historique au dossier révèle qu'il y avait, entre les Sto:lo eux-mêmes et entre les Sto:lo et d'autres peuples autochtones, des échanges de saumon à des fins de subsistance, et, fait encore plus important, que ces activités faisaient partie de la culture autochtone distinctive des Sto:lo et étaient indubitablement enracinées dans celle-ci. Bref, la pêche a toujours été un aspect central de la vie et de la subsistance des Sto:lo, qui ont toujours échangé du saumon afin d'assurer leur subsistance et celle de leur famille. En conséquence, pour employer la formulation du critère proposé plus tôt, les activités de vente et d'échange de poisson à des fins de

1996 CanLII 216 (SCC)

ciently significant and fundamental to the culture and social organization of the Sto:lo.

The period of intensive trade of fish in a market-type economy involving the Sto:lo began after the coming of the Europeans, in approximately 1820, when the Hudson's Bay Company established a post at Fort Langley on the Fraser River. Following that, the Sto:lo participated in a thriving commercial fishery centred around the trade of salmon. According to Jamie Morton, an historian called by the appellant to give expert opinion evidence on the history of the European trade with native people, approximately 1,500 to 3,000 barrels of salmon (with 60-90 fish per barrel) were cured per year, which the Hudson's Bay Company bought and shipped to Hawaii and other international ports. (See also Lambert J.A., at para. 121.)

This trade of salmon in a market economy, however, is not relevant to determine whether the Sto:lo possess an aboriginal right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes. I note, in passing, that such commercial use of the fish would seem to be intrinsically incompatible with the pre-contact or pre-sovereignty culture of the Sto:lo which commanded that the utilization of the salmon, including its sale, trade and barter, be restricted to providing livelihood, support and sustenance, and did not entail obtaining purely commercial profit.

As far as the issue here is concerned, the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes have always been sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the Sto:lo. This conclusion is no doubt in line with the perspective of the Sto:lo regarding the importance of the trade of salmon in their society. Consequently, the criterion regarding the characterization of aboriginal rights protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* is met.

subsistance étaient suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture des Sto:lo.

217 Cela dit, précisons que la période de commerce intensif du poisson dans une économie de marché à laquelle ont participé les Sto:lo a commencé après l'arrivée des Européens, vers 1820, lorsque la Compagnie de la Baie d'Hudson a établi un poste de traite à Fort Langley, le long du fleuve Fraser. Par la suite, les Sto:lo ont participé à de florissantes activités de pêche commerciale axées sur le commerce du saumon. Selon Jamie Morton, historien assigné par l'appelante pour déposer, à titre de témoin expert, sur l'histoire du commerce des Européens avec les autochtones, environ 1 500 à 3 000 barils de saumon fumé (60 à 90 poissons par baril) étaient vendus chaque année à la Compagnie de la Baie d'Hudson, qui les expédiait ensuite à destination d'Hawaii et d'autres ports internationaux. (Voir aussi les motifs du juge Lambert de la Cour d'appel, au par. 121.)

218 Cependant, l'existence de ce commerce du saumon dans une économie de marché n'est pas un fait pertinent pour déterminer si les Sto:lo possèdent le droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. En passant, je tiens à préciser qu'une telle utilisation commerciale du poisson semble intrinsèquement incompatible avec la culture des Sto:lo avant le contact avec les Européens ou l'affirmation de la souveraineté britannique, culture qui commandait que l'utilisation du saumon, y compris la vente et l'échange de ce bien, ne vise que des fins de subsistance, et non des fins purement commerciales.

219 En ce qui concerne la question en litige en l'espèce, les activités de vente et d'échange de poisson à des fins de subsistance ont toujours été suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture des Sto:lo. Cette conclusion est sans aucun doute compatible avec le point de vue des Sto:lo en ce qui concerne l'importance du commerce du saumon dans leur société. En conséquence, le critère applicable afin de caractériser les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est respecté.

1996 CanLII 216 (SCC)

220 Furthermore, there is no doubt that these activities did form part of the Sto:lo's distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time. In that respect, we must consider the type of aboriginal practices, traditions and customs, the particular aboriginal culture and society, and the reference period of 20 to 50 years. Here, the historical evidence shows that the Sto:lo's practices, traditions and customs relating to the trade of salmon for livelihood, support and sustenance purposes have existed for centuries before the arrival of Europeans. As well, it appears that such activities have continued, though in modernized forms, until the present day. Accordingly, the time requirement for the recognition of an aboriginal right is also met in this case.

221 As a consequence, I conclude that the Sto:lo Band, of which the appellant is a member, possess an aboriginal right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes. Under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* this right is protected.

VI. Disposition

222 In the result, I would allow the appeal on the question of whether the Sto:lo possess an aboriginal right to fish which includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes. The question of the extinguishment of such right, as well as the issues of *prima facie* infringement and justification, must be remitted to trial since there is insufficient evidence to enable this Court to decide upon them. Consequently, the constitutional question can only be answered partially:

Question: Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read on September 11, 1987, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the

Qui plus est, il n'y a pas de doute que ces activités ont fait partie de la culture autochtone distinctive des Sto:lo pendant une période considérable et ininterrompue. Sur ce point, il nous faut tenir compte du type de coutumes, pratiques et traditions autochtones en cause, de la culture et de la société autochtones visées et, enfin, de la période de référence de 20 à 50 ans. En l'espèce, la preuve historique révèle que les coutumes, pratiques et traditions des Sto:lo relativement au commerce du saumon à des fins de subsistance ont existé pendant des siècles avant l'arrivée des Européens. De plus, il semble que ces activités continuent d'être pratiquées de nos jours, quoique sous des formes modernes. En conséquence, l'exigence de durée applicable pour la reconnaissance d'un droit ancestral est également satisfaite.

Par conséquent, je conclus que la bande des Sto:lo, dont fait partie l'appelante, possède le droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. Ce droit est protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

VI. Dispositif

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui concerne la question de savoir si les Sto:lo possèdent un droit de pêche ancestral incluant le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. La question de l'extinction de ce droit ainsi que les questions de l'atteinte *prima facie* et de la justification doivent être renvoyées au tribunal de première instance en vue de la tenue d'un nouveau procès, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de statuer sur celles-ci. En conséquence, il n'est possible de répondre à la question constitutionnelle qu'en partie:

Question: Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait le 11 septembre 1987, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des

1996 CanLII 216 (SCC)

meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant?

Answer: The aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant, are recognized and the question of whether s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations* is of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, will depend on the issues of extinguishment, *prima facie* infringement and justification as determined in a new trial.

There will be no costs to either party.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — This appeal concerns the right of the Sto:lo of British Columbia to sell fish caught in the Fraser River. The appellant, Mrs. Van der Peet, sold salmon caught under an Indian food fishing licence by her common law husband and his brother. The sale of salmon caught under an Indian food licence was prohibited. Mrs. Van der Peet was charged with selling fish contrary to the Regulations of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14. At trial, she raised the defence that the regulations under which she was charged was invalid because it infringed her aboriginal right, confirmed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* to catch and sell fish. If so, s. 52 of the *Constitution Act, 1982* acts to invalidate the regulation to the extent of the conflict.

The inquiry thus focuses on s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which provides that "[t]he existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed". Section 35(1) gives constitutional protection not only to aboriginal rights codified

droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

Réponse: Les droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoqués par l'appelante sont reconnus, et la réponse à la question visant de savoir si le par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* est, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dépendra de la façon dont seront tranchées au cours d'un nouveau procès, les questions de l'extinction, de l'atteinte *prima facie* et de la justification.

Le tout sans frais. 223

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — Le présent pourvoi concerne le droit des Sto:lo de la Colombie-Britannique de vendre du poisson pris dans le fleuve Fraser. L'appelante, M^me^ Van der Peet, a vendu du saumon qui avait été pris par son conjoint de fait et le frère de celui-ci en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens. Or, il était interdit de vendre du saumon pris en vertu d'un tel permis de pêche. Madame Van der Peet a été accusée d'avoir vendu du poisson contrairement à un règlement d'application de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14. Au procès, elle a fait valoir en défense que les dispositions réglementaires en vertu desquelles elle a été accusée étaient invalides parce qu'elles portaient atteinte à son droit ancestral, confirmé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de prendre et de vendre du poisson. Si c'est le cas, l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* rend ces dispositions réglementaires inopérantes. 224

L'examen porte donc principalement sur le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui dit que «[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés». Le paragraphe 35(1) accorde la protection de la Constitution non seule- 225

1996 CanLII 216 (SCC)

through treaties at the time of its adoption in 1982, but also to aboriginal rights which had not been formally recognized at that date: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, per Dickson C.J. and La Forest J., at pp. 1105-6. The Crown has never entered into a treaty with the Sto:lo. They rely not on a codified aboriginal right, but on one which they ask the courts to recognize under s. 35(1).

226 Against this background, I turn to the questions posed in this appeal:

1. Do the Sto:lo possess an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* which entitles them to sell fish?
   (a) Has a *prima facie* right been established?
   (b) If so, has it been extinguished?
2. If a right is established, do the government regulations prohibiting sale infringe the right?
3. If the regulations infringe the right, are they justified?

227 My conclusions on this appeal may be summarized as follows. The issue of what constitutes an aboriginal right must, in my view, be answered by looking at what the law has historically accepted as fundamental aboriginal rights. These encompass the right to be sustained from the land or waters upon which an aboriginal people have traditionally relied for sustenance. Trade in the resource to the extent necessary to maintain traditional levels of sustenance is a permitted exercise of this right. The right endures until extinguished by treaty or otherwise. The right is limited to the extent of the aboriginal people's historic reliance on the resource, as well as the power of the Crown to limit or prohibit exploitation of the resource incompatible with its responsible use. Applying these principles, I conclude that the Sto:lo possess an aboriginal right to fish commercially for purment aux droits ancestraux qui étaient codifiés dans des traités au moment de son adoption en 1982, mais également aux droits ancestraux qui n'avaient pas été officiellement reconnus à cette date: *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, le juge en chef Dickson et le juge La Forest, aux pp. 1105 et 1106. L'État n'a jamais conclu de traité avec les Sto:lo. Ceux-ci invoquent non pas un droit ancestral codifié, mais plutôt un droit ancestral qu'ils demandent aux tribunaux de reconnaître en vertu du par. 35(1).

Sur cette toile de fond, je me penche maintenant sur les questions que soulève le présent pourvoi:

1. Les Sto:lo possèdent-ils, en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un droit ancestral de vendre du poisson?
   a) A-t-on établi, à première vue, l'existence d'un tel droit?
   b) Si oui, ce droit a-t-il été éteint?
2. Si l'existence du droit a été établie, les dispositions réglementaires prises par l'État pour interdire la vente portent-elles atteinte à ce droit?
3. Si les dispositions réglementaires portent atteinte à ce droit, sont-elles justifiées?

Mes conclusions dans le cadre du présent pourvoi peuvent être résumées ainsi. Je suis d'avis que, pour répondre à la question de savoir ce qui constitue un droit ancestral, il convient d'examiner les droits qui ont historiquement été reconnus, en droit, comme étant des droits ancestraux fondamentaux. Sont compris parmi ces droits celui qu'a un peuple autochtone de tirer sa subsistance du territoire ou des eaux qu'il a traditionnellement exploités à cette fin. Ce peuple peut exercer le droit en question en échangeant la ressource dans la mesure nécessaire pour s'assurer la subsistance qu'il en a traditionnellement tirée. Ce droit subsiste tant qu'il n'a pas été éteint par traité ou autrement. Ce droit est restreint par les limites de l'exploitation historique de la ressource faite par le peuple autochtone, ainsi que par le pouvoir de l'État de limiter ou d'interdire l'exploitation de la ressource

1996 CanLII 216 (SCC)

poses of basic sustenance, that this right has not been extinguished, that the regulation prohibiting the sale of any fish constitutes a *prima facie* infringement of it, and that this infringement is not justified. Accordingly, I conclude that the appellant's conviction must be set aside.

1. Do the Sto:lo Possess an Aboriginal Right to Sell Fish Protected under Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982*?

A. *Is a Prima Facie Right Established*?

I turn first to the principles which govern the inquiry into the existence of an aboriginal right.

(i) General Principles of Interpretation

This Court in *Sparrow*, *supra*, discussed the dual significance of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* in the context of fishing. Section 35(1) is significant, first, because it entrenches aboriginal rights as of the date of its adoption in 1982. Prior to that date, aboriginal rights to fish were subject to regulation and extinguishment by unilateral government act. After the adoption of s. 35, these rights can be limited only by treaty. But s. 35(1) is significant in a second, broader sense. It may be seen as recognition of the right of aboriginal peoples to fair recognition of aboriginal rights and settlement of aboriginal claims. Thus Dickson C.J. and La Forest J. wrote in *Sparrow*, at p. 1105:

. . . s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, represents the culmination of a long and difficult struggle in both the political forum and the courts for the constitutional recognition of aboriginal rights. The strong representations of native associations and other groups concerned with

qui serait incompatible avec l'utilisation responsable de celle-ci. Appliquant ces principes, je conclus que les Sto:lo possèdent un droit ancestral de pêcher commercialement pour pourvoir à leurs besoins fondamentaux, que ce droit n'a pas été éteint, que la disposition réglementaire interdisant complètement la vente de poisson constitue une atteinte à première vue à ce droit et que cette atteinte n'est pas justifiée. En conséquence, je conclus que la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelante doit être annulée.

1. Les Sto:lo possèdent-ils un droit ancestral de vendre du poisson qui est protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

A. *A-t-on établi, à première vue, l'existence d'un tel droit*?

Je vais d'abord examiner les principes applicables pour déterminer l'existence d'un droit ancestral. 228

(i) Principes généraux d'interprétation

Dans *Sparrow*, précité, notre Cour a étudié, dans le contexte de la pêche, l'importance que revêt, à deux égards, le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 35(1) est important à un premier égard en ce qu'il constitutionnalise les droits ancestraux qui existaient à la date de son adoption en 1982. Avant cette date, les droits de pêche ancestraux pouvaient être réglementés et éteints par décision unilatérale de l'État. Depuis l'adoption de l'art. 35, ces droits ne peuvent être restreints que par traité. Toutefois, le par. 35(1) est également important à un autre égard, plus général celui-là. En effet, il peut être considéré comme la consécration du droit des peuples autochtones d'obtenir, en toute justice, la reconnaissance de leurs droits ancestraux et le règlement de leurs revendications. Voici d'ailleurs ce qu'ont écrit le juge en chef Dickson et le juge La Forest dans l'arrêt *Sparrow*, à la p. 1105: 229

. . . le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* représente l'aboutissement d'une bataille longue et difficile à la fois dans l'arène politique et devant les tribunaux pour la reconnaissance de droits ancestraux. La forte représentation des associations autochtones et

1996 CanLII 216 (SCC)

the welfare of Canada's aboriginal peoples made the adoption of s. 35(1) possible. . . . Section 35(1), at the least, provides a solid constitutional base upon which subsequent negotiations can take place. It also affords aboriginal peoples constitutional protection against provincial legislative power.

Quoting from Professor Lyon in "An Essay on Constitutional Interpretation" (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95, at p. 100, Dickson C.J. and La Forest J. continued at p. 1106:

. . . the context of 1982 is surely enough to tell us that this is not just a codification of the case law on aboriginal rights that had accumulated by 1982. Section 35 calls for a just settlement for aboriginal peoples. It renounces the old rules of the game under which the Crown established courts of law and denied those courts the authority to question sovereign claims made by the Crown.

230 It may not be wrong to assert, as the Chief Justice does, that the dual purposes of s. 35(1) are first to recognize the fact that the land was occupied prior to European settlement and second, to reconcile the assertion of sovereignty with this prior occupation. But it is, with respect, incomplete. As the foregoing passages from *Sparrow* attest, s. 35(1) recognizes not only prior aboriginal occupation, but also a prior legal regime giving rise to aboriginal rights which persist, absent extinguishment. And it seeks not only to reconcile these claims with European settlement and sovereignty but also to reconcile them in a way that provides the basis for a just and lasting settlement of aboriginal claims consistent with the high standard which the law imposes on the Crown in its dealings with aboriginal peoples.

231 Following these precepts, this Court in *Sparrow* decreed, at pp. 1106-7, that s. 35(1) be construed in a generous, purposive and liberal way. It repre-

d'autres groupes soucieux du bien-être des peuples autochtones du Canada a rendu possible l'adoption du par. 35(1) [. . .] Le paragraphe 35(1) procure, tout au moins, un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises. Il accorde également aux autochtones une protection constitutionnelle contre la compétence législative provinciale.

Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont poursuivi, à la p. 1106, en citant les propos suivants du professeur Lyon dans «An Essay on Constitutional Interpretation» (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95, à la p. 100:

[TRADUCTION] . . . le contexte de l'année 1982 nous fournit assurément une indication suffisante qu'il ne s'agit pas d'une simple codification de la jurisprudence portant sur les droits ancestraux qui existait en 1982. L'article 35 exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones. Il écarte les anciennes règles du jeu en vertu desquelles Sa Majesté établissait des cours de justice auxquelles elle refusait le pouvoir de mettre en doute Ses revendications souveraines.

Il n'est peut-être pas faux d'affirmer, à l'instar du Juge en chef, que le par. 35(1) vise deux objets: premièrement, reconnaître le fait que, avant l'arrivée des Européens, le territoire était occupé; et, deuxièmement, concilier l'affirmation de la souveraineté sur ce territoire avec cette occupation antérieure. Toutefois, en toute déférence, je suis d'avis que cette affirmation est incomplète. Comme l'attestent les passages précités de l'arrêt *Sparrow*, le par. 35(1) reconnaît non seulement l'occupation antérieure du territoire par les autochtones, mais également l'existence d'un régime juridique antérieur ayant donné naissance à des droits ancestraux qui subsistent, à moins d'avoir été éteints. Ce paragraphe vise non seulement à concilier ces droits avec la colonisation du territoire par les Européens et l'affirmation de leur souveraineté sur celui-ci, mais également à les concilier d'une manière propre à servir d'assise à un règlement juste et durable des revendications autochtones, compatible avec la norme élevée que le droit impose à l'État dans ses rapports avec les peuples autochtones.

Appliquant ces préceptes, notre Cour a déclaré, aux pp. 1106 et 1107, dans *Sparrow*, que le par. 35(1) doit recevoir une interprétation géné-

1996 CanLII 216 (SCC)

sents "a solemn commitment that must be given meaningful content" (p. 1108). It embraces and confirms the fiduciary obligation owed by the government to aboriginal peoples (p. 1109). It does not oust the federal power to legislate with respect to aboriginals, nor does it confer absolute rights. Federal power is to be reconciled with aboriginal rights by means of the doctrine of justification. The federal government can legislate to limit the exercise of aboriginal rights, but only to the extent that the limitation is justified and only in accordance with the high standard of honourable dealing which the Constitution and the law imposed on the government in its relations with aboriginals (p. 1109).

reuse, libérale et fondée sur l'objet qu'il vise. Il constitue «un engagement solennel qui doit avoir un sens utile» (p. 1108). Il englobe et confirme l'obligation de fiduciaire de l'État envers les peuples autochtones (p. 1109). Il ne supplante pas le pouvoir du fédéral de légiférer à l'égard des autochtones, et les droits qu'il confère ne sont pas absolus. Le pouvoir fédéral doit être concilié avec les droits ancestraux par l'application de la doctrine de la justification. Le gouvernement fédéral peut légiférer afin de limiter l'exercice de droits ancestraux, mais seulement dans la mesure où cette limitation est justifiée et respecte la norme élevée — savoir celle d'agir honorablement — que la Constitution et les autres règles de droit imposent à l'État dans ses rapports avec les peuples autochtones (p. 1109).

1996 CanLII 216 (SCC)

To summarize, a court approaching the question of whether a particular practice is the exercise of a constitutional aboriginal right under s. 35(1) must adopt an approach which: (1) recognizes the dual purposes of s. 35(1) (to preclude extinguishment and to provide a firm foundation for settlement of aboriginal claims); (2) is liberal and generous toward aboriginal interests; (3) considers the aboriginal claim in the context of the historic way of life of the people asserting it; and (4) above all, is true to the position of the Crown throughout Canadian history as trustee or fiduciary for the first peoples of this country. Finally, I would join with the Chief Justice in asserting, as Mark Walters counsels in "British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*" (1992), 17 *Queen's L.J.* 350, at pp. 413 and 412, respectively, that "a morally and politically defensible conception of aboriginal rights will incorporate both [the] legal perspectives" of the "two vastly dissimilar legal cultures" of European and aboriginal societies. We apply the common law, but the common law we apply must give full recognition to the pre-existing aboriginal tradition.

232

En résumé, le tribunal qui est appelé à décider si une pratique donnée est l'exercice d'un droit ancestral protégé par la Constitution en vertu du par. 35(1) doit adopter une méthode (1) qui reconnaisse les deux objets du par. 35(1) (savoir empêcher l'extinction des droits ancestraux et constituer une assise solide en vue du règlement des revendications autochtones), (2) qui soit libérale et généreuse envers les intérêts des autochtones, (3) qui considère le droit ancestral revendiqué dans le contexte du mode de vie historique du peuple qui l'invoque; (4) et, par-dessus tout, qui soit respectueuse du rôle de fiduciaire que l'État joue depuis toujours auprès des premiers habitants du pays. Finalement, je souscris aux propos du Juge en chef qui affirme, conformément à l'opinion émise par Mark Walters, dans «British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*» (1992), 17 *Queen's L.J.* 350, aux pp. 413 et 412 respectivement, qu'[TRADUCTION] «une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera [les] deux points de vue juridiques», qui émanent des «deux cultures juridiques extrêmement dissemblables» des sociétés européennes et autochtones. Nous appliquons la common law, mais la common law que nous appliquons doit reconnaître pleinement la tradition autochtone préexistante.

(ii) The Right Asserted — the Right to Fish for Commercial Purposes

233 The first step is to ascertain the aboriginal right which is asserted by Mrs. Van der Peet. Are we concerned with the right to fish, the right to sell fish on a small sustenance-related level, or commercial fishing?

234 The Chief Justice and Justice L'Heureux-Dubé state that this appeal does not raise the issue of the right of the Sto:lo to engage in commercial fishery. They argue that the sale of one or two fish to a neighbour cannot be considered commerce, and that the British Columbia courts erred in treating it as such.

235 I agree that this case was defended on the ground that the fish sold by Mrs. Van der Peet were sold for purposes of sustenance. This was not a large corporate money-making activity. In the end, as will be seen, I agree with Justice L'Heureux-Dubé that a large operation geared to producing profits in excess of what the people have historically taken from the river might not be constitutionally protected.

236 This said, I see little point in labelling Mrs. Van der Peet's sale of fish something other than commerce. When one person sells something to another, that is commerce. Commerce may be large or small, but commerce it remains. On the view I take of the case, the critical question is not whether the sale of the fish is commerce or non-commerce, but whether the sale can be defended as the exercise of a more basic aboriginal right to continue the aboriginal people's historic use of the resource.

237 Making an artificial distinction between the exchange of fish for money or other goods on the one hand and for commercial purposes on the other, may have serious consequences, if not in

(ii) Le droit revendiqué — le droit de pêcher à des fins commerciales

La première étape consiste à déterminer quel est le droit ancestral revendiqué par M^me^ Van der Peet. S'agit-il du droit de pêcher, de celui de vendre, sur une petite échelle, du poisson à des fins de subsistance ou encore du droit de pêcher commercialement?

Le Juge en chef et le juge L'Heureux-Dubé disent que le présent pourvoi ne soulève pas la question du droit des Sto:lo de pratiquer la pêche commerciale. Ils affirment que la vente de quelques poissons à un voisin ne saurait être assimilée à un acte de commerce et que les tribunaux de la Colombie-Britannique ont commis une erreur en pensant ainsi.

Je suis aussi d'avis que la défense de M^me^ Van der Peet repose sur l'argument qu'elle a vendu le poisson à des fins de subsistance. Il ne s'agissait pas d'une activité lucrative d'une grosse entreprise commerciale. En fin de compte, comme nous le verrons, je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé qu'une opération de grande envergure, visant la réalisation de bénéfices excédant ce que les autochtones ont historiquement tiré de l'exploitation du fleuve pourrait ne pas bénéficier de la protection de la Constitution.

Cela dit, je vois peu d'intérêt à qualifier autrement que d'acte de commerce la vente de poisson faite par M^me^ Van der Peet. Quand une personne vend quelque chose à autrui, c'est du commerce. Le commerce peut se faire sur une grande ou sur une petite échelle, mais ça reste du commerce. À mon sens, la question cruciale qui se pose n'est pas de savoir si, en l'espèce, la vente du poisson est ou non un acte de commerce, mais bien si elle peut être justifiée en tant qu'exercice d'un droit ancestral plus fondamental, qui serait la poursuite, par les autochtones concernés, de l'utilisation historique de la ressource.

Le fait d'établir une distinction artificielle entre l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens, d'une part, et l'échange de poisson à des fins commerciales, d'autre part, pourrait avoir des

1996 CanLII 216 (SCC)

this case, in others. If the aboriginal right at issue is defined as the right to trade on a massive, modern scale, few peoples may be expected to establish a commercial right to fish. As the Chief Justice observes in *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, "[t]he claim to an aboriginal right to exchange fish commercially places a more onerous burden" on the aboriginal claimant "than a claim to an aboriginal right to exchange fish for money or other goods" (para. 20). In the former case, the trade must be shown to have existed pre-contact "on a scale best characterized as commercial" (para. 20). With rare exceptions (see the evidence in *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, released concurrently) aboriginal societies historically were not interested in massive sales. Even if they had been, their societies did not afford them mass markets.

conséquences sérieuses, sinon dans la présente espèce, alors dans d'autres affaires. Si le droit ancestral en cause est défini comme étant le droit de commercer massivement, au sens où on l'entend aujourd'hui, peu de peuples autochtones pourraient vraisemblablement établir un droit de pratiquer la pêche commerciale. Comme le Juge en chef le fait observer dans l'arrêt *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672 «[l]a revendication du droit ancestral d'échanger du poisson commercialement impose» à l'autochtone qui revendique le droit un fardeau plus lourd «que la revendication du droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens» (par. 20). Dans la première hypothèse, il faut prouver que le commerce était pratiqué avant le contact avec les Européens et «sur une échelle qu'il convient de qualifier de commerciale» (par. 20). Sauf rares exceptions (voir la preuve dans *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723 rendu à la même date), historiquement les autochtones n'étaient pas intéressés à effectuer des ventes massives. D'ailleurs, même s'ils l'avaient été, les sociétés dans lesquelles ils vivaient ne constituaient pas des marchés de masse.

(iii) Aboriginal Rights versus the Exercise of Aboriginal Rights

(iii) Droits ancestraux et exercice de tels droits

It is necessary to distinguish at the outset between an aboriginal right and the exercise of an aboriginal right. Rights are generally cast in broad, general terms. They remain constant over the centuries. The exercise of rights, on the other hand, may take many forms and vary from place to place and from time to time. 238

Il est nécessaire, au départ, de faire une distinction entre un droit ancestral et l'exercice d'un tel droit. Les droits sont généralement énoncés en termes larges et généraux. Ils ne changent pas au fil des siècles. L'exercice des droits, en revanche, peut prendre diverses formes et varier selon les lieux et les époques.

If a specific modern practice is treated as the right at issue, the analysis may be foreclosed before it begins. This is because the modern practice by which the more fundamental right is exercised may not find a counterpart in the aboriginal culture of two or three centuries ago. So if we ask whether there is an aboriginal right to a particular kind of trade in fish, i.e., large-scale commercial trade, the answer in most cases will be negative. On the other hand, if we ask whether there is an aboriginal right to use the fishery resource for the purpose of providing food, clothing or other needs, 239

Si une pratique moderne spécifique est considérée comme étant le droit en cause, l'analyse peut alors devenir sans objet, avant même d'avoir commencé, car il est possible que la pratique moderne par laquelle est exercé le droit plus fondamental n'ait pas eu d'équivalent dans la culture autochtone qui existait il y a deux ou trois siècles. Par conséquent, si nous nous demandons s'il existe un droit ancestral de pratiquer un type particulier de commerce du poisson, par exemple d'en faire le commerce sur une grande échelle, la réponse sera négative dans la plupart des cas. Au contraire, si

1996 CanLII 216 (SCC)

the answer may be quite different. Having defined the basic underlying right in general terms, the question then becomes whether the modern practice at issue may be characterized as an exercise of the right.

240 This is how we reconcile the principle that aboriginal rights must be ancestral rights with the uncompromising insistence of this Court that aboriginal rights not be frozen. The rights are ancestral; they are the old rights that have been passed down from previous generations. The exercise of those rights, however, takes modern forms. To fail to recognize the distinction between rights and the contemporary form in which the rights are exercised is to freeze aboriginal societies in their ancient modes and deny to them the right to adapt, as all peoples must, to the changes in the society in which they live.

241 I share the concern of L'Heureux-Dubé J. that the Chief Justice defines the rights at issue with too much particularity, enabling him to find no aboriginal right where a different analysis might find one. By insisting that Mrs. Van der Peet's modern practice of selling fish be replicated in pre-contact Sto:lo practices, he effectively condemns the Sto:lo to exercise their right precisely as they exercised it hundreds of years ago and precludes a finding that the sale constitutes the exercise of an aboriginal right.

242 To constitute a right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, the right must be of constitutional significance. A right of constitutional significance may loosely be defined as a right which has priority over ordinary legal principles. It is a maxim which sets the boundaries within which the law must operate. While there were no formal constitutional guarantees of aboriginal rights prior to 1982, we may nevertheless discern certain princi-

nous nous demandons s'il existe un droit ancestral d'utiliser les ressources halieutiques en vue de pourvoir aux besoins alimentaires, vestimentaires ou autres, il est bien possible que la réponse soit tout à fait différente. Une fois le droit fondamental sous-jacent défini en termes généraux, la question devient alors de savoir si la pratique moderne en cause peut être qualifiée d'exercice de ce droit.

Voilà de quelle façon nous concilions le principe que les droits des peuples autochtones qui sont reconnus et confirmés au par. 35(1) doivent être des droits ancestraux et l'insistance indéfectible de notre Cour sur le principe que les droits ancestraux ne sont pas figés. Il s'agit de droits ancestraux, c'est-à dire des droits anciens qui ont été transmis par les générations précédentes. Toutefois, l'exercice de ces droits prend des formes modernes. Ne pas reconnaître la distinction entre les droits et la façon contemporaine dont ils sont exercés équivaut à figer les sociétés autochtones dans leurs anciens modes de vie et à les priver du droit qu'elles ont, à l'instar de tous les autres peuples, de s'adapter aux changements du monde dans lequel elles vivent.

Je partage la préoccupation exprimée par le juge L'Heureux-Dubé que, dans sa définition des droits en cause, le Juge en chef applique un trop fort degré de particularisation, ce qui lui permet de conclure à l'inexistence d'un droit ancestral là où une analyse différente aurait pu mener au résultat contraire. En insistant pour que la pratique moderne de M^me^ Van der Peet en matière de vente de poisson ait eu son équivalent dans les pratiques des Sto:lo avant le contact avec les Européens, il condamne effectivement les Sto:lo à exercer leur droit précisément comme ils le faisaient il y a des siècles, et exclut toute conclusion que la vente constitue l'exercice d'un droit ancestral.

Pour constituer un droit visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le droit doit avoir une importance constitutionnelle. Un droit d'importance constitutionnelle peut être défini de façon générale comme un droit qui a priorité sur les principes juridiques ordinaires. Il s'agit d'une maxime qui fixe les limites à l'intérieur desquelles le droit doit s'appliquer. Même si les droits ancestraux n'étaient pas formellement garantis par la Consti-

1996 CanLII 216 (SCC)

ples relating to aboriginal peoples which were so fundamental as to have been generally observed by those charged with dealing with aboriginal peoples and with making and executing the laws that affected them.

The activity for which constitutional protection is asserted in this case is selling fish caught in the area of the Fraser River where the Sto:lo traditionally fished for the purpose of sustaining the people. The question is whether this activity may be seen as the exercise of a right which has either been recognized or which so resembles a recognized right that it should, by extension of the law, be so recognized.

(iv) The Time Frame

The Chief Justice and L'Heureux-Dubé J. differ on the time periods one looks to in identifying aboriginal rights. The Chief Justice stipulates that for a practice to qualify as an aboriginal right it must be traceable to pre-contact times and be identifiable as an "integral" aspect of the group's culture at that early date. Since the barter of fish was not shown to be more than an incidental aspect of Sto:lo society prior to the arrival of the Europeans, the Chief Justice concludes that it does not qualify as an aboriginal right.

L'Heureux-Dubé J., by contrast, minimizes the historic origin of the alleged right. For her, all that is required is that the practice asserted as a right have constituted an integral part of the group's culture and social organization for a period of at least 20 to 50 years, and that it continue to be an integral part of the culture at the time of the assertion of the right.

My own view falls between these extremes. I agree with the Chief Justice that history is important. A recently adopted practice would generally not qualify as being aboriginal. Those things which have in the past been recognized as aboriginal rights have been related to the traditional practution avant 1982, nous pouvons néanmoins dégager certains principes touchant les peuples autochtones qui étaient si fondamentaux qu'ils étaient généralement observés par ceux qui étaient chargés de traiter avec les peuples autochtones et de rédiger et d'appliquer des lois les concernant.

243 L'activité à l'égard de laquelle la protection de la Constitution est revendiquée en l'espèce est la vente de poisson pris dans le secteur du fleuve Fraser où les Sto:lo ont traditionnellement pêché pour subvenir aux besoins des leurs. Il s'agit de décider si cette activité peut être assimilée à l'exercice d'un droit qui soit a été reconnu, soit ressemble à tel point à un droit reconnu qu'il devrait, par extension de la loi, être reconnu comme tel.

(iv) La période de référence

244 Le Juge en chef et le juge L'Heureux-Dubé ne s'entendent pas sur la période à prendre en considération pour identifier les droits ancestraux. Le Juge en chef affirme que pour qu'une pratique soit considérée comme un droit ancestral elle doit remonter à l'époque qui a précédé le contact avec les Européens et avoir fait «partie intégrante», dans ces temps anciens, de la culture du groupe visé. Comme il n'a pas été établi que le troc de poisson était autre chose qu'un aspect accessoire de la société Sto:lo avant l'arrivée des Européens, le Juge en chef conclut que cette pratique ne constitue pas un droit ancestral.

245 À l'opposé, le juge L'Heureux-Dubé minimise l'importance des origines historiques du droit revendiqué. Pour elle, tout ce qui est requis c'est que la pratique qui, affirme-t-on, serait un droit, ait fait partie intégrante de l'organisation sociale et de la culture du groupe concerné pendant une période d'au moins 20 à 50 ans, et qu'elle continue de faire partie intégrante de la culture au moment où le droit est revendiqué.

246 Mon point de vue se situe entre ces deux pôles extrêmes. Je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que l'histoire est un facteur important. Une pratique d'adoption récente ne saurait généralement être qualifiée d'ancestrale. Les pratiques qui, dans le passé, ont été reconnues comme étant

1996 CanLII 216 (SCC)

tices of aboriginal peoples. For this reason, this Court has always been at pains to explore the historical origins of alleged aboriginal rights. For example, in *Sparrow*, this Court began its inquiry into the aboriginal right to fish for food with a review of the fishing practices of the Musqueam Band prior to European contact.

247 I cannot agree with the Chief Justice, however, that it is essential that a practice be traceable to pre-contact times for it to qualify as a constitutional right. Aboriginal rights find their source not in a magic moment of European contact, but in the traditional laws and customs of the aboriginal people in question. As Brennan J. (as he then was) put it in *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1, at p. 58, "Native title has its origin in and is given its content by the traditional laws acknowledged by and the traditional customs observed by the indigenous inhabitants of a territory." The French version of s. 35(1) aptly captures the governing concept. "*Les droits existants — ancestraux ou issus de traités* — " tells us that the rights recognized and affirmed by s. 35(1) must be rooted in the historical or ancestral practices of the aboriginal people in question. This Court in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, adopted a similar approach: Dickson J. (as he then was) refers at p. 376 to "aboriginal title as a legal right derived from the Indians' historic occupation and possession of their tribal lands". One finds no mention in the text of s. 35(1) or in the jurisprudence of the moment of European contact as the definitive all-or-nothing time for establishing an aboriginal right. The governing concept is simply the traditional customs and laws of people prior to imposition of European law and customs. What must be established is continuity between the modern practice at issue and a traditional law or custom of the native people. Most often, that law or tradition will be traceable to time immemorial; otherwise it would not be an ancestral aboriginal law or custom. But date of contact is not the only

des droits ancestraux se rapportaient aux pratiques traditionnelles des peuples autochtones. Pour cette raison, notre Cour s'est toujours efforcée d'examiner les origines historiques des droits ancestraux revendiqués. Par exemple, dans *Sparrow*, notre Cour a commencé son examen du droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires par l'étude des pratiques des Musqueams en matière de pêche avant le contact avec les Européens.

Toutefois, je ne peux souscrire à l'avis du Juge en chef qu'il est essentiel qu'une pratique remonte à l'époque qui a précédé le contact avec les Européens pour être reconnue comme un droit constitutionnel. Les droits ancestraux ont leur origine non pas dans le moment magique du contact avec les Européens, mais dans les lois et coutumes traditionnelles du peuple autochtone en cause. Comme l'a dit le juge Brennan (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Mabo c. Queensland [No. 2]* 1992, 175 C.L.R. 1, à la p. 58, [TRADUCTION] «Le titre aborigène tire son origine et son contenu des coutumes et des lois traditionnelles observées et reconnues par les habitants autochtones d'un territoire.» Le texte français du par. 35(1) rend bien le principe directeur en la matière. En effet, les mots «[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — » nous indiquent que les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1) doivent avoir leur source dans les pratiques historiques ou ancestrales des autochtones concernés. Dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, notre Cour a appliqué un principe analogue: le juge Dickson (plus tard juge en chef) a décrit, à la p. 376, le «titre aborigène comme un droit, en common law, découlant de l'occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales». On ne trouve, ni dans le par. 35(1) ni dans la jurisprudence, aucune indication que le contact avec les Européens serait la date décisive pour établir l'existence d'un droit ancestral. Le principe directeur est tout simplement fondé sur les coutumes et les lois que respectait le peuple en question avant que ne lui soient imposées celles des Européens. Ce qui doit être prouvé c'est l'existence d'une continuité entre la pratique moderne en cause et une loi ou coutume traditionnelle du peuple autochtone. La plupart du temps, il sera possible de retracer les

1996 CanLII 216 (SCC)

moment to consider. What went before and after can be relevant too.

My concern is that we not substitute an inquiry into the precise moment of first European contact — an inquiry which may prove difficult — for what is really at issue, namely the ancestral customs and laws observed by the indigenous peoples of the territory. For example, there are those who assert that Europeans settled the eastern maritime regions of Canada in the 7th and 8th centuries A.D. To argue that aboriginal rights crystallized then would make little sense; the better question is what laws and customs held sway before superimposition of European laws and customs. To take another example, in parts of the west of Canada, over a century elapsed between the first contact with Europeans and imposition of "Canadian" or "European" law. During this period, many tribes lived largely unaffected by European laws and customs. I see no reason why evidence as to the laws and customs and territories of the aboriginals in this interval should not be considered in determining the nature and scope of their aboriginal rights. This approach accommodates the specific inclusion in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* of the aboriginal rights of the Métis people, the descendants of European explorers and traders and aboriginal women.

Not only must the proposed aboriginal right be rooted in the historical laws or customs of the people, there must also be continuity between the historic practice and the right asserted. As Brennan J. put it in *Mabo*, at p. 60:

The common law can, by reference to the traditional laws and customs of an indigenous people, identify and

origines de cette loi ou tradition aux temps immémoriaux; autrement, il ne s'agirait pas d'une loi ou coutume ancestrale autochtone. Cependant, la date du contact avec les Européens n'est pas le seul moment à prendre en considération. Ce qui s'est passé avant et après cette date peut aussi être pertinent.

248

Mon inquiétude est qu'on substitue un examen fondé sur le moment précis du contact avec les Européens — examen qui peut s'avérer difficile — à la véritable question litigieuse, savoir les coutumes et lois ancestrales observées par les peuples autochtones habitant le territoire. Par exemple, d'aucuns affirment que les Européens ont colonisé les régions maritimes de l'Est du Canada aux VII^e^ et VIII^e^ siècles après Jésus-Christ. Il serait peu logique de soutenir que les droits ancestraux se sont cristallisés à ce moment-là. Il est préférable de se demander quelles sont les lois et coutumes qui avaient cours avant qu'on leur surimpose les lois et coutumes européennes. Pour donner un autre exemple, mentionnons que, dans certaines régions de l'Ouest canadien, il s'est écoulé plus d'un siècle entre le premier contact avec les Européens et l'assujettissement au droit «canadien» ou «européen». Durant cette période, de nombreuses tribus ont, dans une large mesure, vécu sans être touchées par les lois et coutumes européennes. Je ne vois aucune raison de ne pas prendre en considération, afin de déterminer la nature et la portée de leurs droits ancestraux, la preuve concernant les lois et coutumes respectées par les autochtones et les territoires occupés par ces derniers durant cet intervalle. Cette méthode est compatible avec l'inclusion expresse, au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, des droits des Métis, qui sont les descendants d'explorateurs et de marchands européens et de femmes autochtones.

249

Non seulement le droit ancestral proposé doit avoir sa source dans les lois et coutumes historiques du peuple concerné, mais il faut également qu'il y ait continuité entre la pratique historique et le droit revendiqué. Comme l'a dit le juge Brennan dans l'arrêt *Mabo*, à la p. 60:

[TRADUCTION] La common law peut, par référence aux lois et coutumes traditionnelles d'un peuple autochtone,

1996 CanLII 216 (SCC)

protect the native rights and interests to which they give rise. However, when the tide of history has washed away any real acknowledgment of traditional law and any real observance of traditional customs, the foundation of native title has disappeared.

The continuity requirement does not require the aboriginal people to provide a year-by-year chronicle of how the event has been exercised since time immemorial. Indeed, it is not unusual for the exercise of a right to lapse for a period of time. Failure to exercise it does not demonstrate abandonment of the underlying right. All that is required is that the people establish a link between the modern practice and the historic aboriginal right.

250 While aboriginal rights will generally be grounded in the history of the people asserting them, courts must, as I have already said, take cognizance of the fact that the way those rights are practised will evolve and change with time. The modern exercise of a right may be quite different from its traditional exercise. To deny it the status of a right because of such differences would be to deny the reality that aboriginal cultures, like all cultures, change and adapt with time. As Dickson C.J. and La Forest J. put it in *Sparrow*, at p. 1093 "[t]he phrase 'existing aboriginal rights' [in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*] must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time".

(v) The Procedure for Determining the Existence of an Aboriginal Right

251 Aboriginal peoples, like other peoples, define themselves through a myriad of activities, practices and claims. A few of these, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* tells us, are so fundamental that they constitute constitutional "rights" of such importance that governments cannot trench on them without justification. The problem before this Court is how to determine what activities, practices and claims fall within this class of constitutionally protected rights.

identifier et protéger les droits et intérêts des autochtones auxquels les premières donnent naissance. Toutefois, quand, par suite de la marche du temps, les coutumes et les lois traditionnelles ont, dans les faits, cessé d'être observées, le fondement du titre aborigène a disparu.

L'exigence de continuité n'oblige pas les autochtones à faire une chronique indiquant comment, année après année, le droit a été exercé depuis les temps immémoriaux. De fait, il n'est pas exceptionnel qu'un droit cesse d'être exercé pendant un certain temps. Le fait de ne pas exercer un droit ne prouve pas que celui-ci a été abandonné. Tout ce que les autochtones sont requis de faire, c'est d'établir un lien entre la pratique moderne et le droit historique qu'ils revendiquent.

Même si les droits ancestraux trouvent généralement leur origine dans l'histoire du peuple qui les revendique, les tribunaux doivent, comme je l'ai dit plus tôt, tenir compte du fait que la façon dont ces droits sont exercés évolue et change avec le temps. La façon dont un droit est exercé aujourd'hui peut être très différente de son exercice traditionnel. Refuser de reconnaître un droit en raison de telles différences serait nier la réalité que les cultures autochtones, à l'instar de toutes les autres cultures, changent avec le temps et s'adaptent. Comme l'ont dit le juge en chef Dickson et le juge La Forest dans *Sparrow*, à la p. 1093, «[l]'expression «droits ancestraux existants» [au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*] doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps».

(v) La méthode permettant de déterminer l'existence d'un droit ancestral

Comme les autres peuples, les peuples autochtones se définissent par une myriade de pratiques, d'activités et de droits, dont un certain nombre, nous dit la *Charte canadienne des droits et libertés*, ont un caractère si fondamental qu'ils sont des «droits» constitutionnels d'une importance telle que l'État ne peut leur porter atteinte sans justification. Le problème que notre Cour doit résoudre est de déterminer quelles sont les activités, pratiques et droits qui relèvent de la catégorie des droits protégés par la Constitution.

1996 CanLII 216 (SCC)

The first and obvious category of constitutionally protected aboriginal rights and practices are those which had obtained legal recognition prior to the adoption of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Section 35(1) confirms "existing" aboriginal rights. Rights granted by treaties or recognized by the courts prior to 1982 must, it follows, remain rights under s. 35(1).

But aboriginal rights under s. 35(1) are not confined to rights formally recognized by treaty or the courts before 1982. As noted above, this Court has held that s. 35(1) "is not just a codification of the case law on aboriginal rights that had accumulated by 1982. Section 35 calls for a just settlement for aboriginal peoples": *Sparrow*, at p. 1106, quoting Noel Lyon, "An Essay on Constitutional Interpretation", *supra*, at p. 100. This poses the question of what new, previously unrecognized aboriginal rights may be asserted under s. 35(1).

The Chief Justice defines aboriginal rights as specific pre-contact practices which formed an "integral part" of the aboriginal group's "specific distinct culture". L'Heureux-Dubé J., adopting a "dynamic" rights approach, extends aboriginal rights to any activity, broadly defined, which forms an integral part of a distinctive aboriginal group's culture and social organization, regardless of whether the activity pre-dates colonial contact or not. In my respectful view, while both these approaches capture important facets of aboriginal rights, neither provides a satisfactory test for determining whether an aboriginal right exists.

(vi) The "Integral-Incidental" Test

I agree with the Chief Justice, at para. 46, that to qualify as an aboriginal right "an activity must be an element of practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group

La première catégorie évidente de droits et pratiques autochtones protégés par la Constitution est formée de ceux qui avaient été reconnus en droit avant l'adoption du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 35(1) confirme les droits ancestraux «existants». Il s'ensuit que les droits issus de traités ou reconnus par les tribunaux avant 1982 restent des droits visés au par. 35(1). 252

Toutefois, les droits ancestraux visés au par. 35(1) ne se limitent pas aux droits reconnus formellement par traité ou par les tribunaux avant 1982. Comme il a été indiqué précédemment, notre Cour a statué que le par. 35(1) n'est pas «une simple codification de la jurisprudence portant sur les droits ancestraux qui existait en 1982. L'article 35 exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones»: *Sparrow*, à la p. 1106, citation des propos de Noel Lyon dans «An Essay on Constitutional Interpretation», *loc. cit.*, à la p. 100. Il faut donc se demander quels droits ancestraux nouveaux, non déjà reconnus, peuvent être revendiqués en vertu du par. 35(1). 253

Le Juge en chef définit les droits ancestraux comme étant les pratiques particulières qui datent d'avant le contact avec les Européens et faisaient «partie intégrante» de la «culture distinctive spécifique» du groupe autochtone visé. Adoptant une méthode fondée sur le caractère «dynamique» des droits, le juge L'Heureux-Dubé élargit la définition de droits ancestraux à toute activité, largement définie, qui fait partie intégrante de l'organisation sociale et de la culture distinctive d'un groupe d'autochtones, peu importe que l'activité précède ou non le contact avec les Européens. En toute déférence, même si ces deux approches tiennent compte de certaines facettes importantes des droits ancestraux, ni l'une ni l'autre ne constituent un critère satisfaisant pour déterminer si un droit ancestral existe. 254

(vi) Le critère de la «partie intégrante ou accessoire»

Je conviens avec le Juge en chef qui a dit, au par. 46, que pour constituer un droit ancestral, «une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la 255

1996 CanLII 216 (SCC)

claiming the right". I also agree with L'Heureux-Dubé J. that an aboriginal right must be "integral" to a "distinctive aboriginal group's culture and social organization". To say this is simply to affirm the foundation of aboriginal rights in the laws and customs of the people. It describes an essential quality of an aboriginal right. But, with respect, a workable legal test for determining the extent to which, if any, commercial fishing may constitute an aboriginal right, requires more. The governing concept of integrality comes from a description in the *Sparrow* case where the extent of the aboriginal right (to fish for food) was not seriously in issue. It was never intended to serve as a test for determining the extent of disputed exercises of aboriginal rights.

culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question». Je conviens aussi avec le juge L'Heureux-Dubé qu'un droit ancestral doit faire «partie intégrante» de «l'organisation sociale et de la culture distinctive du groupe autochtones concerné». Dire cela, c'est simplement confirmer que le fondement des droits ancestraux réside dans les lois et les coutumes du peuple visé. C'est définir un attribut essentiel d'un droit ancestral. En toute déférence, toutefois, cela ne suffit pas pour constituer un critère juridique applicable pour déterminer, le cas échéant, la mesure dans laquelle la pêche commerciale peut constituer un droit ancestral. Le principe directeur de partie intégrante découle d'une description faite dans *Sparrow*, affaire où l'étendue du droit ancestral en cause (savoir celui de pêcher à des fins alimentaires) n'était pas vraiment en litige. Ce principe ne s'est jamais voulu un critère pour déterminer la portée d'exercices contestés de droits ancestraux.

256 My first concern is that the proposed test is too broad to serve as a legal distinguisher between constitutional and non-constitutional rights. While the Chief Justice in the latter part of his reasons seems to equate "integral" with "not incidental", the fact remains that "integral" is a wide concept, capable of embracing virtually everything that an aboriginal people customarily did. *The Shorter Oxford English Dictionary*, vol. 1 (3rd ed. 1973), offers two definitions of "integral": **1.** "Of or pertaining to a whole . . . constituent, component"; and **2.** "Made up of component parts which together constitute a unity". To establish a practice as "integral" to a group's culture, it follows, one must show that the practice is part of the unity of practices which together make up that culture. This suggests a very broad definition: anything which can be said to be part of the aboriginal culture would qualify as an aboriginal right protected by the *Constitution Act, 1982*. This would confer constitutional protection on a multitude of activities, ranging from the trivial to the vital. The Chief Justice attempts to narrow the concept of "integral" by emphasizing that the proposed right must be part of what makes the group "distinctive", the "specific" people which they are, stopping short, however, of asserting that the practice must be unique

Ma première préoccupation est que le critère proposé est trop large pour servir à distinguer, en droit, les droits garantis par la Constitution de ceux qui ne le sont pas. Bien que, dans la dernière partie de ses motifs, le Juge en chef semble assimiler «partie intégrante» à «élément non accessoire», il n'en reste pas moins que la notion de «partie intégrante» est large et capable d'englober pratiquement tout ce qu'un peuple autochtone faisait sur une base coutumière. Le *Shorter Oxford English Dictionary*, vol. 1 (3e éd. 1973), donne deux acceptions du mot anglais «*integral*» («partie intégrante»): [TRADUCTION]**1.** «Relatif au tout [. . .] composant, élément constitutif»; **2.** «Composé d'éléments constitutifs contribuant à l'intégrité d'un ensemble». Il s'ensuit que, pour établir qu'une pratique fait «partie intégrante» de la culture d'un groupe, il faut démontrer qu'elle fait partie de l'ensemble des pratiques qui forment cette culture. Cela laisse supposer une définition très large: toute chose qui peut être considérée comme faisant partie de la culture autochtone constituerait un droit ancestral protégé par la *Loi constitutionnelle de 1982*. Bénéficieraient ainsi de la protection de la Constitution une multitude d'activités allant des plus banales aux plus vitales. Le Juge en chef tente de restreindre la notion de «partie inté-

1996 CanLII 216 (SCC)

to the group and adhere to none other. But the addition of concepts of distinctness and specificity do not, with respect, remedy the overbreadth of the test. Minor practices, falling far short of the importance which we normally attach to constitutional rights, may qualify as distinct or specific to a group. Even the addition of the notion that the characteristic must be central or important rather than merely "incidental", fails to remedy the problem; it merely poses another problem, that of determining what is central and what is incidental to a people's culture and social organization.

grante» en soulignant que le droit proposé doit faire partie de ce qui rend le groupe «distinctif», de ce qui en fait le peuple «spécifique» qu'il est, sans toutefois aller jusqu'à affirmer que la pratique doit être propre à ce groupe et n'appartenir à aucun autre. Cependant, l'addition des notions de caractère distinctif et de spécificité ne contrebalance pas, en toute déférence, la portée excessive du critère. Des pratiques mineures, qui n'ont pas l'importance que nous associons normalement aux droits de nature constitutionnelle, pourraient constituer des pratiques distinctes d'un groupe ou des pratiques spécifiques à celui-ci. Même l'ajout du facteur qui exige que la caractéristique soit fondamentale ou importante et non pas simplement «accessoire» ne résout pas le problème. Au contraire, elle ne fait que créer un problème supplémentaire, celui de déterminer ce qui est fondamental pour l'organisation sociale et la culture d'un peuple, et ce qui est accessoire.

The problem of overbreadth thus brings me to my second concern, the problem of indeterminacy. To the extent that one attempts to narrow the test proposed by the Chief Justice by the addition of concepts of distinctiveness, specificity and centrality, one encounters the problem that different people may entertain different ideas of what is distinctive, specific or central. To use such concepts as the markers of legal rights is to permit the determination of rights to be coloured by the subjective views of the decision-maker rather than objective norms, and to invite uncertainty and dispute as to whether a particular practice constitutes a legal right.

257 Le problème de la portée excessive m'amène à faire état de ma deuxième préoccupation, savoir le problème de l'indétermination. Chercher à restreindre le critère proposé par le Juge en chef en y intégrant les notions de caractère distinctif, de spécificité et de caractère fondamental, c'est se buter au problème des conceptions individuelles de ce qui est distinctif, spécifique ou fondamental. Recourir à de telles notions comme balises des droits, c'est permettre que la détermination de ces droits soit teintée par les vues subjectives du décideur plutôt que fondée sur des normes objectives, c'est aussi susciter l'incertitude et la contestation dans l'examen visant à déterminer si une pratique donnée constitue un droit.

Finally, the proposed test is, in my respectful opinion, too categorical. Whether something is integral or not is an all or nothing test. Once it is concluded that a practice is integral to the people's culture, the right to pursue it obtains unlimited protection, subject only to the Crown's right to impose limits on the ground of justification. In this appeal, the Chief Justice's exclusion of "commercial fishing" from the right asserted masks the lack of internal limits in the integral test. But the logic of the test remains ineluctable, for all that: assum-

258 Finalement, le critère proposé est, en toute déférence, trop catégorique. Décider si une chose fait partie intégrante d'une autre, c'est appliquer le critère du tout ou rien. Une fois qu'il a été jugé qu'une pratique fait partie intégrante de la culture du peuple concerné, le droit de continuer cette pratique jouit alors d'une protection illimitée, sous réserve seulement du droit de l'État d'imposer des limites justifiées. Dans le présent pourvoi, l'exclusion par le Juge en chef de la «pêche commerciale» du droit revendiqué masque l'absence de

1996 CanLII 216 (SCC)

ing that another people in another case establishes that commercial fishing was integral to its ancestral culture, that people will, on the integral test, logically have an absolute priority over non-aboriginal and other less fortunate aboriginal fishers, subject only to justification. All others, including other native fishers unable to establish commercial fishing as integral to their particular cultures, may have no right to fish at all.

259 The Chief Justice recognizes the all or nothing logic of the "integral" test in relation to commercial fishing rights in his reasons in *Gladstone*, *supra*. Having determined in that case that an aboriginal right to commercial fishing is established, he notes at para. 61 that unlike the Indian food fishery, which is defined in terms of the peoples' need for food, the right to fish commercially "has no internal limitations". Reasoning that where the test for the right imposes no internal limit on the right, the court may do so, he adopts a broad justification test which would go beyond limiting the use of the right in ways essential to its exercise as envisioned in *Sparrow*, to permit partial reallocation of the aboriginal right to non-natives. The historically based test for aboriginal rights which I propose, by contrast, possesses its own internal limits and adheres more closely to the principles that animated *Sparrow*, as I perceive them.

(vii) The Empirical Historic Approach

260 The tests proposed by my colleagues describe qualities which one would expect to find in aboriginal rights. To this extent they may be informative and helpful. But because they are overinclusive,

limite intrinsèque dans le critère de la partie intégrante. La logique du critère n'en demeure pas moins inéluctable malgré tout: à supposer qu'un autre peuple, dans une autre affaire, établisse que la pêche commerciale faisait partie intégrante de sa culture ancestrale, logiquement ce peuple bénéficiera alors, suivant le critère de la partie intégrante, de la priorité absolue sur les pêcheurs non autochtones et sur les autres pêcheurs autochtones moins chanceux, sous réserve seulement de l'existence de limites justifiées. Tous les autres pêcheurs, y compris les pêcheurs autochtones incapables d'établir que la pêche commerciale faisait partie intégrante de leur culture particulière, pourraient bien n'avoir aucun droit de pêche que ce soit.

Dans ses motifs dans l'arrêt *R. c. Gladstone*, précité, rendu à la même date, le Juge en chef reconnaît la logique du tout ou rien dont procède le critère de la «partie intégrante» en matière de droits de pêche commerciale. Après avoir conclu, dans cet arrêt, à l'existence d'un droit de pêche commerciale, il fait remarquer, au par. 61, que, contrairement à la pêche pratiquée par les Indiens à des fins alimentaires, qui est définie en fonction des besoins alimentaires des gens concernés, le droit de pêcher commercialement «n'est pas assorti de limite intrinsèque». Faisant le raisonnement que, dans les cas où l'application du critère de détermination de l'existence d'un droit révèle que celui-ci n'est pas assorti de limite intrinsèque, le tribunal peut en imposer une, le Juge en chef adopte un large critère de justification qui ne ferait pas que limiter, comme cela est envisagé dans *Sparrow*, l'usage du droit aux fins essentielles à son exercice, mais permettrait la réaffectation partielle du droit ancestral à des non-autochtones. Par contraste, le critère fondé sur l'histoire que je propose d'appliquer à l'égard des droits ancestraux comporte ses propres limites intrinsèques et respecte davantage les principes sur lesquels repose, selon moi, l'arrêt *Sparrow*.

(vii) L'approche empirico-historique

Les critères proposés par mes collègues définissent les attributs que sont censés posséder les droits ancestraux. Dans cette mesure, ils peuvent être informatifs et utiles. Toutefois, comme ils ont

1996 CanLII 216 (SCC)

indeterminate, and ultimately categorical, they fall short, in my respectful opinion, of providing a practically workable principle for identifying what is embraced in the term "existing aboriginal rights" in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

In my view, the better approach to defining aboriginal rights is an empirical approach. Rather than attempting to describe *a priori* what an aboriginal right is, we should look to history to see what sort of practices have been identified as aboriginal rights in the past. From this we may draw inferences as to the sort of things which may qualify as aboriginal rights under s. 35(1). Confronted by a particular claim, we should ask, "Is this like the sort of thing which the law has recognized in the past?". This is the time-honoured methodology of the common law. Faced with a new legal problem, the court looks to the past to see how the law has dealt with similar situations in the past. The court evaluates the new situation by reference to what has been held in the past and decides how it should be characterized. In this way, legal principles evolve on an incremental, pragmatic basis.

Just as there are two fundamental types of scientific reasoning — reasoning from first principles and empirical reasoning from experience — so there are two types of legal reasoning. The approach adopted by the Chief Justice and L'Heureux-Dubé J. in this appeal may be seen as an example of reasoning from first principles. The search is for a governing principle which will control all future cases. Given the complexity and sensitivity of the issue of defining hitherto undefined aboriginal rights, the pragmatic approach typically adopted by the common law — reasoning from the experience of decided cases and recognized rights — has much to recommend it. In this spirit, and bearing in mind the important truths captured by the "integral" test proposed by the Chief Justice and L'Heureux-Dubé J., I turn to the question of

une portée excessive, qu'ils sont indéterminés et, en fin de compte, catégoriques, ils ne sauraient, en toute déférence, constituer un principe applicable, dans la pratique, pour cerner ce qui est visé par l'expression «droits ancestraux existants» au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

À mon avis, la meilleure façon de définir les droits ancestraux consiste à appliquer une approche empirique. Plutôt que d'essayer de définir a priori ce qu'est un droit ancestral, nous devons étudier l'histoire pour voir quelles sortes de pratiques ont été considérées comme des droits ancestraux dans le passé. Il est alors possible d'en tirer des inférences sur ce qui peut constituer un droit ancestral visé au par. 35(1). Lorsque nous sommes saisis d'une revendication donnée, nous devons nous demander: «S'agit-il d'une chose analogue à celles qui ont été reconnues en droit dans le passé?». C'est la méthode consacrée en common law. Le tribunal appelé à trancher un point de droit nouveau examine les solutions apportées dans le passé dans des cas analogues. Il évalue la nouvelle situation à la lumière des décisions rendues jusque-là et décide de la qualification appropriée. Ainsi, les principes juridiques évoluent de manière progressive et pragmatique.

Tout comme il y a deux types fondamentaux de raisonnement scientifique — le raisonnement fondé sur des postulats de base et le raisonnement empirique, fondé sur l'expérience — il existe deux types de raisonnement juridique. L'approche adoptée par le Juge en chef et le juge L'Heureux-Dubé dans le présent pourvoi peut être considérée comme un exemple de raisonnement fondé sur des postulats de base. On cherche un principe directeur qui sera applicable dans tous les cas ultérieurs. Vu le caractère complexe et délicat de la question de la définition de droits ancestraux qui n'ont encore jamais été définis, l'approche pragmatique généralement appliquée en common law — le raisonnement fondé sur l'expérience découlant des précédents et des droits reconnus — présente maints avantages. Dans cet esprit, et compte tenu des vérités importantes qui ressortent du critère de la «partie intégrante» proposé par le Juge en chef et par le juge L'Heureux-Dubé, je vais maintenant

1996 CanLII 216 (SCC)

what the common law and Canadian history tell us about aboriginal rights.

(viii) The Common Law Principle: Recognition of Pre-Existing Rights and Customs

263 The history of the interface of Europeans and the common law with aboriginal peoples is a long one. As might be expected of such a long history, the principles by which the interface has been governed have not always been consistently applied. Yet running through this history, from its earliest beginnings to the present time is a golden thread — the recognition by the common law of the ancestral laws and customs the aboriginal peoples who occupied the land prior to European settlement.

264 For centuries, it has been established that upon asserting sovereignty the British Crown accepted the existing property and customary rights of the territory's inhabitants. Illustrations abound. For example, after the conquest of Ireland, it was held in *The Case of Tanistry* (1608), Davis 28, 80 E.R. 516, that the Crown did not take actual possession of the land by reason of conquest and that pre-existing property rights continued. Similarly, Lord Sumner wrote in *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211, at p. 233 that "it is to be presumed, in the absence of express confiscation or of subsequent expropriatory legislation, that the conqueror has respected [pre-existing aboriginal rights] and forborne to diminish or modify them". Again, Lord Denning affirmed the same rule in *Oyekan v. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785, at p. 788:

> In inquiring . . . what rights are recognised, there is one guiding principle. It is this: The courts will assume that the British Crown intends that the rights of property of the inhabitants are to be fully respected. Whilst, therefore, the British Crown, as Sovereign, can make laws enabling it compulsorily to acquire land for public purposes, it will see that proper compensation is awarded to every one of the inhabitants who has by native law an interest in it; and the courts will declare the inhabitants entitled to compensation according to their interests,

examiner ce que nous enseignent la common law et l'histoire du Canada au sujet des droits ancestraux.

(viii) Le principe de common law: la reconnaissance des coutumes et droits préexistants

L'histoire des rapports entre les Européens et la common law, d'une part, et les peuples autochtones, d'autre part, s'étale sur une longue période. Comme on peut s'y attendre, les principes régissant ces rapports n'ont pas toujours été appliqués uniformément durant cette longue histoire. Et pourtant, cette histoire, depuis les tout débuts jusqu'à nos jours, est illuminée par un fil d'or — la reconnaissance par la common law des lois et coutumes ancestrales des peuples autochtones qui occupaient le territoire avant la colonisation européenne.

Il est établi que, pendant des siècles, lorsqu'elle affirmait sa souveraineté sur un territoire, la Couronne britannique reconnaissait les droits de propriété et les droits fondés sur la coutume existants de ses occupants. Les exemples abondent. Ainsi, après la conquête de l'Irlande, il a été décidé dans l'arrêt *The Case of Tanistry* (1608), Davis 28, 80 E.R. 516, que la Couronne n'avait pas effectivement pris possession des terres par la conquête et que les droits de propriété préexistants continuaient d'exister. De même, dans *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211, à la p. 233, lord Sumner a écrit [TRADUCTION] «qu'il faut présumer, en l'absence de confiscation expresse ou de loi d'expropriation ultérieure, que le conquérant a respecté [les droits ancestraux préexistants] et a renoncé à les restreindre ou à les modifier». Lord Denning a confirmé cette règle dans *Oyekan c. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785, à la p. 788:

> [TRADUCTION] En se demandant . . . quels droits sont reconnus, il existe un principe directeur. Ce principe est le suivant: Les tribunaux présumeront que la Couronne britannique veut que l'on respecte intégralement les droits de propriété des habitants. Par conséquent, bien qu'en sa qualité de souverain, elle puisse adopter des lois lui permettant d'acquérir de force des terres à des fins publiques, la Couronne britannique verra à ce qu'une juste indemnité soit accordée à chacun des habitants qui possède un intérêt en vertu du droit autochtone;

1996 CanLII 216 (SCC)

even though those interests are of a kind unknown to English law. . . . [Emphasis added.]

Most recently in *Mabo,* the Australian High Court, after a masterful review of Commonwealth and American jurisprudence on the subject, concluded that the Crown must be deemed to have taken the territories of Australia subject to existing aboriginal rights in the land, even in the absence of acknowledgment of those rights. As Brennan J. put it at p. 58: "an inhabited territory which became a settled colony was no more a legal desert than it was 'desert uninhabited'. . . ." Once the "fictions" of *terra nullius* are stripped away, "[t]he nature and incidents of native title must be ascertained as a matter of fact by reference to [the] laws and customs" of the indigenous people.

In Canada, the Courts have recognized the same principle. Thus in *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313 at p. 328, Judson J. referred to the asserted right "to continue to live on their lands as their forefathers had lived and that this right has never been lawfully extinguished". In the same case, Hall J. (dissenting on another point) rejected at p. 416 as "wholly wrong" "the proposition that after conquest or discovery the native peoples have no rights at all except those subsequently granted or recognized by the conqueror or discoverer". Subsequent decisions in this Court are consistent with the view that the Crown took the land subject to pre-existing aboriginal rights and that such rights remain in the aboriginal people, absent extinguishment or surrender by treaty.

In *Guerin*, *supra*, this Court re-affirmed this principle, stating at pp. 377-78:

In recognizing that the Proclamation is not the sole source of Indian title the *Calder* decision went beyond the judgment of the Privy Council in *St. Catherine's*

et les tribunaux déclareront que chaque habitant a droit à une indemnité selon son intérêt, même si pareil intérêt est d'un genre inconnu en droit anglais . . . [Je souligne.]

Récemment, dans l'arrêt *Mabo*, la Haute Cour d'Australie, après un exposé remarquable de la jurisprudence des pays du Commonwealth et des États-Unis sur la question, a conclu que Sa Majesté doit être considérée comme ayant pris possession des territoires de l'Australie, sous réserve des droits ancestraux existants sur ces terres, même en l'absence de reconnaissance de tels droits. Comme l'a dit le juge Brennan, à la p. 58: [TRADUCTION] «un territoire habité, devenu une colonie, n'était pas davantage un désert au sens de la loi qu'il n'était dans les faits un «désert» . . .». Une fois écartées les «fictions» découlant de la notion de territoire sans maître (*terra nullius*), [TRADUCTION] «[l]a nature et les attributs du titre aborigène doivent être déterminés en tant que question de fait, eu égard [aux] lois et coutumes» des autochtones visés. 265

Au Canada, les tribunaux ont reconnu le même principe. Ainsi, dans l'arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313 à la p. 328, le juge Judson a dit que le droit revendiqué était celui «de continuer à vivre sur leurs terres comme l'avaient fait leurs ancêtres et que ce droit n'a jamais été juridiquement éteint». À la page 416 du même arrêt, le juge Hall (dissident sur un autre point) a rejeté comme étant «entièrement erronée» «la proposition qu'après la conquête ou la découverte, les peuples aborigènes n'ont aucun droit à l'exception de ceux qui leur sont par la suite accordés ou reconnus par le conquérant ou le découvreur». Les décisions subséquentes de notre Cour sont compatibles avec le point de vue que l'État a pris possession des terres, sous réserve des droits ancestraux préexistants, et que les autochtones conservent ces droits, en l'absence d'extinction ou de cession par traité. 266

Dans l'arrêt *Guerin*, précité, notre Cour a réaffirmé ce principe et déclaré ceci, aux pp. 377 et 378: 267

En reconnaissant que la Proclamation ne constitue pas l'unique fondement du titre indien, l'arrêt *Calder* va plus loin que l'arrêt du Conseil privé *St. Catherine's*

1996 CanLII 216 (SCC)

Milling and Lumber Co. v. The Queen (1888), 14 App. Cas. 46. In that case Lord Watson acknowledged the existence of aboriginal title but said it had its origin in the Royal Proclamation. In this respect *Calder* is consistent with the position of Chief Justice Marshall in the leading American cases of *Johnson v. M'Intosh*, 8 Wheaton 543 (1823), and *Worcester v. State of Georgia*, 6 Peters 515 (1832), cited by Judson and Hall JJ. in their respective judgments.

In *Johnson v. M'Intosh* Marshall C.J., although he acknowledged the Proclamation of 1763 as one basis for recognition of Indian title, was nonetheless of opinion that the rights of Indians in the lands they traditionally occupied prior to European colonization both predated and survived the claims to sovereignty made by various European nations in the territories of the North American continent. The principle of discovery which justified these claims gave the ultimate title in the land in a particular area to the nation which had discovered and claimed it. In that respect at least the Indians' rights in the land were obviously diminished; but their rights of occupancy and possession remained unaffected. [Emphasis added.]

This Court's judgment in *Sparrow*, *supra*, reaffirmed that approach.

(ix) The Nature of the Interests and Customs Recognized by the Common Law

268 This much is clear: the Crown, upon discovering and occupying a "new" territory, recognized the law and custom of the aboriginal societies it found and the rights in the lands they traditionally occupied that these supported. At one time it was suggested that only legal interests consistent with those recognized at common law would be recognized. However, as Brennan J. points out in *Mabo*, at p. 59, that rigidity has been relaxed since the decision of the Privy Council in *Tijani v. Secretary, Southern Nigeria*, [1921] 2 A.C. 399, "[t]he general principle that the common law will recognize a customary title only if it be consistent with the common law is subject to an exception in favour of traditional native title".

Milling and Lumber Co. v. The Queen (1888), 14 App. Cas. 46, où lord Watson a reconnu l'existence du titre aborigène, mais a affirmé que celui-ci avait son origine dans la Proclamation royale. À cet égard, l'arrêt *Calder* est compatible avec le point de vue exprimé par le juge en chef Marshall dans les arrêts de principe américains *Johnson v. M'Intosh*, 8 Wheaton 543 (1823), et *Worcester v. State of Georgia*, 6 Peters 515 (1832), que les juges Judson et Hall ont cités dans leurs motifs respectifs.

Dans l'arrêt *Johnson v. M'Intosh*, le juge en chef Marshall, tout en reconnaissant que la Proclamation royale de 1763 constitue l'un des fondements du titre indien, a néanmoins estimé que les droits des Indiens sur les terres qu'ils avaient traditionnellement occupées avant la colonisation européenne existaient avant les revendications de souveraineté de différentes nations européennes sur les territoires du continent nord-américain et qu'ils ont continué d'exister après ces revendications. Selon le principe de la découverte, sur lequel reposaient ces revendications, les terres situées dans une région donnée appartenaient en dernière analyse à la nation qui en avait fait la découverte et qui en avait réclamé la possession. Sous ce rapport du moins, les droits des Indiens sur leurs terres ont été manifestement diminués, mais leurs droits d'occupation et de possession sont restés inchangés. [Je souligne.]

Notre Cour a réaffirmé ce point de vue dans *Sparrow*, précité.

(ix) La nature des intérêts et coutumes reconnus par la common law

Une chose est claire, lorsqu'elle découvrait et occupait un «nouveau» territoire, la Couronne reconnaissait les lois et coutumes des sociétés autochtones qui y vivaient, ainsi que les droits sur les terres que ces dernières avaient traditionnellement occupées et qui dérivaient de ces lois et coutumes. Il a été dit que seuls seraient reconnus les intérêts juridiques coïncidant avec ceux reconnus par la common law. Toutefois, comme le juge Brennan le souligne dans l'arrêt *Mabo*, à la p. 59, cette attitude rigide s'est atténuée depuis l'arrêt du Conseil privé *Tijani c. Secretary, Southern Nigeria*, [1921] 2 A.C. 399: [TRADUCTION] «[l]e principe général que la common law ne reconnaît un titre fondé sur la coutume que s'il est compatible avec la common law souffre une exception dans le cas du titre aborigène traditionnel».

1996 CanLII 216 (SCC)

It may now be affirmed with confidence that the common law accepts all types of aboriginal interests, "even though those interests are of a kind unknown to English law": *per* Lord Denning in *Oyekan*, *supra*, at p. 788. What the laws, customs and resultant rights are "must be ascertained as a matter of fact" in each case, *per* Brennan J. in *Mabo*, at p. 58. It follows that the Crown in Canada must be taken as having accepted existing native laws and customs and the interests in the land and waters they gave rise to, even though they found no counterpart in the law of England. In so far as an aboriginal people under internal law or custom had used the land and its waters in the past, so it must be regarded as having the continuing right to use them, absent extinguishment or treaty.

Il est désormais possible d'affirmer avec confiance que la common law accepte tous les types d'intérêts autochtones, [TRADUCTION] «même si [les] intérêts [en question] sont d'un genre inconnu en droit anglais»: lord Denning dans l'arrêt *Oyekan*, précité, à la p. 788. La question de savoir quels sont ces lois et ces coutumes, ainsi que les droits qui en découlent, «doi[t] être déterminé[e] en tant que question de fait» dans chaque cas, le juge Brennan dans l'arrêt *Mabo*, à la p. 58. Il s'ensuit qu'il faut considérer que, au Canada, la Couronne a accepté les lois et coutumes autochtones existantes, ainsi que les intérêts dans les terres et les eaux auxquels elles donnaient naissance, même s'ils n'avaient pas d'équivalents dans le droit d'Angleterre. Dans la mesure où un peuple autochtone avait, en vertu de ses lois ou coutumes internes, utilisé les terres et les eaux s'y trouvant dans le passé, il doit être considéré comme ayant toujours le droit de les utiliser, en l'absence d'extinction ou de traité. 269

This much appears from the *Royal Proclamation of 1763*, R.S.C., 1985, App. II, No. 1, which set out the rules by which the British proposed to govern the territories of much of what is now Canada. The Proclamation, while not the sole source of aboriginal rights, recognized the presence of aboriginals as existing occupying peoples. It further recognized that they had the right to use and alienate the rights they enjoyed the use of those territories. The assertion of British sovereignty was thus expressly recognized as not depriving the aboriginal people of Canada of their pre-existing rights; the maxim of *terra nullius* was not to govern here. Moreover, the Proclamation evidences an underlying concern for the continued sustenance of aboriginal peoples and their descendants. It stipulated that aboriginal people not be permitted to sell their land directly but only through the intermediary of the Crown. The purpose of this stipulation was to ensure that the aboriginal peoples obtained a fair exchange for the rights they enjoyed in the territories on which they had traditionally lived — an exchange which would ensure the sustenance not only of the current generation but also of generations to come. (See *Guerin*, *supra*, at p. 376; see also Brian Slattery, "Under-

Voilà ce qui ressort de la *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, nº 1, qui énonce les règles selon lesquelles les Britanniques se proposaient de gouverner une grande partie des territoires qui constituent aujourd'hui le Canada. Bien qu'elle ne soit pas l'unique source des droits ancestraux, la Proclamation a reconnu la présence des autochtones en tant que peuples occupant les territoires. Elle a aussi reconnu qu'ils avaient le droit d'utiliser ces territoires et de se départir de ces droits d'usage. Il y est donc expressément reconnu que l'affirmation de la souveraineté britannique n'avait pas pour effet de priver les autochtones du Canada de leurs droits préexistants; la règle du territoire sans maître ne devrait pas s'appliquer ici. De plus, la Proclamation atteste le souci d'assurer aux peuples autochtones et à leurs descendants la possibilité de pourvoir à leur subsistance. Il y est stipulé que les autochtones ne sont pas autorisés à vendre leurs terres directement, mais qu'ils doivent le faire seulement par l'entremise de Sa Majesté. Cette stipulation visait à faire en sorte que les peuples autochtones reçoivent une juste contrepartie en échange des droits dont ils jouissaient sur les terres où ils avaient vécu traditionnellement — contrepartie qui assurerait la sub- 270

1996 CanLII 216 (SCC)

standing Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.)

271 The stipulation against direct sale to Europeans was coupled with a policy of entering into treaties with various aboriginal peoples. The treaties typically sought to provide the people in question with a land base, termed a reserve, as well as other benefits enuring to the signatories and generations to come — cash payments, blankets, foodstuffs and so on. Usually the treaties conferred a continuing right to hunt and fish on Crown lands. Thus the treaties recognized that by their own laws and customs, the aboriginal people had lived off the land and its waters. They sought to preserve this right in so far as possible as well as to supplement it to make up for the territories ceded to settlement.

272 These arrangements bear testimony to the acceptance by the colonizers of the principle that the aboriginal peoples who occupied what is now Canada were regarded as possessing the aboriginal right to live off their lands and the resources found in their forests and streams to the extent they had traditionally done so. The fundamental understanding — the *Grundnorm* of settlement in Canada — was that the aboriginal people could only be deprived of the sustenance they traditionally drew from the land and adjacent waters by solemn treaty with the Crown, on terms that would ensure to them and to their successors a replacement for the livelihood that their lands, forests and streams had since ancestral times provided them. (In making this comment, I do not foreclose the possibility that other arguments might be made with respect to areas in Canada settled by France.)

273 The same notions held sway in the colony of British Columbia prior to union with Canada in 1871. An early governor, Governor Douglas, pro-

sistance non seulement de la génération cédant les droits mais celle des générations futures. (Voir *Guerin*, précité, à la p. 376; voir aussi Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727.)

La stipulation interdisant la vente directe aux Européens s'ajoutait à une politique visant la conclusion de traités avec les peuples autochtones. Les traités avaient généralement pour but de fournir aux autochtones concernés une assise territoriale, appelée réserve, ainsi que des avantages pour les signataires et leurs descendants — paiements en espèces, couvertures, denrées alimentaires et autres choses du genre. D'ordinaire, les traités conféraient un droit permanent de chasse et de pêche sur les terres domaniales. Les traités reconnaissaient donc le fait que, suivant leurs propres lois et coutumes, les autochtones tiraient leur subsistance du territoire et des eaux s'y trouvant, et ils visaient à préserver ce droit dans toute la mesure du possible et à le compléter pour compenser les territoires cédés à des fins de colonisation.

Ces dispositions témoignent de l'acceptation par les colonisateurs du principe que les peuples autochtones qui occupaient ce qui est maintenant le Canada étaient considérés comme possédant le droit ancestral de tirer leur subsistance de leurs terres et des ressources des forêts et des cours d'eau, dans la mesure où ils l'avaient fait traditionnellement. La stipulation essentielle — la norme fondamentale de la colonisation au Canada — était que les peuples autochtones ne pouvaient être privés des moyens de subsistance qu'ils tiraient traditionnellement des terres et des eaux y adjacentes que par un traité solennel conclu avec Sa Majesté, à des conditions garantissant à ceux-ci ainsi qu'à leurs descendants des moyens de remplacer la subsistance qu'ils tiraient, depuis les temps ancestraux, des terres, forêts et cours d'eau. (En faisant cette observation, je n'exclus pas la possibilité que d'autres arguments puissent être présentés relativement aux régions du pays colonisées par la France.)

Les mêmes notions avaient cours dans la colonie de la Colombie-Britannique avant son union avec le Canada en 1871. Un des premiers gouverneurs,

1996 CanLII 216 (SCC)

nounced a policy of negotiating solemn treaties with the aboriginal peoples similar to that pursued elsewhere in Canada. Tragically, that policy was overtaken by the less generous views that accompanied the rapid settlement of British Columbia. The policy of negotiating treaties with the aboriginals was never formally abandoned. It was simply overridden, as the settlers, aided by administrations more concerned for short-term solutions than the duty of the Crown toward the first peoples of the colony settled where they wished and allocated to the aboriginals what they deemed appropriate. This did not prevent the aboriginal peoples of British Columbia from persistently asserting their right to an honourable settlement of their ancestral rights — a settlement which most of them still await. Nor does it negate the fundamental proposition acknowledged generally throughout Canada's history of settlement that the aboriginal occupants of particular territories have the right to use and be sustained by those territories.

Douglas, a établi une politique de négociation de traités solennels avec les peuples autochtones analogue à celle appliquée ailleurs au Canada. Tragiquement, cette politique a été écartée par la vision moins généreuse qui a accompagné la colonisation rapide de la Colombie-Britannique. La politique de négociation de traités avec les autochtones n'a jamais été officiellement abandonnée. Elle a simplement été foulée aux pieds parce que les colons, avec l'appui d'administrations plus soucieuses d'appliquer des solutions à court terme que de respecter les obligations de la Couronne envers les premiers habitants de la colonie, se sont établis là où ils le voulaient et ils n'ont accordé aux autochtones que ce qu'ils jugeaient convenable. Cela n'a pas empêché les peuples autochtones de la Colombie-Britannique de faire valoir avec ténacité leur droit d'obtenir un règlement honorable de leurs droits ancestraux — règlement que la plupart d'entre eux attendent encore. Cela n'invalide pas non plus la proposition fondamentale, généralement reconnue tout au long de l'histoire de la colonisation du pays, que les occupants autochtones de territoires donnés ont le droit d'utiliser ces territoires et d'en tirer leur subsistance.

1996 CanLII 216 (SCC)

Generally speaking, aboriginal rights in Canada were group rights. A particular aboriginal group lived on or controlled a particular territory for the benefit of the group as a whole. The aboriginal rights of such a group inure to the descendants of the group, so long as they maintain their connection with the territory or resource in question. In Canada, as in Australia, "many clans or groups of indigenous people have been physically separated from their traditional land and have lost their connexion with it" (p. 59). But "[w]here a clan or group has continued to acknowledge the laws and (so far as practicable) to observe the customs based on the traditions of that clan or group, whereby their traditional connexion with the land has been substantially maintained, the traditional community title of that clan or group can be said to remain in existence" (*Mabo*, at pp. 59-60).

274

De façon générale, les droits ancestraux au Canada étaient des droits collectifs. Un groupe d'autochtones particulier habitait un territoire ou exerçait sa domination sur celui-ci au profit de l'ensemble du groupe. Les droits ancestraux de ce groupe échoient aux descendants du groupe, tant que ceux-ci maintiennent des liens avec le territoire ou la ressource en question. Au Canada, tout comme en Australie, [TRADUCTION] «de nombreux clans ou groupes d'autochtones ont été physiquement séparés de leur territoire traditionnel et ils ont cessé d'être rattachés à celui-ci» (p. 59). Toutefois, [TRADUCTION] «[q]uand un clan ou un groupe a continué de reconnaître les lois et (si c'était matériellement possible) d'observer les coutumes fondées sur ses traditions, maintenant ainsi de façon substantielle ses liens traditionnels avec le territoire, il est possible d'affirmer que le titre communautaire traditionnel de ce clan ou groupe a continué d'exister» (arrêt *Mabo*, aux pp. 59 et 60).

275 It thus emerges that the common law and those who regulated the British settlement of this country predicated dealings with aboriginals on two fundamental principles. The first was the general principle that the Crown took subject to existing aboriginal interests in the lands they traditionally occupied and their adjacent waters, even though those interests might not be of a type recognized by British law. The second, which may be viewed as an application of the first, is that the interests which aboriginal peoples had in using the land and adjacent waters for their sustenance were to be removed only by solemn treaty with due compensation to the people and its descendants. This right to use the land and adjacent waters as the people had traditionally done for its sustenance may be seen as a fundamental aboriginal right. It is supported by the common law and by the history of this country. It may safely be said to be enshrined in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Il ressort donc de ces observations que la common law et les responsables de la colonisation britannique de notre pays ont fondé leurs rapports avec les autochtones sur deux principes fondamentaux. Le premier était le principe général que Sa Majesté prenait possession du territoire sous réserve des droits existants des autochtones sur les terres qu'ils avaient traditionnellement occupées et sur les eaux y adjacentes, même s'il ne s'agissait pas de droits appartenant à un type reconnu par le droit britannique. Le second, qui peut être considéré comme une application du premier, est que les droits des peuples autochtones d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes pour assurer leur subsistance ne devaient leur être enlevés que par traité solennel et moyennant octroi à ceux-ci et à leurs descendants d'une juste indemnité. Ce droit des autochtones visés d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes comme ils l'avaient fait traditionnellement pour assurer leur subsistance peut être considéré comme un droit ancestral fondamental. Il trouve appui dans la common law et dans l'histoire du pays. Il est possible d'affirmer avec confiance que ce droit est constitutionnalisé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

1996 CanLII 216 (SCC)

(x) The Right to Fish for Sale

(x) Le droit de pêcher en vue de la vente

276 Against this background, I come to the issue at the heart of this case. Do aboriginal people enjoy a constitutional right to fish for commercial purposes under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*? The answer is yes, to the extent that the people in question can show that it traditionally used the fishery to provide needs which are being met through the trade.

Après avoir exposé le contexte, j'aborde maintenant la question qui est au cœur du présent pourvoi. Les autochtones possèdent-ils, en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un droit constitutionnel de pêcher à des fins commerciales? La réponse est oui, dans la mesure où les autochtones concernés peuvent démontrer qu'ils ont traditionnellement utilisé la pêcherie pour pourvoir à des besoins qui sont satisfaits par le commerce.

277 If an aboriginal people can establish that it traditionally fished in a certain area, it continues to have a similar right to do so, barring extinguishment or treaty. The same justice that compelled those who drafted treaties with the aboriginals in the nineteenth century to make provision for the continuing sustenance of the people from the land, compels those dealing with aboriginals with whom treaties were never made, like the Sto:lo, to make similar provision.

Si des autochtones peuvent établir qu'ils ont traditionnellement pêché dans un certain secteur, ils continuent d'avoir le droit de le faire, sauf extinction ou traité. Le même sentiment de justice qui obligeait ceux qui rédigeaient les traités conclus avec les autochtones au XIX^{e} siècle à inclure dans ceux-ci des dispositions pour que les autochtones puissent continuer à tirer leur subsistance du territoire oblige ceux qui transigent avec des autochtones qui n'ont jamais conclu de traité, comme les Sto:lo, à prendre de telles mesures.

The aboriginal right to fish may be defined as the right to continue to obtain from the river or the sea in question that which the particular aboriginal people have traditionally obtained from the portion of the river or sea. If the aboriginal people show that they traditionally sustained themselves from the river or sea, then they have a *prima facie* right to continue to do so, absent a treaty exchanging that right for other consideration. At its base, the right is not the right to trade, but the right to continue to use the resource in the traditional way to provide for the traditional needs, albeit in their modern form. However, if the people demonstrate that trade is the only way of using the resource to provide the modern equivalent of what they traditionally took, it follows that the people should be permitted to trade in the resource to the extent necessary to provide the replacement goods and amenities. In this context, trade is but the mode or practice by which the more fundamental right of drawing sustenance from the resource is exercised.

Le droit de pêche ancestral peut être défini comme étant le droit de continuer à tirer du fleuve, de la rivière ou de la mer en question ce que les autochtones concernés ont traditionnellement tiré du secteur exploité. Si les autochtones démontrent qu'ils ont traditionnellement tiré leur subsistance du fleuve, de la rivière ou de la mer, ils ont alors à première vue le droit de continuer à le faire, s'ils n'ont pas, par traité, échangé ce droit contre autre chose. Essentiellement, ce n'est pas le droit de faire du commerce, mais le droit de continuer d'utiliser la ressource de la manière traditionnelle, afin de pourvoir aux besoins traditionnels, quoique sous leur forme moderne. Toutefois, si les autochtones démontrent que le commerce est la seule manière d'utiliser la ressource de façon à leur permettre de se procurer l'équivalent moderne de ce qu'ils ont traditionnellement tiré de celle-ci, il s'ensuit qu'ils devraient être autorisés à faire le commerce de cette ressource dans la mesure nécessaire pour obtenir des biens et des commodités de remplacement. Dans ce contexte, le commerce n'est rien d'autre que la méthode ou la pratique par laquelle est exercé le droit plus fondamental qui consiste à tirer sa subsistance de la ressource.

278

The right to trade the products of the land and adjacent waters for other goods is not unlimited. The right stands as a continuation of the aboriginal people's historical reliance on the resource. There is therefore no justification for extending it beyond what is required to provide the people with reasonable substitutes for what it traditionally obtained from the resource. In most cases, one would expect the aboriginal right to trade to be confined to what is necessary to provide basic housing, transportation, clothing and amenities — the modern equivalent of what the aboriginal people in question formerly took from the land or the fishery, over and above what was required for food and ceremonial purposes. Beyond this, aboriginal fishers have no priority over non-aboriginal commercial or sport fishers. On this principle, where the aboriginal people can demonstrate that they historically have drawn a moderate livelihood from the fishery, the aboriginal right to a "moderate livelihood" from the fishery may be established (as Lambert J.A. concluded in the British Columbia

Le droit d'échanger les produits du territoire et des eaux y adjacentes contre d'autres biens n'est pas illimité. Ce droit est la poursuite de l'exploitation historique de la ressource par les autochtones visés. Il n'y a donc rien qui justifie d'élargir le droit au-delà de ce qui est nécessaire pour permettre aux autochtones de se procurer des biens de remplacement raisonnables à la place de ceux qu'ils ont traditionnellement obtenus pour la ressource. Dans la plupart des cas, il est permis de penser que le droit ancestral de commercer se limite à ce qui est nécessaire pour pourvoir aux besoins de base en matière de logement, de transport, d'habillement et de commodités de la vie — l'équivalent moderne de ce que les autochtones en question tiraient dans le passé du territoire ou de la pêche, en sus de leurs besoins alimentaires et rituels. Au-delà de ces besoins, les pêcheurs autochtones n'ont aucun droit de priorité sur les non-autochtones qui pratiquent la pêche commerciale ou sportive. Suivant ce principe, si les autochtones peuvent démontrer qu'ils ont histori-

279

1996 CanLII 216 (SCC)

Court of Appeal). However, there is no automatic entitlement to a moderate or any other livelihood from a particular resource. The inquiry into what aboriginal rights a particular people possess is an inquiry of fact, as we have seen. The right is established only to the extent that the aboriginal group in question can establish historical reliance on the resource. For example, evidence that a people used a water resource only for occasional food and sport fishing would not support a right to fish for purposes of sale, much less to fish to the extent needed to provide a moderate livelihood. There is, on this view, no generic right of commercial fishing, large-scale or small. There is only the right of a particular aboriginal people to take from the resource the modern equivalent of what by aboriginal law and custom it historically took. This conclusion echos the suggestion in *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294, approved by Dickson C.J. and La Forest J. in *Sparrow*, of a "limited" aboriginal priority to commercial fishing.

280 A further limitation is that all aboriginal rights to the land or adjacent waters are subject to limitation on the ground of conservation. These aboriginal rights are founded on the right of the people to use the land and adjacent waters. There can be no use, on the long term, unless the product of the lands and adjacent waters is maintained. So maintenance of the land and the waters comes first. To this may be added a related limitation. Any right, aboriginal or other, by its very nature carries with it the obligation to use it responsibly. It cannot be used, for example, in a way which harms people, aboriginal or non-aboriginal. It is up to the Crown to establish a regulatory regime which respects these objectives. In the analytic framework usually

quement tiré une subsistance convenable de la pêche, il est alors possible d'établir l'existence d'un droit ancestral de tirer une «subsistance convenable» de la pêche (comme l'a conclu le juge Lambert de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique). Cependant, il n'existe pas automatiquement de droit de tirer une subsistance convenable ou autre d'une ressource particulière. Comme nous l'avons vu, l'examen de la nature des droits ancestraux que possède un peuple donné porte sur les faits. L'existence du droit n'est établi que dans la mesure où le peuple autochtone en cause peut démontrer qu'il a traditionnellement exploité la ressource. Par exemple, la preuve qu'un peuple utilisait des eaux seulement à seules fins d'y pêcher occasionnellement à des fins alimentaires et sportives n'appuierait pas l'existence du droit de pêcher en vue de vendre du poisson, et encore moins de pêcher dans la mesure requise pour s'assurer une subsistance convenable. À mon avis, il n'existe pas de droit général de pêche commerciale, à quelque échelle que ce soit. Le seul droit qui existe est celui que possède un peuple autochtone particulier de tirer de la ressource l'équivalent moderne de ce qu'il en a historiquement tiré suivant les lois et coutumes autochtones. Cette conclusion reprend l'opinion qui a été émise dans *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294, et approuvée par le juge en chef Dickson et le juge La Forest dans *Sparrow*, et suivant laquelle les autochtones jouissant d'une priorité «restreinte» en matière de pêche commerciale.

Une autre limite est que tous les droits ancestraux sur les terres et les eaux y adjacentes sont assujettis aux restrictions imposées pour des fins de conservation. Ces droits ancestraux sont fondés sur le droit des autochtones concernés d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes. À long terme cette utilisation est impossible à moins de protéger les produits tirés des terres et des eaux adjacentes à celles-ci. La protection des terres et des eaux vient donc au premier rang. À tout cela, s'ajoute une limite connexe. En effet, tout droit — ancestral ou autre — emporte de par sa nature même l'obligation de l'utiliser de façon responsable. Par exemple, il ne peut être utilisé d'une manière préjudiciable à autrui, qu'il s'agisse ou non d'autoch-

1996 CanLII 216 (SCC)

used in cases such as this, the right of the government to limit the aboriginal fishery on grounds such as these is treated as a matter of justifying a limit on a "*prima facie*" aboriginal right. Following this framework, I will deal with it in greater detail under the heading of justification.

(xi) Is an Aboriginal Right to Sell Fish for Commerce Established in this Case?

I have concluded that subject to conservation needs, aboriginal peoples may possess a constitutional right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, to use a resource such as a river site beside which they have traditionally lived to provide the modern equivalent of the amenities which they traditionally have obtained from the resource, whether directly or indirectly, through trade. The question is whether, on the evidence, Mrs. Van der Peet has established that the Sto:lo possessed such a right.

The evidence establishes that by custom of the aboriginal people of British Columbia, the Sto:lo have lived since time immemorial at the place of their present settlement on the banks of the Fraser River. It also establishes that as a fishing people, they have for centuries used the fish from that river to sustain themselves. One may assume that the forest and vegetation on the land provided some of their shelter and clothing. However, their history indicates that even in days prior to European contact, the Sto:lo relied on fish, not only for food and ceremonial purposes, but also for the purposes of obtaining other goods through trade. Prior to contact with Europeans, this trade took place with other tribes; after contact, sales on a larger scale were made to the Hudson's Bay Company, a practice which continued for almost a century. In summary, the evidence conclusively establishes that over many centuries, the Sto:lo have used the fishery not only for food and ceremonial purposes, but

tones. Il incombe à l'État d'établir un régime de réglementation qui respecte ces objectifs. Conformément au cadre d'analyse habituellement appliqué dans les cas comme celui qui nous occupe, le droit de l'État de restreindre la pêche autochtone pour des motifs de cet ordre soulève la question de la justification des limites apportées à un droit ancestral dont l'existence a été établie à première vue. Appliquant ce cadre, je vais étudier ce point plus en détail lorsque je traiterai de la justification.

(xi) L'existence d'un droit ancestral de vendre du poisson commercialement a-t-elle été établie en l'espèce?

J'ai conclu que, sous réserve des besoins de conservation, il est possible que des peuples autochtones possèdent, en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le droit constitutionnel d'utiliser une ressource tel un secteur dans une rivière au bord de laquelle ils ont traditionnellement vécu, pour en tirer l'équivalent moderne des commodités de la vie qu'ils ont traditionnellement obtenues au moyen de cette ressource, directement ou indirectement, par voie d'échange. Il s'agit de décider si, d'après la preuve, M^me^ Van der Peet a établi que les Sto:lo possèdent un tel droit.

La preuve établit que, selon la coutume des autochtones de la Colombie-Britannique, les Sto:lo vivent depuis des temps immémoriaux au lieu de leur établissement actuel sur les berges du fleuve Fraser. La preuve démontre également que, en tant que pêcheurs, ils utilisent depuis des siècles le poisson de ce fleuve pour assurer leur subsistance. Il est permis de supposer qu'ils ont tiré des forêts et de la végétation une partie des choses nécessaires pour se loger et se vêtir. Toutefois, leur histoire indique que, même avant l'arrivée des Européens, les Sto:lo exploitaient le poisson non seulement à des fins alimentaires et rituelles, mais également pour obtenir d'autres biens par voie d'échange. Avant le contact avec les Européens, ces échanges avaient lieu avec d'autres tribus. Après le contact, des ventes à une plus grande échelle ont été faites à la Compagnie de la Baie d'Hudson, pratique qui s'est poursuivie pendant presque un siècle. En résumé, la preuve établit

1996 CanLII 216 (SCC)

281

282

also to satisfy a variety of other needs. Unless that right has been extinguished, and subject always to conservation requirements, they are entitled to continue to use the river for these purposes. To the extent that trade is required to achieve this end, it falls within that right.

283 I agree with L'Heureux-Dubé J. that the scale of fishing evidenced by the case at bar falls well within the limit of the traditional fishery and the moderate livelihood it provided to the Sto:lo.

284 For these reasons I conclude that Mrs. Van der Peet's sale of the fish can be defended as an exercise of her aboriginal right, unless that right has been extinguished.

B. *Is the Aboriginal Right Extinguished?*

285 The Crown has never concluded a treaty with the Sto:lo extinguishing its aboriginal right to fish. However, it argues that any right the Sto:lo people possess to fish commercially was extinguished prior to 1982 through regulations limiting commercial fishing by licence. The appellant, for her part, argues that general regulations controlling the fishery do not evidence the intent necessary to establish extinguishment of an aboriginal right.

286 For legislation or regulation to extinguish an aboriginal right, the intention to extinguish must be "clear and plain": *Sparrow*, *supra*, at p. 1099. The Canadian test for extinguishment of aboriginal rights borrows from the American test, enunciated in *United States v. Dion*, 476 U.S. 734 (1986), at pp. 739-40: "[w]hat is essential [to satisfy the "clear and plain" test] is clear evidence that [the government] actually considered the conflict between its intended action on the one hand and Indian treaty rights on the other, and chose to resolve that conflict by abrogating the treaty" or right.

décisivement que, pendant des siècles, les Sto:lo ont pêché non seulement à des fins alimentaires et rituelles, mais aussi pour satisfaire divers autres besoins. À moins que ce droit ait été éteint, et sous réserve toujours des exigences en matière de conservation, les Sto:lo ont le droit de continuer d'exploiter le fleuve à ces fins. Dans la mesure où le commerce est nécessaire pour réaliser cet objectif, il fait partie de ce droit.

Je conviens avec le juge L'Heureux-Dubé que l'ampleur des activités de pêche révélées par la preuve reste bien en deçà des limites de la pêche traditionnelle pratiquée par les Sto:lo et de la subsistance convenable qu'ils en tiraient.

Pour ces motifs, je conclus que la vente du poisson par M^me^ Van der Peet peut être justifiée comme étant l'exercice de son droit ancestral, à moins que ce droit ait été éteint.

B. *Le droit ancestral a-t-il été éteint?*

L'État n'a jamais conclu avec les Sto:lo de traité éteignant leur droit de pêche ancestral. Le ministère public soutient toutefois que tout droit des Sto:lo de pêcher commercialement a été éteint avant 1982 par voie de règlements limitant la pêche commerciale aux activités pratiquées en vertu de permis. Pour sa part, l'appelante affirme que des règlements généraux visant à contrôler la pêche n'attestent pas l'intention nécessaire pour établir l'extinction d'un droit ancestral.

Pour qu'une mesure législative ou réglementaire éteigne un droit ancestral, cette intention doit être «claire et expresse»: *Sparrow*, précité, à la p. 1099. Le critère appliqué au Canada en matière d'extinction des droits ancestraux s'inspire du critère américain énoncé dans l'arrêt *United States c. Dion*, 476 U.S. 734 (1986), aux pp. 739 et 740: [TRADUCTION] «[c]e qui est essentiel [pour satisfaire au critère de l'intention «claire et expresse»], c'est une preuve claire que [l'État] a réellement pris en considération le conflit entre la mesure qu'il entend prendre, d'une part, et les droits issus de traités des Indiens, d'autre part, et qu'il a choisi de résoudre ce conflit en abrogeant le traité» ou le droit.

1996 CanLII 216 (SCC)

Following this approach, this Court in *Sparrow* rejected the Crown's argument that pre-1982 regulations imposing conditions on the exercise of an aboriginal right extinguished it to the extent of the regulation. To accept that argument, it reasoned at p. 1091, would be to elevate such regulations as applied in 1982 to constitutional status and to "incorporate into the Constitution a crazy patchwork of regulations". Rejecting this "snapshot" approach to constitutional rights, the Court distinguished between regulation of the exercise of a right, and extinguishment of the right itself.

In this case, the Crown argues that while the regulatory scheme may not have extinguished the aboriginal right to fish for food (*Sparrow*) it nevertheless extinguished any aboriginal right to fish for sale. It relies in particular on Order in Council, P.C. 2539, of September 11, 1917, which provided:

Whereas it is represented that since time immemorial, it has been the practice of the Indians of British Columbia to catch salmon by means of spears and otherwise after they have reached the upper non-tidal portions of the rivers;

And whereas while after commercial fishing began it became eminently desirable that all salmon that succeeded in reaching the upper waters should be allowed to go on to their spawning beds unmolested, in view of the great importance the Indians attached to their practice of catching salmon they have been permitted to do so for their own food purposes only. . . .

And whereas the Department of the Naval Service is informed that the Indians have concluded that this regulation is ineffective, and this season arrangements are being made by them to carry on fishing for commercial purposes in an extensive way;

And whereas it is considered to be in the public interest that this should be prevented and the Minister of the Naval Service, after consultation with the Department of Justice on the subject, recommends that action as follows be taken;

Appliquant cette approche, notre Cour a, dans *Sparrow*, rejeté l'argument du ministère public que les règlements d'avant 1982 qui assujettissaient l'exercice d'un droit ancestral à certaines conditions avaient eu pour effet d'éteindre ce droit dans la mesure des conditions imposées. Accepter cet argument, a raisonné notre Cour, à la p. 1091, reviendrait à conférer un statut constitutionnel aux règlements applicables en 1982 et à «introduire dans la Constitution un ensemble de règlements disparates». Rejetant l'application de cette approche «ponctuelle» aux droits constitutionnels, notre Cour a établi une distinction entre la réglementation de l'exercice d'un droit et l'extinction du droit lui-même.

En l'espèce, le ministère public prétend que, bien que le régime de réglementation n'ait peut-être pas éteint le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires (*Sparrow*), il a néanmoins éteint tout droit ancestral de pêcher à des fins de vente. Le ministère public se fonde en particulier sur le décret C.P. 2539 du 11 septembre 1917, qui prévoyait ceci:

[TRADUCTION] Attendu qu'on fait valoir que, depuis des temps immémoriaux, les Indiens de la Colombie-Britannique ont pour pratique de capturer le saumon au harpon ou par d'autres moyens après que le poisson a atteint les parties supérieures des eaux sans marée des cours d'eau;

Et attendu que, depuis le début de la pêche commerciale, il est devenu éminemment souhaitable que tous les saumons qui réussissent à remonter dans ces eaux puissent atteindre indemnes les frayères, vu la grande importance que les Indiens attachent à cette pratique, il leur a été permis de le faire pour se nourrir seulement . . .

Et attendu que le ministère du Service naval a été informé que les Indiens ont conclu que le présent règlement est inefficace, et que, cette saison, ils font des préparatifs en vue de pêcher à des fins commerciales sur une grande échelle;

Et attendu qu'il est jugé être dans l'intérêt public d'empêcher ces activités, et que le ministère du Service naval, après avoir consulté le ministère de la Justice à cet égard, recommande que soient prises les mesures suivantes;

1996 CanLII 216 (SCC)

Therefore His Excellency the Governor General in Council, under the authority of section 45 of the Fisheries Act, 4-5 George V, Chapter 8, is pleased to order and it is hereby ordered as follows: —

2. An Indian may, at any time, with the permission of the Chief Inspector of Fisheries, catch fish to be used as food for himself and his family, but for no other purpose . . . .

289 The argument that Regulation 2539 extinguished any aboriginal right to fish commercial faces two difficulties. The first is the absence of any indication that the government of the day considered the aboriginal right on the one hand, and the effect of its proposed action on that right on the other, as required by the "clear and plain" test. There is no recognition in the words of the regulation of any aboriginal right to fish. They acknowledge no more than an aboriginal "practice" of fishing for food. The regulation takes note of the aboriginal position that the regulations confining them to food fishing are "ineffective". However, it does not accept that position. It rather rejects it and affirms that free fishing by natives for sale will not be permitted. This does not meet the test for regulatory extinction of aboriginal rights which requires: acknowledgment of right, conflict of the right proposed with policy, and resolution of the two.

290 The second difficulty the Crown's argument encounters is that the passage quoted does not present a full picture of the regulatory scheme imposed. To determine the intent of Parliament, one must consider the statute as a whole: *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994). Similarly, to determine the intent of the Governor in Council making a regulation, one must look to the effect of a regulatory scheme as a whole.

291 The effect of Regulation 2539 was that Indians were no longer permitted to sell fish caught pursuant to their right to fish for food. However, Regu-

À ces causes, il plaît à Son Excellence le Gouverneur général en conseil, sous l'empire de l'article 45 de la *Loi des pêcheries*, 4-5 George V, chapitre 8, de décréter ce qui suit:

2. Les Indiens avec la permission de l'inspecteur en chef des pêcheries, peuvent en tout temps capturer du poisson destiné à leur alimentation et à celle de leur famille, mais il leur est défendu de faire servir à d'autres fins, le poisson ainsi capturé . . .

L'argument que le règlement 2539 a éteint tout droit ancestral de pêche commerciale se heurte à deux difficultés. La première est l'absence de toute indication que le gouvernement d'alors a, comme l'exige le critère de l'intention «claire et expresse», pris en considération le droit ancestral, d'une part, et l'effet sur ce droit de la mesure qu'il se proposait de prendre, d'autre part. Le texte du règlement ne reconnaît d'aucune façon l'existence de quelque droit de pêche ancestral. On y reconnaît tout au plus l'existence d'une «pratique» des autochtones de pêcher à des fins alimentaires. Le règlement constate la position des autochtones que le règlement qui ne les autorise qu'à pêcher pour se nourrir est «inefficace». Toutefois, cette position n'est pas acceptée, mais au contraire rejetée, et on déclare que les autochtones ne seront pas libres de pêcher dans le but de vendre du poisson. Cela ne satisfait pas au critère de l'extinction des droits ancestraux par voie de réglementation, critère qui comprend trois éléments: la reconnaissance de l'existence du droit; un conflit entre le droit et la politique proposée; la résolution du conflit.

La seconde difficulté à laquelle se bute l'argument du ministère public est que le passage cité ne présente pas un tableau complet du régime de réglementation imposé. Pour dégager l'intention du législateur fédéral, il faut examiner une loi dans son ensemble: *Driedger on the Construction of Statutes* (3e éd. 1994). De même, pour établir quelle était l'intention du gouverneur en conseil lorsqu'il a pris un règlement, il faut tenir compte de l'effet de l'ensemble du régime de réglementation.

L'effet du règlement 2539 était que les Indiens n'étaient désormais plus autorisés à vendre le poisson pris en vertu de leur droit de pêcher à des fins

1996 CanLII 216 (SCC)

lation 2539 was only a small part of a much larger regulatory scheme, dating back to 1908, in which aboriginal peoples played a significant part. While the 1917 regulation prohibits aboriginal peoples from selling fish obtained under their food rights, it did not prevent them from obtaining licences to fish commercially under the general regulatory scheme laid down in 1908 and modified through the years. In this way, the regulations recognized the aboriginal right to participate in the commercial fishery. Instead of barring aboriginal fishers from the commercial fishery, government regulations and policy before and after 1917 have consistently given them preferences in obtaining the necessary commercial licences. Far from extinguishing the aboriginal right to fish, this policy may be seen as tacit acceptance of a "limited priority" in aboriginal fishers to the commercial fishery of which Dickson J. spoke in *Jack* and which was approved in *Sparrow*.

alimentaires. Toutefois, le règlement 2539 n'était qu'une petite partie d'un régime de réglementation beaucoup plus large, datant de 1908 et dans le cadre duquel les peuples autochtones jouaient un rôle important. Même si le règlement de 1917 interdit aux autochtones de vendre du poisson pris en vertu de leur droit de pêcher à des fins alimentaires, il ne les empêche pas d'obtenir des permis de pêche commerciale sous l'empire du régime général établi en 1908 et modifié au fil des ans. Vu sous cet angle, le règlement reconnaissait le droit des autochtones de participer à la pêche commerciale. Au lieu d'interdire la pêche commerciale aux pêcheurs autochtones, la réglementation et la politique gouvernementales, tant avant qu'après 1917, leur ont continuellement accordé des mesures préférentielles en vue de l'obtention des permis de pêche commerciale requis. Il est possible d'affirmer que, loin d'éteindre le droit de pêche ancestral, cette politique peut être considérée comme une acceptation tacite de la [TRADUCTION] «priorité restreinte» des pêcheurs autochtones en matière de pêche commerciale dont a fait état le juge Dickson dans l'arrêt *Jack* et qui a été approuvée dans *Sparrow*.

Evidence of the participation in commercial fishing by aboriginal people prior to the regulations in 1917 in commercial fishing was discussed by Dickson J. in *Jack*, *supra*. That case was concerned with the policy of the Colonialists prior to Confederation. Without repeating the entirety of that discussion here, it is sufficient to note the conclusion reached at p. 311:

> . . . the Colony gave priority to the Indian fishery as an appropriate pursuit for the coastal Indians, primarily for food purposes and, to a lesser extent, for barter purposes with the white residents.

292 La preuve de la participation des autochtones à la pêche commerciale avant la réglementation, en 1917, de la pêche commerciale a été examinée par le juge Dickson dans *Jack*, précité. Cette affaire portait sur la politique des colonialistes avant la Confédération. Sans répéter l'intégralité des propos du juge Dickson, il suffit de citer la conclusion qu'il tire, à la p. 311:

> . . . la colonie accordait la priorité à la pêche par les Indiens des régions côtières parce qu'elle leur permettait d'abord de se nourrir et, à un degré moindre, de faire du troc avec les Blancs.

This limited priority for aboriginal commercial fishing is reflected in the government policy of extending preferences to aboriginals engaged in the fishery. The 1954 Regulations, as amended in 1974, provided for reduced licensing fees for aboriginal fishers. For example, either a gill-net fishing licence that would cost a non-aboriginal fisher $2,000, or a seine fishing licence that would cost a non-native fisher $200, would cost a native

293 Cette priorité restreinte accordée à la pêche commerciale autochtone ressort de la politique de l'État qui consiste à prendre des mesures préférentielles en faveur des autochtones qui participent à cette pêche. Le règlement de 1954, modifié en 1974, fixait des droits de permis réduits pour ces derniers. Par exemple, les permis de pêche au filet maillant et les permis de pêche à la seine qui coûtaient respectivement 2 000 $ et 200 $ aux

1996 CanLII 216 (SCC)

fisher $10. Moreover, the evidence available indicates that there has been significant aboriginal participation in the commercial fishery. Specifically, a review of aboriginal participation in the commercial fishery for 1985 found that 20.5 per cent of the commercial fleet was Indian-owned or Indian-operated and that that segment of the commercial fleet catches 27.7 per cent of the commercial catch. Since the regulatory scheme is cast in terms of individual rights, it has never expressly recognized the right of a particular aboriginal group to a specific portion of the fishery. However, it has done so implicitly by granting aboriginal fishers preferences based on their membership in an aboriginal group.

294 It thus emerges that the regulatory scheme in place since 1908, far from extinguishing the aboriginal right to fish for sale, confirms that right and even suggests recognition of a limited priority in its exercise. I conclude that the aboriginal right of the Sto:lo to fish for sustenance has not been extinguished.

295 The remaining questions are whether the regulation infringes the Sto:lo's aboriginal right to fish for trade to supplement the fish they took for food and ceremonial purposes and, if so, whether that infringement constitutes a justifiable limitation on the right.

2. Is the Aboriginal Right Infringed?

296 The right established, the next inquiry, following *Sparrow*, is whether the regulation constitutes a *prima facie* infringement of the aboriginal right. If it does, the inquiry moves on to the question of whether the *prima facie* infringement is justified.

297 The test for *prima facie* infringement prescribed by *Sparrow* is "whether the legislation in question has the effect of interfering with an existing aboriginal right" (p. 1111). If it has this effect, the *prima facie* infringement is made out. Having set

pêcheurs non autochtones ne coûtaient que 10 $ aux pêcheurs autochtones. De plus, la preuve disponible indique que les autochtones participent de façon importante à la pêche commerciale. De façon plus précise, une étude sur la participation des autochtones à la pêche commerciale en 1985 a révélé que 20,5 pour 100 de la flotte commerciale appartenait à des Indiens ou était exploitée par des Indiens, et que cette partie de la flotte comptait pour 27,7 pour 100 des prises commerciales. Comme le régime de réglementation est établi en fonction des droits individuels, on n'y a jamais reconnu expressément le droit d'un groupe particulier d'autochtones à une part déterminée de la pêche. Toutefois, cette reconnaissance découle implicitement des mesures préférentielles accordées aux pêcheurs autochtones du fait de leur appartenance à un groupe autochtone.

Il s'ensuit donc que, loin d'avoir éteint le droit ancestral de pêcher à des fins de vente, le régime de réglementation en place depuis 1908 confirme ce droit et tend même à reconnaître une priorité restreinte à l'exercice de ce droit. Je conclus que le droit ancestral des Sto:lo de pêcher à des fins de subsistance n'a pas été éteint.

Les questions qu'il reste à trancher sont celles de savoir si la disposition réglementaire en cause porte atteinte au droit ancestral des Sto:lo de prendre, à des fins de vente, du poisson en sus de celui qu'ils prenaient à des fins alimentaires et rituelles, et, dans l'affirmative, si cette atteinte constitue une limitation justifiable de ce droit.

2. Y a-t-il atteinte au droit ancestral?

Une fois l'existence du droit établie, l'étape suivante de l'examen prévu par l'arrêt *Sparrow* consiste à déterminer si le règlement constitue une atteinte à première vue au droit ancestral. Dans l'affirmative, il faut ensuite se demander si l'atteinte à première vue est justifiée.

Le critère de l'atteinte à première vue, prescrit par l'arrêt *Sparrow*, consiste à déterminer «si la loi en question a pour effet de porter atteinte à un droit ancestral existant» (p. 1111). Si oui, l'atteinte à première vue est établie. Après avoir énoncé ce

1996 CanLII 216 (SCC)

out this test, Dickson C.J. and La Forest J. supplement it by stating that the court should consider whether the limit is unreasonable, whether it imposes undue hardship, and whether it denies to the holders of the right their "preferred means of exercising that right" (p. 1112). These questions appear more relevant to the stage two justification analysis than to determining the *prima facie* right; as the Chief Justice notes in *Gladstone* (at para. 43), they seem to contradict the primary assertion that a measure which has the effect of interfering with the aboriginal right constitutes a *prima facie* violation. In any event, I agree with the Chief Justice that a negative answer to the supplementary questions does not negate a *prima facie* infringement.

The question is whether the regulatory scheme under which Mrs. Van der Peet stands charged has the "effect" of "interfering with an existing aboriginal right", in this case the right of the Sto:lo to sell fish to the extent required to provide for needs they traditionally by native law and custom took from the section of the river whose banks they occupied. The inquiry into infringement in a case like this may be viewed in two stages. At the first stage, the person charged must show that he or she had a *prima facie* right to do what he or she did. That established, it falls to the Crown to show that the regulatory scheme meets the particular entitlement of the Sto:lo to fish for sustenance.

The first requirement is satisfied in this case by demonstration of the aboriginal right to sell fish prohibited by regulation. The second requirement, however, has not been satisfied. Notwithstanding the evidence that aboriginal fishers as a class enjoy a significant portion of the legal commercial market and that considerable fish caught as "food fish" is illegally sold, the Crown has not established that the existing regulations satisfy the particular right of the Sto:lo to fish commercially for sustenance.

critère, le juge en chef Dickson et le juge La Forest le complètent en déclarant que le tribunal doit se demander si la restriction est déraisonnable, si elle est indûment rigoureuse et si elle refuse aux titulaires du droit le recours à «leur moyen préféré de l'exercer» (p. 1112). Or, ces questions semblent plus pertinentes pour la seconde étape de l'analyse, celle de la justification, que pour l'établissement du droit à première vue. Comme le souligne le Juge en chef dans l'arrêt *Gladstone* (au par. 43), ces questions semblent contredire l'assertion de départ selon laquelle une mesure qui a pour effet de porter atteinte au droit ancestral constitue une violation à première vue. Quoi qu'il en soit, je conviens avec le Juge en chef qu'une réponse négative aux questions supplémentaires n'exclut pas de l'existence d'une atteinte à première vue.

298 La question qui se pose en l'espèce est de savoir si le régime de réglementation en vertu duquel M^me^ Van der Peet est accusée a «pour effet» de «porter atteinte à un droit ancestral existant», en l'occurrence le droit des Sto:lo de vendre du poisson dans la mesure nécessaire pour pourvoir aux besoins qu'ils ont traditionnellement satisfaits en exploitant, conformément aux lois et coutumes autochtones, le secteur du fleuve dont ils occupaient les berges. Dans un cas comme la présente espèce, l'examen de la question de l'atteinte peut être considéré comme comportant deux étapes. Au cours de la première étape, la personne accusée doit établir qu'elle avait, à première vue, le droit de faire ce qu'elle a fait. Une fois ce droit établi, il incombe alors au ministère public de prouver que le régime de réglementation respecte le droit particulier des Sto:lo de pêcher à des fins de subsistance.

299 En l'espèce, la première condition est remplie par la preuve de l'existence du droit ancestral de vendre du poisson qui est interdit par le règlement. Toutefois, la deuxième condition n'est pas remplie. En effet, malgré la preuve que les pêcheurs autochtones jouissent, collectivement, d'une part importante du marché commercial légal et qu'une quantité considérable de poisson pris «à des fins alimentaires» est vendue illégalement, le ministère public n'a pas établi que la réglementation exis-

1996 CanLII 216 (SCC)

The issue is not the quantity of fish currently caught, which may or may not satisfy the band's sustenance requirements. The point is rather that the Crown, by denying the Sto:lo the right to sell any quantity of fish, denies their limited aboriginal right to sell fish for sustenance. The conclusion of *prima facie* infringement of the collective aboriginal right necessarily follows.

300 The Crown argued that regulation of a fishery to meet the sustenance needs of a particular aboriginal people is administratively unworkable. The appellant responded with evidence of effective regulation in the State of Washington of aboriginal treaty rights to sustenance fishing. I conclude that the sustenance standard is not so inherently indeterminate that it cannot be regulated. It is for the Crown, charged with administering the resource, to determine effective means to regulate its lawful use. The fact that current regulations fail to do so confirms the infringement, rather than providing a defence to it.

3. Is the Government's Limitation of Mrs. Van der Peet's Right to Fish for Sustenance Justified?

301 Having concluded that the Sto:lo possess a limited right to engage in fishing for commerce and that the regulation constitutes a *prima facie* infringement of this right, it remains to consider whether the infringement is justified. The inquiry into justification is in effect an inquiry into the extent the state can limit the exercise of the right on the ground of policy.

302 Just as I parted company with the Chief Justice on the issue of what constitutes an aboriginal right, so I must respectfully dissent from his view of what constitutes justification. Having defined the right at issue in such a way that it possesses no

tante respecte le droit particulier des Sto:lo de pêcher commercialement à des fins de subsistance. Le litige ne porte pas sur la quantité de poisson qui est prise présentement, quantité qui peut ou non satisfaire les besoins de la bande pour assurer sa subsistance. Il s'agit plutôt de savoir si, en niant aux Sto:lo le droit de vendre toute quantité de poisson, l'État les prive de leur droit ancestral restreint de vendre du poisson à des fins de subsistance. D'où la conclusion inéluctable qu'il y a atteinte à première vue au droit ancestral collectif.

Le ministère public a fait valoir qu'il est administrativement impossible de réglementer une pêche de manière à respecter les besoins d'un peuple autochtone particulier à des fins de subsistance. L'appelante a répliqué en présentant des éléments de preuve indiquant que, dans l'État de Washington, on réglemente de façon efficace les droits issus de traités des autochtones de pêcher à des fins de subsistance. J'en conclus que la norme des besoins en matière de subsistance n'est pas si intrinsèquement indéterminée qu'elle ne peut être réglementée. Il appartient à l'État, qui est chargé de la gestion de la ressource, de mettre en œuvre des moyens efficaces d'en réglementer l'utilisation légale. Le fait que la réglementation actuelle soit déficiente à cet égard confirme l'atteinte, au lieu de la justifier.

3. La restriction par l'État du droit de M^me^ Van der Peet de pêcher à des fins de subsistance est-elle justifiée?

Après avoir conclu que les Sto:lo possèdent un droit restreint de pêcher à des fins commerciales et que le règlement constitue une atteinte à première vue à ce droit, il reste à se demander si cette atteinte est justifiée. L'examen de la question de la justification revient en fait à se demander dans quelle mesure l'État peut, pour des considérations de politique générale, restreindre l'exercice du droit.

Tout comme je me suis dissociée des propos du Juge en chef sur la question de savoir ce qui constitue un droit ancestral, je dois également, en toute déférence, exprimer ma dissidence à l'égard de son opinion sur ce qui constitue une justification.

1996 CanLII 216 (SCC)

internal limits, the Chief Justice compensates by adopting a large view of justification which cuts back the right on the ground that this is required for reconciliation and social harmony: *Gladstone*, at paras. 73 to 75. I would respectfully decline to adopt this concept of justification for three reasons. First, it runs counter to the authorities, as I understand them. Second, it is indeterminate and ultimately more political than legal. Finally, if the right is more circumspectly defined, as I propose, this expansive definition of justification is not required. I will elaborate on each of these difficulties in turn, arguing that they suggest a more limited view of justification: that the Crown may prohibit exploitation of the resource that is incompatible with its continued and responsible use.

Ayant défini le droit en cause de telle manière que celui-ci ne comporte aucune limite intrinsèque, le Juge en chef compense en adoptant une conception large de la justification, qui ampute le droit pour le motif que cela est nécessaire à des fins de réconciliation et d'harmonie sociales: *Gladstone*, aux par. 73 à 75. En toute déférence, je refuse d'adopter cette conception de la justification, et ce pour trois raisons. Premièrement, elle est, à mon sens, contraire à la jurisprudence. Deuxièmement, elle est indéterminée et, en dernière analyse, elle est plus politique que juridique. Enfin, si le droit est délimité avec plus de circonspection, comme je le propose, cette définition élargie de la justification n'est pas nécessaire. Je vais expliciter chacune de ces difficultés, en faisant valoir qu'elles suggèrent une conception plus limitée de la justification, savoir qu'il est loisible à l'État d'interdire l'exploitation de la ressource qui est incompatible avec son utilisation continue et responsable.

1996 CanLII 216 (SCC)

I turn first to the authorities. The doctrine of justification was elaborated in *Sparrow*. Dickson C.J. and La Forest J. endorsed a two-part test. First, the Crown must establish that the law or regulation at issue was enacted for a "compelling and substantial" (p. 1113) purpose. Conserving the resource was cited as such a purpose. Also valid, "would be objectives purporting to prevent the exercise of s. 35(1) rights that would cause harm to the general populace or to aboriginal peoples themselves" (p. 1113). Second, the government must show that the law or regulation is consistent with the fiduciary duty of the Crown toward aboriginal peoples. This means, Dickson C.J. and La Forest J. held, that the Crown must demonstrate that it has given the aboriginal fishery priority in a manner consistent with the views of Dickson J. (as he then was) in *Jack*: absolute priority to the Crown to act in accordance with conservation; clear priority to Indian food fishing; and "limited priority" for aboriginal commercial fishing "over the competing

Je vais d'abord examiner la jurisprudence. La doctrine de la justification a été élaborée dans l'arrêt *Sparrow*. Le juge en chef Dickson et le juge La Forest y ont approuvé un critère à deux volets. Premièrement, le ministère public doit établir que la loi ou le règlement en cause vise un objectif «impérieux et réel» (p. 1113). La conservation de la ressource a été mentionnée comme étant un objectif de cette nature. Seraient également valides des objectifs «visant apparemment à empêcher l'exercice de droits visés au par. 35(1) lorsque cet exercice nuirait à l'ensemble de la population ou aux peuples autochtones eux-mêmes» (p. 1113). Deuxièmement, le ministère public doit démontrer que la loi ou le règlement est compatible avec l'obligation de fiduciaire qu'assume l'État envers les peuples autochtones. Cela signifie, de conclure le juge en chef Dickson et le juge La Forest, que l'État doit prouver qu'il a donné priorité à la pêche autochtone d'une manière compatible avec l'opinion formulée par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Jack*: priorité absolue à l'État pour agir en conformité avec des objectifs de conservation; priorité manifeste à la pêche pratiquée par les Indiens à des fins alimentaires; et «priorité restreinte» à la pêche commerciale autochtone

303

demands of commercial and sport fishing" (p. 311).

304 The Chief Justice interprets the first requirement of the *Sparrow* test for justification, a compelling and substantial purpose, as extending to any goal which can be justified for the good of the community as a whole, aboriginal and non-aboriginal. This suggests that once conservation needs are met, the inquiry is whether the government objective is justifiable, having regard to regional interests and the interests of non-aboriginal fishers. The Chief Justice writes in *Gladstone* (at para. 75):

> . . . I would suggest that with regards to the distribution of the fisheries resource after conservation goals have been met, objectives such as the pursuit of economic and regional fairness, and the recognition of the historical reliance upon, and participation in, the fishery by non-aboriginal groups, are the type of objectives which can (at least in the right circumstances) satisfy this standard. [Emphasis added.]

305 Leaving aside the undefined limit of "proper circumstances", the historical reliance of the participation of non-aboriginal fishers in the fishery seems quite different from the compelling and substantial objectives this Court described in *Sparrow* — conservation of the resource, prevention of harm to the population, or prevention of harm to the aboriginal people themselves. These are indeed compelling objectives, relating to the fundamental conditions of the responsible exercise of the right. As such, it may safely be said that right-thinking persons would agree that these limits may properly be applied to the exercise of even constitutionally entrenched rights. Conservation, for example, is the condition upon which the right to use the resource is itself based; without conservation, there can be no right. The prevention of harm to others is equally compelling. No one can be permitted to exercise rights in a way that will harm others. For example, in the domain of property, the common law has long provided remedies against those who

«[sur les besoins de] la pêche commerciale et sportive» (p. 311).

Le Juge en chef estime que la première exigence du critère de justification établi dans *Sparrow*, savoir l'existence d'un objectif impérieux et réel, vise tout objectif qui peut être justifié comme étant pour le bien de l'ensemble de la collectivité, autochtone et non autochtone. Cela donne à penser que, une fois les besoins en matière de conservation assurés, l'examen vise à déterminer si l'objectif gouvernemental est justifiable, eu égard aux intérêts régionaux et à ceux des pêcheurs non autochtones. Le Juge en chef écrit ceci, dans l'arrêt *Gladstone* (au par. 75):

> . . . je dirais qu'en ce qui concerne la répartition de ressources halieutiques données, une fois que les objectifs de conservation ont été respectés, des objectifs tels que la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur ces ressources et participent à leur exploitation, sont le genre d'objectifs susceptibles (du moins dans les circonstances appropriées) de satisfaire à cette norme. [Je souligne.]

Indépendamment des contours indéfinis de la notion de «circonstances appropriées», la reconnaissance du fait que, historiquement, des pêcheurs non autochtones ont compté sur cette pêcherie et ont participé à son exploitation semble assez différent des objectifs impérieux et réels mentionnés par notre Cour dans *Sparrow* — conservation de la ressource ou prévention des activités nuisibles à l'ensemble de la population ou aux autochtones eux-mêmes. Voilà effectivement des objectifs impérieux, se rapportant aux conditions fondamentales de l'exercice responsable du droit en question. En conséquence, on peut sans crainte affirmer que toute personne sensée conviendrait que ces limites peuvent à juste titre s'appliquer même à l'exercice de droits inscrits dans la Constitution. La conservation, par exemple, est la condition sur laquelle repose le droit même d'exploiter la ressource, car sans conservation, point de droit. La prévention des activités nuisibles a également un caractère impérieux. En effet, nul ne peut être autorisé à exercer des droits d'une manière qui nuise à autrui. Ainsi, en droit des biens, la com-

1996 CanLII 216 (SCC)

pollute streams or use their land in ways that detrimentally affect others.

Viewed thus, the compelling objectives foreseen in *Sparrow* may be seen as united by a common characteristic; they constitute the essential pre-conditions of any civilized exercise of the right. It may be that future cases may endorse limitation of aboriginal rights on other bases. For the purposes of this case, however, it may be ventured that the range of permitted limitation of an established aboriginal right is confined to the exercise of the right rather than the diminution, extinguishment or transfer of the right to others. What are permitted are limitations of the sort that any property owner or right holder would reasonably expect — the sort of limitations which must be imposed in a civilized society if the resource is to be used now and in the future. They do not negate the right, but rather limit its exercise. The extension of the concept of compelling objective to matters like economic and regional fairness and the interests of non-aboriginal fishers, by contrast, would negate the very aboriginal right to fish itself, on the ground that this is required for the reconciliation of aboriginal rights and other interests and the consequent good of the community as a whole. This is not limitation required for the responsible exercise of the right, but rather limitation on the basis of the economic demands of non-aboriginals. It is limitation of a different order than the conservation, harm prevention type of limitation sanctioned in *Sparrow*.

The Chief Justice, while purporting to apply the *Sparrow* test for justification, deviates from its second requirement as well as the first, in my respectful view. Here the stipulations are that the limitation be consistent with the Crown's fiduciary duty to the aboriginal people and that it reflect the priority set out by Dickson J. in *Jack*. The duty of a

mon law reconnaît depuis longtemps des recours contre ceux qui polluent un cours d'eau ou exploitent leurs biens-fonds d'une manière nuisible à autrui.

306 Vus sous cet angle, les objectifs impérieux envisagés dans *Sparrow* peuvent être considérés comme possédant tous une caractéristique commune: ils constituent des préalables essentiels à tout exercice civilisé du droit en question. Il est possible que, dans des instances futures, des limites imposées à des droits ancestraux soient acceptées sur d'autres fondements. Toutefois, aux fins de la présente espèce, on peut dire que les différentes limites qui peuvent être imposées à un droit ancestral établi concernent l'exercice de ce droit et non sa dilution, son extinction ou son transfert à autrui. Sont permises les limites du genre de celles auxquelles tout propriétaire foncier ou titulaire d'un droit s'attendrait raisonnablement d'être assujetti — savoir le type de limites qui doivent être imposées dans une société civilisée pour assurer l'exploitation présente et future de la ressource. Ces limites n'ont pas pour effet de dénier le droit, mais plutôt de restreindre son exercice. En revanche, le fait d'élargir la notion d'objectif impérieux à des considérations telles que l'équité sur les plans économique et régional et les intérêts des pêcheurs non autochtones aurait pour effet de dénier le droit de pêche ancestral lui-même, pour le motif qu'une telle mesure est nécessaire pour concilier les droits ancestraux et d'autres intérêts, et ainsi assurer le bien de l'ensemble de la collectivité. Ce ne sont pas là des limites nécessaires à l'exercice responsable du droit en cause, mais plutôt de limites fondées sur les exigences économiques des non-autochtones. Il ne s'agit pas de limites du même ordre que la conservation des ressources ou la prévention des activités nuisibles, objectifs qui ont été approuvés dans *Sparrow*.

307 En toute déférence, même s'il se propose d'appliquer le critère de justification établi dans *Sparrow*, le Juge en chef s'écarte de la seconde exigence de ce critère tout comme de la première. En l'occurrence, cette exigence veut que la limite soit conforme à l'obligation de fiduciaire que l'État assume envers les autochtones et qu'elle tienne

1996 CanLII 216 (SCC)

fiduciary, or trustee, is to protect and conserve the interest of the person whose property is entrusted to him. In the context of aboriginal rights, this requires that the Crown not only preserve the aboriginal people's interest, but also manage it well: *Guerin*. The Chief Justice's test, however, would appear to permit the constitutional aboriginal fishing right to be conveyed by regulation, law or executive act to non-native fishers who have historically fished in the area in the interests of community harmony and reconciliation of aboriginal and non-aboriginal interests. Moreover, the Chief Justice's scheme has the potential to violate the priority scheme for fishing set out in *Jack*. On his test, once conservation is satisfied, a variety of other interests, including the historical participation of non-native fishers, may justify a variety of regulations governing distribution of the resource. The only requirement is that the distribution scheme "take into account" the aboriginal right. Such an approach, I fear, has the potential to violate not only the Crown's fiduciary duty toward native peoples, but also to render meaningless the "limited priority" to the non-commercial fishery endorsed in *Jack* and *Sparrow*.

308 Put another way, the Chief Justice's approach might be seen as treating the guarantee of aboriginal rights under s. 35(1) as if it were a guarantee of individual rights under the *Charter*. The right and its infringement are acknowledged. However, the infringement may be justified if this is in the interest of Canadian society as a whole. In the case of individual rights under the *Charter*, this is appropriate because s. 1 of the *Charter* expressly states that these rights are subject to such "reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". However, in the case of aboriginal rights guaranteed by s. 35(1) of the *Constitutional Act, 1982*, the framers of s. 35(1) deliberately chose not to subordinate the exercise of aboriginal rights to the good of

compte de l'ordre de priorité établi par le juge Dickson dans l'arrêt *Jack*. L'obligation d'un fiduciaire ou administrateur du bien d'autrui est de protéger et de préserver les intérêts de la personne dont les biens lui sont confiés. Dans le contexte des droits ancestraux, cette obligation emporte non seulement que l'État préserve les intérêts des autochtones, mais aussi qu'il les gère bien: *Guerin*. Or le critère du Juge en chef semble permettre que le droit de pêche ancestral reconnu par la Constitution soit accordé, par règlement, loi ou acte de l'exécutif, aux pêcheurs non autochtones qui ont historiquement pêché dans la région visée, au nom de l'harmonie sociale et de la conciliation des intérêts autochtones et non autochtones. Qui plus est, le critère du Juge en chef est susceptible de violer l'ordre de priorité en matière de pêche établi dans *Jack*. D'après le critère du Juge en chef, une fois les besoins de conservation pris en considération, divers autres intérêts, dont la participation historique des pêcheurs non autochtones à l'exploitation de la ressource, peuvent justifier la prise de règlements régissant la répartition de la ressource. La seule exigence est que le mécanisme de répartition «tienne compte» du droit ancestral. Une telle approche, je le crains, est susceptible de violer non seulement l'obligation de fiduciaire de l'État envers les peuples autochtones, mais aussi de priver de toute signification la «priorité restreinte» reconnue à la pêche commerciale dans les arrêts *Jack* et *Sparrow*.

En d'autres termes, l'approche du Juge en chef pourrait être interprétée comme traitant la garantie applicable aux droits ancestraux prévue au par. 35(1) comme s'il s'agissait de la garantie des droits individuels prévue par la *Charte*. Le droit et l'atteinte à celui-ci sont reconnus. Toutefois, l'atteinte peut être justifiée si elle est dans l'intérêt de l'ensemble de la société canadienne. Dans le cas des droits individuels protégés par la *Charte*, cela est approprié étant donné que l'article premier de la *Charte* prévoit expressément que ces droits peuvent être restreints «par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Toutefois, dans le cas des droits ancestraux garantis par le par. 35(1)

1996 CanLII 216 (SCC)

society as a whole. In the absence of an express limitation on the rights guaranteed by s. 35(1), limitations on them under the doctrine of justification must logically and as a matter of constitutional construction be confined, as *Sparrow* suggests, to truly compelling circumstances, like conservation, which is the *sine qua non* of the right, and restrictions like preventing the abuse of the right to the detriment of the native community or the harm of others — in short, to limitations which are essential to its continued use and exploitation. To follow the path suggested by the Chief Justice is, with respect, to read judicially the equivalent of s. 1 into s. 35(1), contrary to the intention of the framers of the Constitution.

de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les rédacteurs ont délibérément choisi de ne pas subordonner l'exercice des droits ancestraux au bien de l'ensemble de la société. En l'absence de limitation expresse des droits garantis par le par. 35(1), les limites qui leur sont imposées en vertu de la doctrine de la justification doivent, logiquement et conformément aux règles d'interprétation constitutionnelle, uniquement viser, comme l'indique l'arrêt *Sparrow*, des circonstances véritablement impérieuses telle la conservation, condition *sine qua non* de l'existence du droit en question, et des restrictions comme la prévention des exercices abusifs du droit nuisibles à la communauté autochtone ou à d'autres — en bref, les restrictions essentielles à l'utilisation et à l'exploitation continues de la ressource visée par le droit. En toute déférence, suivre la voie préconisée par le Juge en chef revient, pour les tribunaux, à considérer que s'applique au par. 35(1) l'équivalent de l'article premier, contrairement à l'intention des rédacteurs de la Constitution.

1996 CanLII 216 (SCC)

A second objection to the approach suggested by the Chief Justice is that it is indeterminate and ultimately may speak more to the politically expedient than to legal entitlement. The imprecision of the proposed test is apparent. "In the right circumstances", themselves undefined, governments may abridge aboriginal rights on the basis of an undetermined variety of considerations. While "account" must be taken of the native interest and the Crown's fiduciary obligation, one is left uncertain as to what degree. At the broadest reach, whatever the government of the day deems necessary in order to reconcile aboriginal and non-aboriginal interests might pass muster. In narrower incarnations, the result will depend on doctrine yet to be determined. Upon challenge in the courts, the focus will predictably be on the social justifiability of the measure rather than the rights guaranteed. Courts may properly be expected, the Chief Justice suggests, not to be overly strict in their review; as under s. 1 of the *Charter*, the courts should not negate the government decision, so long as it represents a "reasonable" resolution of conflicting interests. This, with respect, falls short of the "solid constitutional base upon which subsequent

Une deuxième objection à l'approche préconisée 309
par le Juge en chef est qu'elle est indéterminée et que, en dernière analyse, elle tient davantage de l'expédient politique que de la reconnaissance de droits. L'imprécision du critère proposé est manifeste. «Dans les circonstances appropriées» — circonstances elles-mêmes non définies —, les gouvernements pourraient restreindre des droits ancestraux pour une gamme indéterminée de considérations. Bien qu'il faille «tenir compte» des intérêts des autochtones et de l'obligation de fiduciaire de l'État, l'étendue de cette obligation n'est pas précisée. À la limite, toute mesure que le gouvernement estimerait nécessaire pour concilier les intérêts des autochtones et des non-autochtones pourrait être jugée acceptable. Dans des cas moins extrêmes, le résultat dépendra d'une doctrine qui reste à établir. En cas de contestation judiciaire, il est possible de prévoir que l'examen serait axé sur le caractère socialement justifiable de la mesure plutôt que sur les droits garantis. On peut à juste titre s'attendre, comme le suggère le Juge en chef, à ce que les tribunaux ne se montrent pas trop stricts dans leur examen. Tout comme dans les cas où ils sont appelés à appliquer l'article premier de

negotiations can take place" of which Dickson C.J. and La Forest J. wrote in *Sparrow*, at p. 1105.

la *Charte*, les tribunaux ne devraient pas annuler la décision du gouvernement dans la mesure où elle représente une solution «raisonnable» à un conflit d'intérêts opposés. En toute déférence, cela ne constitue pas le «fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises», dont ont fait état le juge en chef Dickson et le juge La Forest dans l'arrêt *Sparrow*, à la p. 1105.

310 My third observation is that the proposed departure from the principle of justification elaborated in *Sparrow* is unnecessary to provide the "reconciliation" of aboriginal and non-aboriginal interests which is said to require it. The Chief Justice correctly identifies reconciliation between aboriginal and non-aboriginal communities as a goal of fundamental importance. This desire for reconciliation, in many cases long overdue, lay behind the adoption of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. As *Sparrow* recognized, one of the two fundamental purposes of s. 35(1) was the achievement of a just and lasting settlement of aboriginal claims. The Chief Justice also correctly notes that such a settlement must be founded on reconciliation of aboriginal rights with the larger non-aboriginal culture in which they must, of necessity, find their exercise. It is common ground that ". . . a morally and politically defensible conception of aboriginal rights will incorporate both [the] legal perspectives" of the "two vastly dissimilar legal cultures" of European and aboriginal cultures: Walters, *supra*, at pp. 413 and 412, respectively. The question is how this reconciliation of the different legal cultures of aboriginal and non-aboriginal peoples is to be accomplished. More particularly, does the goal of reconciliation of aboriginal and non-aboriginal interests require that we permit the Crown to require a judicially authorized transfer of the aboriginal right to non-aboriginals without the consent of the aboriginal people, without treaty, and without compensation? I cannot think it does.

Ma troisième observation est que la dérogation proposée à la norme de justification établie dans *Sparrow* n'est pas, contrairement à ce qu'on prétend, nécessaire à la «conciliation» des intérêts des autochtones et des non-autochtones. Le Juge en chef a raison de dire que la réconciliation entre les communautés autochtones et non autochtones est un objectif d'une importance fondamentale. Ce désir de réconciliation qui, dans de nombreux cas, tarde depuis trop longtemps a inspiré l'adoption du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme il a été reconnu dans *Sparrow*, l'un des deux objets fondamentaux du par. 35(1) était la réalisation d'un règlement juste et durable des revendications autochtones. Le Juge en chef souligne aussi à juste titre qu'un tel règlement doit reposer sur la conciliation des droits ancestraux avec la culture non autochtone plus large dans laquelle ils doivent, par nécessité, être exercés. Il est bien établi qu' [TRADUCTION] «une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera [les . . .] points de vue [. . .]» de «deux cultures juridiques extrêmement dissemblables», les cultures européenne et autochtone: Walters, *loc. cit.*, aux pp. 413 et 412 respectivement. La question est de savoir comment s'accomplira cette conciliation des cultures juridiques différentes des peuples autochtones et non autochtones. Plus particulièrement, est-ce que l'objectif de conciliation des intérêts des autochtones et des non-autochtones exige que nous permettions à l'État de demander que le droit ancestral soit transféré à des non-autochtones, avec l'aval des tribunaux, sans le consentement des autochtones concernés, sans conclusion d'un traité et sans indemnisation? Je ne peux imaginer que ce soit le cas.

1996 CanLII 216 (SCC)

My reasons are twofold. First, as suggested earlier, if we adopt a conception of aboriginal rights founded in history and the common law rather than what is "integral" to the aboriginal culture, the need to adopt an expansive concept of justification diminishes. As the Chief Justice observes, the need to expand the *Sparrow* test stems from the lack of inherent limits on the aboriginal right to commercial fishing he finds to be established in *Gladstone*. On the historical view I take, the aboriginal right to fish for commerce is limited to supplying what the aboriginal people traditionally took from the fishery. Since these were not generally societies which valued excess or accumulated wealth, the measure will seldom, on the facts, be found to exceed the basics of food, clothing and housing, supplemented by a few amenities. This accords with the "limited priority" for aboriginal commercial fishing that this Court endorsed in *Sparrow*. Beyond this, commercial and sports fishermen may enjoy the resource as they always have, subject to conservation. As suggested in *Sparrow*, the government should establish what is required to meet what the aboriginal people traditionally by law and custom took from the river or sea, through consultation and negotiation with the aboriginal people. In normal years, one would expect this to translate to a relatively small percentage of the total commercial fishing allotment. In the event that conservation concerns virtually eliminated commercial fishing, aboriginal commercial fishing, limited as it is, could itself be further reduced or even eliminated.

Mes raisons sont de deux ordres. Premièrement, 311
si, comme il a été suggéré précédemment, nous adoptons une conception des droits ancestraux fondée sur l'histoire et la common law plutôt que sur la notion de «partie intégrante» de la culture autochtone, le besoin de recourir à un critère élargi de justification diminue. Comme le fait observer le Juge en chef, la nécessité d'élargir le critère établi dans *Sparrow* découle du fait que le droit ancestral de pêche commerciale qu'il a jugé établi dans *Gladstone* ne comporte pas de limites intrinsèques. Or, suivant le point de vue historique que j'adopte, le droit ancestral de pêcher à des fins commerciales ne vise qu'à procurer aux autochtones ce qu'ils ont traditionnellement tiré de l'exploitation de la pêcherie. Comme il ne s'agissait généralement pas de sociétés qui valorisaient l'accumulation de surplus ou de richesses, les besoins à combler dépasseront rarement, dans les faits, les choses essentielles, c'est-à-dire la nourriture, le vêtement et le logement, complétées par quelques commodités de la vie. Cette conclusion est conforme à la «priorité restreinte» reconnue à la pêche commerciale autochtone par notre Cour dans *Sparrow*. Une fois ces priorités respectées, les pêcheurs commerciaux et sportifs peuvent jouir de la ressource comme ils l'ont toujours fait, sous réserve des exigences de conservation. Comme il a été suggéré dans *Sparrow*, l'État devrait établir, par voie de consultations et de négociations, les quantités requises pour procurer aux autochtones concernés ce qu'ils ont traditionnellement tiré de l'exploitation de la rivière, du fleuve ou de la mer conformément à leurs lois et coutumes. Au cours des années normales, on peut s'attendre à ce que cela se traduise par un pourcentage relativement peu élevé des prises totales accordées à la pêche commerciale. Dans l'hypothèse où, pour des besoins de conservation, il faudrait supprimer pratiquement toute pêche commerciale, la pêche commerciale autochtone, déjà restreinte comme elle l'est, pourrait elle-même être réduite davantage, voire supprimée.

On this view, the right imposes its own internal limit — equivalence with what by ancestral law and custom the aboriginal people in question took from the resource. The government may impose

De ce point de vue, le droit comporte sa propre 312
limite intrinsèque, savoir l'équivalent de ce que, conformément aux lois et coutumes ancestrales, les autochtones concernés tiraient de la ressource.

1996 CanLII 216 (SCC)

additional limits under the rubric of justification to ensure that the right is exercised responsibly and in a way that preserves it for future generations. There is no need to impose further limits on it to affect reconciliation between aboriginal and non-aboriginal peoples.

L'État peut, en respectant le critère de justification, imposer des limites additionnelles visant à faire en sorte que le droit soit exercé de façon responsable et de manière à en assurer la jouissance aux générations futures. Il n'est cependant nul besoin de limiter davantage le droit pour permettre la réconciliation des autochtones et des non-autochtones.

313 The second reason why it is unnecessary to adopt the broad doctrine of justification proposed by the Chief Justice is that other means, yet unexploited, exist for resolving the different legal perspectives of aboriginal and non-aboriginal people. In my view, a just calibration of the two perspectives starts from the premise that full value must be accorded to such aboriginal rights as may be established on the facts of the particular case. Only by fully recognizing the aboriginal legal entitlement can the aboriginal legal perspective be satisfied. At this stage of the process — the stage of defining aboriginal rights — the courts have an important role to play. But that is not the end of the matter. The process must go on to consider the non-aboriginal perspective — how the aboriginal right can be legally accommodated within the framework of non-aboriginal law. Traditionally, this has been done through the treaty process, based on the concept of the aboriginal people and the Crown negotiating and concluding a just solution to their divergent interests, given the historical fact that they are irretrievably compelled to live together. At this stage, the stage of reconciliation, the courts play a less important role. It is for the aboriginal peoples and the other peoples of Canada to work out a just accommodation of the recognized aboriginal rights. This process — definition of the rights guaranteed by s. 35(1) followed by negotiated settlements — is the means envisioned in *Sparrow*, as I perceive it, for reconciling the aboriginal and non-aboriginal legal perspectives. It has not as yet been tried in the case of the Sto:lo. A century and one-half after European settlement, the Crown has yet to conclude a treaty with them. Until we have exhausted the traditional means by which aboriginal and non-aboriginal legal perspectives may be reconciled, it seems difficult to assert that it is necessary for the courts to suggest more

La seconde raison pour laquelle il n'est pas nécessaire de recourir au critère élargi de justification proposé par le Juge en chef est qu'il existe d'autres moyens, encore inexploités, de concilier les points de vue juridiques différents des autochtones et des non-autochtones. À mon avis, la recherche d'un juste équilibre entre les deux points de vue part du postulat qu'il faut accorder leur pleine valeur aux droits ancestraux dont les faits d'une espèce particulière établissent l'existence. Ce n'est qu'en reconnaissant pleinement les droits ancestraux des autochtones que leur point de vue juridique pourra être respecté. À cette étape du processus — la définition des droits ancestraux — les tribunaux ont un rôle important à jouer. Mais le processus ne s'arrête pas là. Il doit se poursuivre par la prise en considération du point de vue non autochtone, c'est-à-dire l'examen de la question de savoir comment le droit ancestral en cause peut juridiquement s'inscrire dans le cadre du droit non autochtone. Traditionnellement, cela s'est fait par voie de traité, conclu au terme de négociations entre le peuple autochtone concerné et l'État et visant à trouver une solution équitable à leurs intérêts divergents, compte tenu du fait historique qu'ils sont irrémédiablement tenus de cohabiter. À cette étape, celle de la conciliation, les tribunaux jouent un rôle moins important. En effet, il appartient aux peuples autochtones et aux autres habitants du Canada de trouver un juste compromis à l'égard des droits ancestraux reconnus. Ce processus — c'est-à-dire la définition des droits garantis par le par. 35(1), suivie de règlements négociés — est, à mon sens, le moyen envisagé dans *Sparrow* pour concilier les points de vue juridiques des autochtones et des non-autochtones. Il n'a pas encore été mis à l'épreuve dans le cas des Sto:lo. Un siècle et demi après l'arrivée des Européens, l'État n'a pas encore conclu de traité avec les

1996 CanLII 216 (SCC)

radical methods of reconciliation possessing the potential to erode aboriginal rights seriously.

Sto:lo. Tant que les moyens traditionnels de conciliation des points de vue juridiques des autochtones et des non-autochtones n'auront pas été épuisés, il paraît difficile d'affirmer qu'il est nécessaire que les tribunaux proposent des méthodes de conciliation plus radicales, susceptibles de miner gravement les droits ancestraux.

I have argued that the broad approach to justification proposed by the Chief Justice does not conform to the authorities, is indeterminate, and is, in the final analysis unnecessary. Instead, I have proposed that justifiable limitation of aboriginal rights should be confined to regulation to ensure their exercise conserves the resource and ensures responsible use. There remains a final reason why the broader view of justification should not be accepted. It is, in my respectful opinion, unconstitutional.

J'ai avancé que le critère élargi de justification proposé par le Juge en chef n'est pas conforme à la jurisprudence, qu'il est indéterminé et, en dernière analyse, qu'il est inutile. Au lieu de ce critère, j'ai suggéré que seraient justifiables les limites qui seraient imposées aux droits ancestraux uniquement pour en réglementer l'exercice afin d'assurer la conservation de la ressource et l'utilisation responsable de celle-ci. Il y a une dernière raison pour laquelle le critère élargi de justification ne devrait pas être retenu. En toute déférence, il est inconstitutionnel. 314

The Chief Justice's proposal comes down to this. In certain circumstances, aboriginals may be required to share their fishing rights with non-aboriginals in order to effect a reconciliation of aboriginal and non-aboriginal interests. In other words, the Crown may convey a portion of an aboriginal fishing right to others, not by treaty or with the consent of the aboriginal people, but by its own unilateral act. I earlier suggested that this has the potential to violate the Crown's fiduciary duty to safeguard aboriginal rights and property. But my concern is more fundamental. How, without amending the Constitution, can the Crown cut down the aboriginal right? The exercise of the rights guaranteed by s. 35(1) is subject to reasonable limitation to ensure that they are used responsibly. But the rights themselves can be diminished only through treaty and constitutional amendment. To reallocate the benefit of the right from aboriginals to non-aboriginals, would be to diminish the substance of the right that s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* guarantees to the aboriginal people. This no court can do.

La proposition du Juge en chef peut se résumer ainsi. Dans certaines circonstances, les autochtones peuvent être requis de partager leurs droits de pêche avec des non-autochtones au nom de la conciliation des intérêts des autochtones et des non-autochtones. En d'autres termes, l'État peut accorder à d'autres une portion d'un droit ancestral de pêche, et ce non pas par traité ou avec le consentement des autochtones visés, mais de son propre chef, par décision unilatérale. J'ai dit précédemment que cette méthode était susceptible de violer l'obligation de fiduciaire qu'a l'État de protéger les droits et les biens autochtones. Mais ma préoccupation est plus fondamentale. Comment, sans modifier la Constitution, l'État peut-il diminuer le droit ancestral? L'exercice des droits garantis par le par. 35(1) peut être assujetti à des limites raisonnables, visant à ce que ceux-ci soient utilisés de façon responsable. Mais les droits eux-mêmes ne peuvent être diminués que par traité ou modification constitutionnelle. Enlever les avantages du droit ancestral à des autochtones pour les attribuer à des non-autochtones aurait pour effet de diminuer la substance du droit que le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* garantit aux autochtones. Cela, aucun tribunal ne peut le faire. 315

1996 CanLII 216 (SCC)

316 I therefore conclude that a government limitation on an aboriginal right may be justified, provided the limitation is directed to ensuring the conservation and responsible exercise of the right. Limits beyond this cannot be saved on the ground that they are required for societal peace or reconciliation. Specifically, limits that have the effect of transferring the resource from aboriginal people without treaty or consent cannot be justified. Short of repeal of s. 35(1), such transfers can be made only with the consent of the aboriginal people. It is for the governments of this country and the aboriginal people to determine if this should be done, not the courts. In the meantime, it is the responsibility of the Crown to devise a regulatory scheme which ensures the responsible use of the resource and provides for the division of what remains after conservation needs have been met between aboriginal and non-aboriginal peoples.

317 The picture of aboriginal rights that emerges resembles that put forward by Dickson J. (as he then was) in *Jack* and endorsed in *Sparrow*. Reasoning from the premise that the *British Columbia Terms of Union*, R.S.C., 1985, App. II, No. 10, required the federal government to adopt an aboriginal "policy as liberal" as that of the colonial government of British Columbia, Dickson J. opined at p. 311:

> . . . one could suggest that "a policy as liberal" would require clear priority to Indian food fishing and some priority to limited commercial fishing over the competing demands of commercial and sport fishing. Finally, there can be no serious question that conservation measures for the preservation of the resource — effectively unknown to the regulatory authorities prior to 1871 — should take precedence over any fishing, whether by Indians, sportsmen, or commercial fishermen.

318 The relationship between the relative interests in a fishery with respect to which an aboriginal right has been established in the full sense, that is of

J'en arrive par conséquent à la conclusion que la restriction par le gouvernement d'un droit ancestral peut être justifiée, pourvu qu'elle vise à assurer la conservation de la ressource et l'exercice responsable du droit. La validité de restrictions qui iraient plus loin ne saurait être sauvegardée pour le motif que celles-ci sont nécessaires pour assurer la réconciliation ou la paix sociales. Plus précisément, des restrictions ayant pour effet de retirer à des autochtones la jouissance de la ressource pour la transférer à d'autres, et ce sans conclure de traité avec les premiers ou obtenir leur consentement, ne sauraient être justifiées. À moins d'abrogation du par. 35(1), pareils transferts ne peuvent survenir qu'avec le consentement des autochtones visés. C'est aux gouvernements de ce pays et aux autochtones qu'il revient d'en décider, non aux tribunaux. Dans l'intervalle, l'État a la responsabilité de concevoir un régime de réglementation assurant l'utilisation responsable de la ressource et pourvoyant à la répartition, entre les autochtones et les non-autochtones, de ce qui est disponible après avoir tenu compte des besoins de conservation.

Le tableau des droits ancestraux qui se dégage de ce qui précède ressemble à celui brossé par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Jack* et approuvé dans *Sparrow*. Partant du postulat que les *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*, L.R.C. (1985), app. II, nº 10, exigeaient du gouvernement fédéral qu'il adopte une «ligne de conduite aussi libérale» que celle du gouvernement colonial de la Colombie-Britannique, le juge Dickson a exprimé l'avis suivant, à la p. 311:

> . . . il est permis de penser qu'on entendait par l'expression «une ligne de conduite aussi libérale», accorder la première priorité à la pêche par les Indiens à des fins d'alimentation et une certaine priorité à une pêche commerciale restreinte, [sur les besoins de] la pêche commerciale et sportive. Finalement, il est clair que les mesures destinées à la protection des ressources — totalement absentes des textes réglementaires avant 1871 — priment sur tout genre de pêche, qu'il s'agisse de la pêche par les Indiens, de pêche commerciale ou sportive.

Les rapports entre les divers intérêts dans une pêcherie à l'égard de laquelle a été établie l'existence d'un droit ancestral au sens plein du terme

1996 CanLII 216 (SCC)

food, ceremony and articles to meet other needs obtained directly from the fishery or through trade and barter of fish products, may be summarized as follows:

1. The state may limit the exercise of the right of the aboriginal people, for purposes associated with the responsible use of the right, including conservation and prevention of harm to others;

2. Subject to these limitations, the aboriginal people have a priority to fish for food, ceremony, as well as supplementary sustenance defined in terms of the basic needs that the fishery provided to the people in ancestral times;

3. Subject to (1) and (2) non-aboriginal peoples may use the resource.

In times of plentitude, all interests may be satisfied. In times of limited stocks, aboriginal food fishing will have priority, followed by additional aboriginal commercial fishing to satisfy the sustenance the fishery afforded the particular people in ancestral times. The aboriginal priority to commercial fishing is limited to satisfaction of these needs, which typically will be confined to basic amenities. In this sense, the right to fish for commerce is a "limited" priority. If there is insufficient stock to satisfy the entitlement of all aboriginal peoples after required conservation measures, allocations must be made between them. Allocations between aboriginal peoples may also be required to ensure that upstream bands are allowed their fair share of the fishery, whether for food or supplementary sustenance. All this is subject to the overriding power of the state to limit or indeed, prohibit fishing in the interests of conservation.

— savoir le droit de pêcher à des fins alimentaires et rituelles et pour satisfaire d'autres besoins qui étaient comblés directement par l'exploitation de la pêcherie ou par la vente et l'échange du poisson et des produits du poisson — peuvent se résumer ainsi:

1. l'État peut limiter l'exercice du droit des autochtones visés à des fins liées à l'exercice responsable du droit, y compris la conservation de la ressource et la prévention des activités nuisibles à autrui;

2. sous réserve de ces limites, les autochtones visés ont la priorité pour pêcher à des fins alimentaires et rituelles, ainsi qu'à des fins supplémentaires de subsistance, c'est-à-dire pour satisfaire les besoins fondamentaux que la pêcherie permettait à leurs ancêtres de combler;

3. sous réserve des par. (1) et (2), les non-autochtones peuvent exploiter la ressource.

En périodes d'abondance des stocks, tous les intérêts peuvent être comblés. En périodes de rareté, la pêche autochtone à des fins alimentaires aura la priorité, suivie d'un droit additionnel de pêcher commercialement à des fins de subsistance pour satisfaire les besoins que la pêcherie permettait à leurs ancêtres de combler. La priorité des autochtones en matière de pêche commerciale est restreinte à ce qui est requis pour satisfaire ces besoins, lesquels se limiteront d'ordinaire aux besoins fondamentaux. En ce sens, le droit de pêcher à des fins commerciales ne jouit que d'une priorité «restreinte». Si les stocks de poisson ne permettent pas de satisfaire les besoins des divers peuples autochtones concernés, une fois prises les mesures de conservation requises, la ressource doit alors être répartie entre ceux-ci. Il est également possible que, dans la répartition, il faille assurer aux bandes vivant en amont leur juste part de la pêche, que ce soit à des fins alimentaires ou à des fins supplémentaires de subsistance. Toutes ces mesures sont subordonnées au pouvoir prépondérant de l'État de limiter, voire de prohiber la pêche pour des fins de conservation de la ressource. 319

1996 CanLII 216 (SCC)

320 The consequence of this system of priorities is that the Crown may limit aboriginal fishing by aboriginal people found to possess a right to fish for sustenance on two grounds: (1) on the ground that a limited amount of fish is required to satisfy the basic sustenance requirement of the band, and (2) on the ground of conservation and other limits required to ensure the responsible use of the resource (justification).

321 Against this background, I return to the question of whether the regulation preventing the Sto:lo from selling any fish is justified. In my view it is not. No compelling purpose such as that proposed in *Sparrow* has been demonstrated. The denial to the Sto:lo of their right to sell fish for basic sustenance has not been shown to be required for conservation or for other purposes related to the continued and responsible exploitation of the resource. The regulation, moreover, violates the priorities set out in *Jack* and *Sparrow* and breaches the fiduciary duty of the Crown to preserve the rights of the aboriginal people to fish in accordance with their ancestral customs and laws by summarily denying an important aspect of the exercise of the right.

4. Conclusion

322 I would allow the appeal to the extent of confirming the existence in principle of an aboriginal right to sell fish for sustenance purposes, and set aside the appellant's conviction. I would answer the constitutional question as follows:

Question: Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read on September 11, 1987, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, invoked by the appellant?

Ce régime de priorités a pour conséquence que l'État peut limiter le droit de pêcher à des fins de subsistance reconnu à une bande autochtone pour deux motifs: (1) parce qu'une quantité limitée de poisson est nécessaire pour satisfaire les besoins fondamentaux de la bande, et (2) pour des fins de conservation de la ressource et parce que d'autres restrictions sont nécessaires pour l'utilisation responsable de celle-ci (justification).

Sur cette toile de fond, je reviens à la question de savoir si la disposition réglementaire qui interdit complètement aux Sto:lo de vendre du poisson est justifiée. À mon avis, elle ne l'est pas. Aucun objectif impérieux du genre de ceux évoqués dans *Sparrow* n'a été établi. Il n'a pas été démontré qu'il était nécessaire, pour des fins de conservation de la ressource ou pour d'autres fins se rapportant à l'exploitation continue et responsable de celle-ci, de dénier au peuple Sto:lo le droit de vendre du poisson pour subvenir à ses besoins fondamentaux. Qui plus est, la disposition réglementaire viole l'ordre de priorité énoncé dans les arrêts *Jack* et *Sparrow* et elle contrevient à l'obligation de fiduciaire qu'a l'État de préserver les droits des autochtones concernés de pêcher conformément à leurs lois et coutumes ancestrales, en leur déniant sommairement un aspect important de l'exercice de ce droit.

4. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer l'existence en principe d'un droit ancestral de vendre du poisson à des fins de subsistance. J'annulerais la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelante et répondrais comme suit à la question constitutionnelle:

Question: Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait le 11 septembre 1987, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

1996 CanLII 216 (SCC)

Answer: Section 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read on September 11, 1987, is of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, as invoked by the appellant.

Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ *and* MCLACHLIN *JJ. dissenting.*

Solicitors for the appellant: Mandell, Pinder, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Fisheries Council of British Columbia: J. Keith Lowes, Vancouver.

Solicitors for the interveners the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the First Nations Summit: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Solicitors for the interveners Delgamuukw et al.: Rush Crane, Guenther & Adams, Vancouver.

Solicitors for the interveners Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner: Pape & Salter, Vancouver.

Réponse: Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait le 11 septembre 1987, est, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque.

Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ *et* MCLACHLIN *sont dissidentes.*

Procureurs de l'appelante: Mandell, Pinder, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le Fisheries Council of British Columbia: J. Keith Lowes, Vancouver.

Procureurs des intervenantes la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le First Nations Summit: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Procureurs des intervenants Delgamuukw et autres: Rush Crane, Guenther & Adams, Vancouver.

Procureurs des intervenants Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner: Pape & Salter, Vancouver.

1996 CanLII 216 (SCC)

8

Norm Ringstad, in his capacity as the Project Assessment Director of the Tulsequah Chief Mine Project, Sheila Wynn, in her capacity as the Executive Director, Environmental Assessment Office, the Minister of Environment, Lands and Parks, and the Minister of Energy and Mines and Minister Responsible for Northern Development *Appellants*

v.

Taku River Tlingit First Nation and Melvin Jack, on behalf of himself and all other members of the Taku River Tlingit First Nation, Redfern Resources Ltd., and Redcorp Ventures Ltd. formerly known as Redfern Resources Ltd. *Respondents*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Attorney General of Alberta, Business Council of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of Commerce, British Columbia Wildlife Federation, Council of Forest Industries, Mining Association of British Columbia, Aggregate Producers Association of British Columbia, Doig River First Nation, First Nations Summit, and Union of British Columbia Indian Chiefs *Interveners*

Indexed as: Taku River Tlingit First Nation *v.* British Columbia (Project Assessment Director)

Norm Ringstad, en sa qualité de directeur d'évaluation de projet pour le Projet de la mine Tulsequah Chief, Sheila Wynn, en sa qualité de directrice administrative, Bureau des évaluations environnementales, le ministre de l'Environnement, des Terres et des Parcs, et le ministre de l'Énergie et des Mines et ministre responsable du Développement du Nord *Appelants*

c.

Première nation Tlingit de Taku River et Melvin Jack, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la Première nation Tlingit de Taku River, Redfern Resources Ltd., et Redcorp Ventures Ltd. auparavant connue sous le nom de Redfern Resources Ltd. *Intimés*

et

Procureur général du Canada, procureur général du Québec, procureur général de l'Alberta, Business Council of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of Commerce, British Columbia Wildlife Federation, Council of Forest Industries, Mining Association of British Columbia, Aggregate Producers Association of British Columbia, Première nation de Doig River, Sommet des Premières nations et Union of British Columbia Indian Chiefs *Intervenants*

Répertorié : Première nation Tlingit de Taku River *c.* Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)

2004 SCC 74 (CanLII)

Neutral citation: 2004 SCC 74.

File No.: 29146.

2004: March 24; 2004: November 18.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Crown — Honour of Crown — Duty to consult and accommodate Aboriginal peoples — Whether Crown has duty to consult and accommodate Aboriginal peoples prior to making decisions that might adversely affect their as yet unproven Aboriginal rights and title claims — If so, whether consultation and accommodation engaged in by Province prior to issuing project approval certificate was adequate to satisfy honour of Crown.

Since 1994, a mining company has sought permission from the British Columbia government to re-open an old mine. The Taku River Tlingit First Nation ("TRTFN"), which participated in the environmental assessment process engaged in by the Province under the *Environmental Assessment Act*, objected to the company's plan to build a road through a portion of the TRTFN's traditional territory. The Province granted the project approval certificate in 1998. The TRTFN brought a petition to quash the decision on grounds based on administrative law and on its Aboriginal rights and title. The chambers judge concluded that the decision makers had not been sufficiently careful during the final months of the assessment process to ensure that they had effectively addressed the substance of the TRTFN's concerns. She set aside the decision and directed a reconsideration. The majority of the Court of Appeal upheld the decision, finding that the Province had failed to meet its duty to consult with and accommodate the TRTFN.

Held: The appeal should be allowed.

The Crown's duty to consult and accommodate Aboriginal peoples, even prior to proof of asserted Aboriginal rights and title, is grounded in the principle of the honour of the Crown, which derives from the Crown's assertion of sovereignty in the face of prior Aboriginal occupation. The Crown's honour cannot be interpreted

Référence neutre : 2004 CSC 74.

N^{o} du greffe : 29146.

2004 : 24 mars; 2004 : 18 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps et Fish.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Couronne — Honneur de la Couronne — Obligation de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements à leurs préoccupations — La Couronne a-t-elle l'obligation de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements à leurs préoccupations avant de prendre une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des revendications de droits et titres ancestraux non encore prouvées? — Dans l'affirmative, les mesures de consultation et d'accommodement adoptées par la province avant de délivrer le certificat d'approbation de projet étaient-elles suffisantes pour préserver l'honneur de la Couronne?

Depuis 1994, une entreprise d'exploitation minière demande au gouvernement de la Colombie-Britannique l'autorisation de rouvrir une vieille mine. La Première nation Tlingit de Taku River (« PNTTR »), qui a participé à l'évaluation environnementale effectuée par la province conformément à l'*Environmental Assessment Act*, s'est opposée au projet de l'entreprise de construire une route sur une partie de son territoire traditionnel. La province a octroyé le certificat d'approbation de projet en 1998. Invoquant des moyens fondés sur le droit administratif et sur son titre et ses droits ancestraux, la PNTTR a présenté une demande visant à faire annuler la décision. La juge en son cabinet a conclu que les décideurs n'avaient fait preuve de suffisamment de prudence durant les derniers mois de l'évaluation afin de s'assurer qu'ils avaient bien répondu à l'essentiel des préoccupations de la PNTTR. Elle a annulé la décision et a ordonné le réexamen de la demande. La majorité de la Cour d'appel a confirmé la décision, concluant que la province ne s'était pas acquittée de son obligation de consulter la PNTTR et de trouver des accommodements aux préoccupations de cette dernière.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

L'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements à leurs préoccupations, même avant que l'existence des droits et titre ancestraux revendiqués n'ait été établie, repose sur le principe de l'honneur de la Couronne, qui découle de l'affirmation de la souveraineté de la

2004 SCC 74 (CanLII)

narrowly or technically, but must be given full effect in order to promote the process of reconciliation mandated by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The duty to consult varies with the circumstances. It arises when a Crown actor has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it. This in turn may lead to a duty to accommodate Aboriginal concerns. Responsiveness is a key requirement of both consultation and accommodation. The scope of the duty to consult is proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed.

The Crown's obligation to consult the TRTFN was engaged in this case. The Province was aware of the TRTFN's title and rights claims and knew that the decision to reopen the mine had the potential to adversely affect the substance of the TRTFN's claims. The TRTFN's claim is relatively strong, supported by a *prima facie* case, as attested to by its inclusion in the Province's treaty negotiation process. While the proposed road is to occupy only a small portion of the territory over which the TRTFN asserts title, the potential for negative derivative impacts on the TRTFN's claims is high. On the spectrum of consultation required by the honour of the Crown, the TRTFN was entitled to more than minimum consultation under the circumstances, and to a level of responsiveness to its concerns that can be characterized as accommodation. It is impossible, however, to provide a prospective checklist of the level of consultation required.

In this case, the process engaged in by the Province under the *Environmental Assessment Act* fulfilled the requirements of its duty to consult and accommodate. The TRTFN was part of the Project Committee, participating fully in the environmental review process. Its views were put before the decision makers, and the final project approval contained measures designed to address both its immediate and its long-term concerns. The Province was not under a duty to reach agreement with the TRTFN, and its failure to do so did not breach the obligations of good faith that it owed the TRTFN. Finally, it is expected that, throughout the permitting, approval and licensing process, as well as in the

Couronne face à l'occupation antérieure des terres par les peuples autochtones. Le principe de l'honneur de la Couronne ne peut recevoir une interprétation étroite ou formaliste. Au contraire, il convient de lui donner plein effet afin de promouvoir le processus de conciliation prescrit par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'obligation de consulter varie selon les circonstances. Elle naît lorsqu'un représentant de la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle d'un droit ou titre ancestral et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ce droit ou ce titre. Cette obligation peut, à son tour, donner lieu à l'obligation de trouver des accommodements aux préoccupations des Autochtones. La volonté de répondre aux préoccupations est un élément clé tant à l'étape de la consultation qu'à celle de l'accommodement. L'étendue de l'obligation de consultation dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou titre.

En l'espèce, la Couronne avait l'obligation de consulter la PNTTR. La province était au courant des revendications de titre et de droits de la PNTTR et elle savait que la décision de rouvrir la mine pouvait avoir un effet préjudiciable sur le fond de ses revendications. Les revendications de la PNTTR sont relativement solides et à première vue fondées, comme le démontre le fait qu'elles ont été acceptées en vue de la négociation d'un traité. La route proposée n'occupe qu'une petite partie du territoire sur lequel la PNTTR revendique un titre; toutefois, le risque de conséquences négatives sur les revendications est élevé. En ce qui concerne le niveau de consultation que requiert le principe de l'honneur de la Couronne, la PNTTR avait droit à davantage que le minimum prescrit dans les circonstances et elle avait le droit de s'attendre à une volonté de répondre à ses préoccupations qui puisse être qualifiée d'accommodement. Il est cependant impossible de déterminer à l'avance le niveau de consultation requis.

En l'espèce, la province s'est acquittée de son obligation de consultation et d'accommodement en engageant le processus prévu à l'*Environmental Assessment Act*. La PNTTR faisait partie du comité d'examen du projet et elle a participé à part entière à l'examen environnemental. Ses vues ont été exposées aux décideurs et le certificat d'approbation du projet final contenait des mesures visant à répondre à ses préoccupations, à court comme à long terme. La province n'avait pas l'obligation de se mettre d'accord avec la PNTTR et le fait qu'elle n'y soit pas parvenue ne constitue pas un manquement à son obligation d'agir de bonne foi avec la PNTTR. Enfin, on s'attend à ce que, à chacune des étapes (permis, licences et

2004 SCC 74 (CanLII)

development of a land use strategy, the Crown will continue to fulfill its honourable duty to consult and, if appropriate, accommodate the TRTFN.

Cases Cited

Applied: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73; **referred to:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Environmental Assessment Act, R.S.B.C. 1996, c. 119 [rep. 2002, c. 43, s. 58], ss. 2, 7, 9, 10, 14 to 18, 19(1), 21, 22, 23, 29, 30(1).
Judicial Review Procedure Act, R.S.B.C. 1996, c. 241.
Mine Development Assessment Act, S.B.C. 1990, c. 55.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2002), 211 D.L.R. (4th) 89, [2002] 4 W.W.R. 19, 163 B.C.A.C. 164, 267 W.A.C. 164, 98 B.C.L.R. (3d) 16, 42 C.E.L.R. (N.S.) 169, [2002] 2 C.N.L.R. 312, 91 C.R.R. (2d) 260, [2002] B.C.J. No. 155 (QL), 2002 BCCA 59, affirming a decision of the British Columbia Supreme Court (2000), 77 B.C.L.R. (3d) 310, 34 C.E.L.R. (N.S.) 209, [2000] B.C.J. No. 1301 (QL), 2000 BCSC 1001. Appeal allowed.

Paul J. Pearlman, *Q.C.*, and *Kathryn L. Kickbush*, for the appellants.

Arthur C. Pape, *Jean Teillet* and *Richard B. Salter*, for the respondents Taku River Tlingit First Nation and Melvin Jack, on behalf of himself and all other members of the Taku River Tlingit First Nation.

Randy J. Kaardal and *Lisa Hynes*, for the respondents Redfern Resources Ltd. and Redcorp Ventures Ltd. formerly known as Redfern Resources Ltd.

Mitchell Taylor and *Brian McLaughlin*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Pierre-Christian Labeau, for the intervener the Attorney General of Quebec.

autres autorisations) ainsi que lors de l'élaboration d'une stratégie d'utilisation des terres, la Couronne continue de s'acquitter honorablement de son obligation de consulter la PNTTR et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux préoccupations de cette dernière.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

Lois et règlements cités

Environmental Assessment Act, R.S.B.C. 1996, ch. 119 [abr. 2002, ch. 43, art. 58], art. 2, 7, 9, 10, 14 à 18, 19(1), 21, 22, 23, 29, 30(1).
Judicial Review Procedure Act, R.S.B.C. 1996, ch. 241.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).
Mine Development Assessment Act, S.B.C. 1990, ch. 55.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2002), 211 D.L.R. (4th) 89, [2002] 4 W.W.R. 19, 163 B.C.A.C. 164, 267 W.A.C. 164, 98 B.C.L.R. (3d) 16, 42 C.E.L.R. (N.S.) 169, [2002] 2 C.N.L.R. 312, 91 C.R.R. (2d) 260, [2002] B.C.J. No. 155 (QL), 2002 BCCA 59, qui a confirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (2000), 77 B.C.L.R. (3d) 310, 34 C.E.L.R. (N.S.) 209, [2000] B.C.J. No. 1301 (QL), 2000 BCSC 1001. Pourvoi accueilli.

Paul J. Pearlman, *c.r.*, et *Kathryn L. Kickbush*, pour les appelants.

Arthur C. Pape, *Jean Teillet* et *Richard B. Salter*, pour les intimés la Première nation Tlingit de Taku River et Melvin Jack, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la Première nation Tlingit de Taku River.

Randy J. Kaardal et *Lisa Hynes*, pour les intimées Redfern Resources Ltd. et Redcorp Ventures Ltd., auparavant connue sous le nom de Redfern Resources Ltd.

Mitchell Taylor et *Brian McLaughlin*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Pierre-Christian Labeau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

2004 SCC 74 (CanLII)

Kurt J. W. Sandstrom and *Stan Rutwind*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Charles F. Willms and *Kevin G. O'Callaghan*, for the interveners Business Council of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of Commerce, British Columbia Wildlife Federation, Council of Forest Industries, Mining Association of British Columbia and Aggregate Producers Association of British Columbia.

Jeffrey R. W. Rath and *Allisun Rana*, for the intervener Doig River First Nation.

Hugh M. G. Braker, *Q.C.*, and *Anja Brown*, for the intervener First Nations Summit.

Robert J. M. Janes and *Dominique Nouvet*, for the intervener Union of British Columbia Indian Chiefs.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

1 This case raises the issue of the limits of the Crown's duty to consult with and accommodate Aboriginal peoples when making decisions that may adversely affect as yet unproven Aboriginal rights and title claims. The Taku River Tlingit First Nation ("TRTFN") participated in a three-and-a-half-year environmental assessment process related to the efforts of Redfern Resources Ltd. ("Redfern") to reopen an old mine. Ultimately, the TRTFN found itself disappointed in the process and in the result.

2 I conclude that the Province was required to consult meaningfully with the TRTFN in the decision-making process surrounding Redfern's project approval application. The TRTFN's role in the environmental assessment was, however, sufficient to uphold the Province's honour and meet the require-

Kurt J. W. Sandstrom et *Stan Rutwind*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Charles F. Willms et *Kevin G. O'Callaghan*, pour les intervenants Business Council of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of Commerce, British Columbia Wildlife Federation, Council of Forest Industries, Mining Association of British Columbia et Aggregate Producers Association of British Columbia.

Jeffrey R. W. Rath et *Allisun Rana*, pour l'intervenante la Première nation de Doig River.

Hugh M. G. Braker, *c.r.*, et *Anja Brown*, pour l'intervenant le Sommet des Premières nations.

Robert J. M. Janes et *Dominique Nouvet*, pour l'intervenante Union of British Columbia Indian Chiefs.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève la question des limites de l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements à leurs préoccupations avant de prendre des décisions susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur des revendications de droits et de titres ancestraux dont le bien-fondé n'a pas encore été établi. La Première nation Tlingit de Taku River (« PNTTR ») a participé à une évaluation environnementale de trois ans et demi menée par suite des démarches entreprises par Redfern Resources Ltd. (« Redfern ») pour rouvrir une vieille mine. Finalement, ni l'évaluation ni son résultat n'ont su satisfaire la PNTTR.

Je conclus que, dans le processus décisionnel relatif à la demande d'approbation de projet de Redfern, la province avait l'obligation de consulter véritablement la PNTTR. Cependant, cette dernière a joué dans l'évaluation environnementale un rôle suffisant pour qu'il soit possible de conclure que la

2004 SCC 74 (CanLII)

ments of its duty. Where consultation is meaningful, there is no ultimate duty to reach agreement. Rather, accommodation requires that Aboriginal concerns be balanced reasonably with the potential impact of the particular decision on those concerns and with competing societal concerns. Compromise is inherent to the reconciliation process. In this case, the Province accommodated TRTFN concerns by adapting the environmental assessment process and the requirements made of Redfern in order to gain project approval. I find, therefore, that the Province met the requirements of its duty toward the TRTFN.

province s'est comportée honorablement et qu'elle s'est acquittée de son obligation. Lorsqu'une véritable consultation a eu lieu, il n'est pas essentiel que les parties parviennent à une entente. L'obligation d'accommodement exige plutôt que les préoccupations des Autochtones soient raisonnablement mises en balance avec l'incidence potentielle de la décision sur ces préoccupations et avec les intérêts sociétaux opposés. L'idée de compromis fait partie intégrante du processus de conciliation. En l'espèce, la province a pris des mesures d'accommodement à l'égard des préoccupations de la PNTTR en adaptant la procédure d'évaluation environnementale et les conditions imposées à Redfern pour que son projet soit approuvé. Par conséquent, j'estime que la province s'est acquittée de son obligation envers la PNTTR.

II. Facts and Decisions Below

The Tulsequah Chief Mine, operated in the 1950s by Cominco Ltd., lies in a remote and pristine area of northwestern British Columbia, at the confluence of the Taku and Tulsequah Rivers. Since 1994, Redfern has sought permission from the British Columbia government to reopen the mine, first under the *Mine Development Assessment Act*, S.B.C. 1990, c. 55, and then, following its enactment in 1995, under the *Environmental Assessment Act*, R.S.B.C. 1996, c. 119. During the environmental assessment process, access to the mine emerged as a point of contention. The members of the TRTFN, who participated in the assessment as Project Committee members, objected to Redfern's plan to build a 160-km road from the mine to the town of Atlin through a portion of their traditional territory. However, after a lengthy process, project approval was granted on March 19, 1998 by the Minister of Environment, Lands and Parks and the Minister of Energy and Mines ("Ministers").

II. Faits et décisions des juridictions inférieures

3 La mine Tulsequah Chief, qui était exploitée dans les années 50 par Cominco Ltd., se trouve dans une région vierge et éloignée du nord-ouest de la Colombie-Britannique, au confluent des rivières Taku et Tulsequah. Depuis 1994, Redfern demande au gouvernement de la Colombie-Britannique l'autorisation de rouvrir la mine. Elle a présenté sa demande d'abord en vertu de la *Mine Development Assessment Act*, S.B.C. 1990, ch. 55, puis en vertu de l'*Environmental Assessment Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 119, après la promulgation de celle-ci en 1995. Au cours de l'évaluation environnementale, la question de l'accès à la mine s'est révélée être un point de discorde. La PNTTR, dont des représentants ont participé à l'évaluation en tant que membres du comité responsable du projet, s'est opposée au projet de Redfern de construire, sur une partie de son territoire traditionnel, une route de 160 kilomètres reliant la mine à la ville d'Atlin. Au terme d'un long processus, le ministre de l'Environnement, des Terres et des Parcs et le ministre de l'Énergie et des Mines (« ministres ») ont donné leur aval au projet le 19 mars 1998.

The Redfern proposal was assessed in accordance with British Columbia's *Environmental Assessment Act*. The environmental assessment process is

4 La proposition de Redfern a été évaluée conformément à la loi intitulée *Environmental Assessment Act* (« Loi ») de la Colombie-Britannique.

2004 SCC 74 (CanLII)

distinct from both the land use planning process and the treaty negotiation process, although these latter processes may necessarily have an impact on the assessment of individual proposals. The following provisions are relevant to this matter.

L'évaluation environnementale est un processus distinct de l'aménagement du territoire et de la négociation des traités, bien que ces deux processus puissent évidemment avoir des répercussions sur l'évaluation des différentes propositions. Les dispositions suivantes de la Loi sont pertinentes en l'espèce.

5 Section 2 sets out the purposes of the Act, which are:

Les objets de la Loi sont définis ainsi à l'art. 2 :

[TRADUCTION]

(a) to promote sustainability by protecting the environment and fostering a sound economy and social well-being,

a) favoriser la durabilité en protégeant l'environnement et en encourageant une économie saine et le bien-être collectif;

(b) to provide for the thorough, timely and integrated assessment of the environmental, economic, social, cultural, heritage and health effects of reviewable projects,

b) fournir en temps utile une évaluation complète et intégrée des conséquences que les projets assujettis à la procédure d'examen peuvent avoir sur l'environnement, l'économie, la société, la culture, le patrimoine et la santé;

(c) to prevent or mitigate adverse effects of reviewable projects,

c) prévenir ou atténuer les effets négatifs des projets assujettis à la procédure d'examen;

(d) to provide an open, accountable and neutrally administered process for the assessment

(i) of reviewable projects, and

d) fournir un processus ouvert et neutre assorti de mécanismes d'imputabilité pour l'évaluation :

(i) des projets assujettis à la procédure d'examen;

. . .

. . .

(e) to provide for participation, in an assessment under this Act, by the public, proponents, first nations, municipalities and regional districts, the government and its agencies, the government of Canada and its agencies and British Columbia's neighbouring jurisdictions.

e) permettre, lors des évaluations effectuées en vertu de la présente loi, la participation du public, des promoteurs, des Premières nations, des municipalités et districts régionaux, du gouvernement et de ses organismes, du gouvernement du Canada et de ses organismes et des ressorts voisins de la Colombie-Britannique.

6 "The proponent of a reviewable project may apply for a project approval certificate" under s. 7 of the Act, providing a "preliminary overview of the reviewable project, including" potential effects and proposed mitigation measures. If the project is accepted for review, "the executive director must establish a project committee" for the project (s. 9(1)). The executive director must invite a number of groups to nominate members to the committee, including "any first nation whose traditional territory includes the site of the project or is in the

En vertu de l'art. 7 de la Loi, [TRADUCTION] « [l]e promoteur d'un projet assujetti à la procédure d'examen peut présenter une demande de certificat d'approbation de projet » en fournissant, « à l'égard du projet, un aperçu préliminaire indiquant notamment » ses effets possibles et les mesures d'atténuation envisagées. Si le projet est accepté pour examen, [TRADUCTION] « le directeur administratif forme un comité chargé d'examiner le projet » (par. 9(1)). À cette fin, il invite à participer à la nomination des membres du comité

2004 SCC 74 (CanLII)

vicinity of the project" (s. 9(2)(d)). Under s. 9(6), the committee "may determine its own procedure, and provide for the conduct of its meetings".

un certain nombre de groupes, notamment « toute Première nation dont le territoire traditionnel abrite le chantier ou se trouve à proximité de celui-ci » (al. 9(2)d)). Aux termes du par. 9(6), le comité d'examen du projet peut [TRADUCTION] « établir des règles régissant sa procédure et la conduite de ses réunions ».

Redfern's proposal was accepted for review under the former *Mine Development Assessment Act*, and a project committee was established in November 1994. Invited to participate were the TRTFN, the British Columbia, federal, Yukon, United States, and Alaskan governments, as well as the Atlin Advisory Planning Commission. When the *Environmental Assessment Act* was instituted, the Project Committee was formally constituted under s. 9. Working groups and technical sub-committees were formed, including a group to deal with Aboriginal concerns and a group to deal with issues around transportation options. The TRTFN participated in both of these groups. A number of studies were commissioned and provided to the Project Committee during the assessment process.

7 La proposition de Redfern a été acceptée pour examen en vertu de l'ancienne loi intitulée *Mine Development Assessment Act*, et un comité d'examen du projet a été créé en novembre 1994. Ont été invités à faire partie de ce comité la PNTTR, les gouvernements de la Colombie-Britannique, du Canada, du Yukon, des États-Unis et de l'Alaska, ainsi que la commission consultative d'aménagement du territoire d'Atlin. Lorsque l'*Environmental Assessment Act* est entrée en vigueur, le comité d'examen du projet a été officiellement constitué conformément à l'art. 9. Divers groupes de travail et sous-comités techniques ont été formés, notamment un groupe chargé d'examiner les préoccupations des Autochtones et un autre d'étudier les options en matière de transport. La PNTTR a participé à ces deux groupes. Plusieurs études ont été commandées et remises au comité d'examen du projet au cours de l'évaluation.

The project committee becomes the primary engine driving the assessment process. It must act in accordance with the purposes of a project committee, set out in s. 10 as:

8 Le comité d'examen du projet devient le principal moteur du processus d'évaluation. Il doit s'acquitter de son mandat, qui est défini ainsi à l'art. 10 :

(a) to provide to the executive director, the minister and the responsible minister expertise, advice, analysis and recommendations, and

(b) to analyze and advise the executive director, the minister and the responsible minister as to,

(i) the comments received in response to an invitation for comments under this Act,

(ii) the advice and recommendations of the public advisory committee, if any, established for that reviewable project,

(iii) the potential effects, and

(iv) the prevention or mitigation of adverse effects.

[TRADUCTION]

a) fournir au directeur administratif, au ministre et au ministre responsable expertise, conseils, analyses et recommandations;

b) conseiller, après analyse, le directeur administratif, le ministre et le ministre responsable à propos :

(i) des commentaires reçus en réponse à l'invitation de donner des commentaires en vertu de la présente loi,

(ii) des conseils et recommandations du comité consultatif public établi pour l'examen de ce projet, le cas échéant,

(iii) des effets possibles du projet,

(iv) de la prévention ou de l'atténuation des effets négatifs.

2004 SCC 74 (CanLII)

9 The proponent of the project is required to engage in public consultation and distribution of information about the proposal (ss. 14-18). After the period for receipt of comments has expired, the executive director must either "refer the application to the [Ministers] . . . for a decision . . . or order that a project report be prepared . . . and that the project undergo further review" (s. 19(1)). If a project report is to be prepared, the executive director must prepare draft project report specifications indicating what information, analysis, plans or other records are relevant to an effective assessment, on the recommendation of the project committee (s. 21(a)). Sections 22 and 23 set out a non-exhaustive list of what matters may be included in a project report. These specifications are provided to the proponent (s. 21(b)).

Le promoteur du projet a l'obligation de mener des consultations publiques relativement à la proposition et de diffuser de l'information à cet égard (art. 14-18). À l'expiration de la période de réception des commentaires, le directeur administratif [TRADUCTION] « renvoie la demande [aux ministres] [. . .] pour décision [. . .] ou il ordonne la préparation d'un rapport de projet [. . .] et la poursuite de l'examen du projet » (par. 19(1)). Dans le cas où un rapport de projet s'impose, le directeur administratif établit les spécifications du rapport de projet en indiquant, selon les recommandations du comité d'examen du projet, les renseignements, analyses, plans ou autres éléments requis pour l'évaluation (al. 21a)). Les articles 22 et 23 dressent une liste non exhaustive des points qui peuvent être inclus dans ce rapport de projet. Les spécifications sont communiquées au promoteur (al. 21b)).

10 In this case, Redfern was required to produce a project report, and draft project report specifications were provided to it. Additional time was granted to allow the executive director and Project Committee to prepare specifications.

En l'espèce, Redfern devait produire un rapport de projet, et elle a reçu la liste des spécifications requises pour la préparation de ce rapport. Le délai a été prorogé afin que la directrice administrative et le comité responsable aient plus de temps pour établir les spécifications.

11 When the proponent submits a project report, the project committee makes a recommendation to the executive director, whether to accept the report for review or to withhold acceptance if the report does not meet the specifications. Redfern submitted a multiple volume project report in November 1996. A time limit extension was granted to allow extra time to complete the review of the report. In January 1997, the Project Committee concluded that the report was deficient in certain areas, and Redfern was required to address the deficiencies.

Lorsque le promoteur soumet un rapport de projet, le comité recommande au directeur administratif d'accepter le rapport pour examen ou de le refuser s'il ne respecte pas les spécifications. En novembre 1996, Redfern a remis un rapport de projet de plusieurs volumes. Le délai d'examen du rapport a été prorogé pour permettre au comité de terminer son travail. En janvier 1997, le comité d'examen du projet a conclu que le rapport comportait des lacunes et il a été enjoint à Redfern d'y remédier.

12 Through the environmental assessment process, the TRTFN's concerns with the road proposal became apparent. Its concerns crystallized around the potential effect on wildlife and traditional land use, as well as the lack of adequate baseline information by which to measure subsequent effects. It was the TRTFN's position that the road ought not to be approved in the absence of a land use planning strategy and away from the treaty

Les inquiétudes de la PNTTR au sujet de la route proposée sont ressorties clairement au cours de l'évaluation environnementale. La PNTTR s'inquiétait particulièrement des effets possibles sur la faune et l'utilisation traditionnelle des terres, ainsi que de l'absence de données de base permettant de mesurer les effets ultérieurs du projet. La PNTTR estimait que la construction de la route ne devait pas être approuvée sans une stratégie

2004 SCC 74 (CanLII)

negotiation table. The environmental assessment process was unable to address these broader concerns directly, but the project assessment director facilitated the TRTFN's access to other provincial agencies and decision makers. For example, the Province approved funding for wildlife monitoring programs as desired by the TRTFN (the Grizzly Bear Long-term Cumulative Effects Assessment and Ungulate Monitoring Program). The TRTFN also expressed interest in TRTFN jurisdiction to approve permits for the project, revenue sharing, and TRTFN control of the use of the access road by third parties. It was informed that these issues were outside the ambit of the certification process and could only be the subject of later negotiation with the government.

d'utilisation du territoire et en dehors du cadre de la négociation des traités. Ces préoccupations plus larges n'ont pu être examinées directement dans l'évaluation environnementale, mais le directeur de l'évaluation du projet a mis la PNTTR en contact avec d'autres organismes et décideurs provinciaux. Par exemple, selon le désir de la PNTTR, la province a approuvé le financement de programmes de surveillance de la faune (évaluation des effets cumulatifs à long terme sur les grizzlis et programme de surveillance des ongulés). La PNTTR a aussi manifesté son intérêt à l'égard des aspects suivants : pouvoir d'approuver les permis pour le projet, partage des recettes et contrôle de l'utilisation de la route d'accès par des tiers. Elle a été informée que ces questions ne relevaient pas du processus de délivrance des certificats et ne pourraient être examinées que lors de négociations ultérieures avec le gouvernement.

2004 SCC 74 (CanLII)

While Redfern undertook to address other deficiencies, the Environmental Assessment Office's project assessment director engaged a consultant acceptable to the TRTFN, Mr. Lindsay Staples, to perform traditional land use studies and address issues raised by the TRTFN. Redfern submitted its upgraded report in July 1997, but was requested to await receipt of the Staples Report. The Staples Report, prepared by August 1997, was provided for inclusion in the Project Report. The Project Report was distributed for review in September 1997, with public comments received for a 60-day period thereafter. However, the TRTFN, upon reviewing the Staples Report, voiced additional concerns. In response, the Environmental Assessment Office engaged Staples to prepare an addendum to his report, which was completed in December 1997 and also included in the Project Report from that time forward.

13 Pendant que Redfern s'attachait à remédier à d'autres lacunes, le directeur de l'évaluation du projet, Bureau des évaluations environnementales, a engagé un consultant jugé acceptable par la PNTTR, M. Lindsay Staples, pour effectuer des études sur l'utilisation traditionnelle des terres et examiner les questions soulevées par la PNTTR. En juillet 1997, Redfern a remis son rapport corrigé, mais on lui a demandé d'attendre le rapport Staples. Celui-ci, préparé en août 1997, a été annexé au rapport de projet, lequel a été distribué pour examen en septembre 1997. Le public disposait de 60 jours pour faire part de ses observations. Cependant, après examen du rapport Staples, la PNTTR a exprimé d'autres inquiétudes et le Bureau des évaluations environnementales a demandé à M. Staples de préparer un addenda à son rapport. L'addenda a été terminé en décembre 1997 et figure en annexe du rapport de projet depuis cette date.

Under the Act, the executive director, upon accepting a project report, may refer the application for a project approval certificate to the Ministers for a decision (s. 29). "In making a referral . . . the executive director must take into account the application, the project report and any comments

14 Suivant la Loi, après avoir accepté un rapport de projet, le directeur administratif peut renvoyer la demande de certificat d'approbation de projet aux ministres pour décision (art. 29). [TRADUCTION] « Dans un tel cas [. . .] le directeur administratif doit prendre en considération la demande, le

received about them" (s. 29(1)). "A referral . . . may be accompanied by recommendations of the project committee" (s. 29(4)). There is no requirement under the Act that a project committee prepare a written recommendations report.

15 In this case, the staff of the Environmental Assessment Office prepared a written Project Committee Recommendations Report, the major part of which was provided to committee members for review in early January 1998. The final 18 pages were provided as part of a complete draft on March 3, 1998. The majority of the committee members agreed to refer the application to the Ministers and to recommend approval for the project subject to certain recommendations and conditions. The TRTFN did not agree with the Recommendations Report, and instead prepared a minority report stating their concerns with the process and the proposal.

16 After a referral under s. 29 is made, "the ministers must consider the application and any recommendations of the project committee" (s. 30(1)(a)), in order to either "issue a project approval certificate", "refuse to issue the . . . certificate", or "refer the application to the Environmental Assessment Board for [a] public hearing" (s. 30(1)(b)). Written reasons are required (s. 30(1)(c)).

17 The executive director referred Redfern's application to the Ministers on March 12, 1998. The referral included the Project Committee Recommendations Report, the Project Approval Certificate in the form that it was ultimately signed, and the TRTFN Report (A.R., vol. V, p. 858). In addition, the Recommendations Report explicitly identified TRTFN concerns and points of disagreement throughout, as well as suggested mitigation measures. The Ministers issued the Project Approval Certificate on March 19, 1998, approving the proposal subject to detailed terms and conditions.

rapport de projet et les commentaires reçus à leur sujet » (par. 29(1)). [TRADUCTION] « Le comité d'examen du projet peut joindre des recommandations à la demande déférée aux ministres » (par. 29(4)), mais il n'est pas tenu par la Loi de rédiger un rapport faisant état de ses recommandations.

En l'espèce, le personnel du Bureau des évaluations environnementales a préparé un tel rapport, dont la majeure partie a été remise aux membres du comité pour examen au début de janvier 1998. Les 18 dernières pages ont été remises avec le rapport provisoire complet le 3 mars 1998. La majorité des membres du comité ont convenu de renvoyer la demande aux ministres et de recommander l'approbation du projet, sous réserve de certaines recommandations et conditions. La PNTTR a exprimé son désaccord au sujet du rapport faisant état des recommandations et a préparé son propre rapport minoritaire énonçant ses préoccupations à l'égard du processus et de la proposition.

Lorsqu'une demande leur est déférée en vertu de l'art. 29, [TRADUCTION] « les ministres doivent examiner la demande et les recommandations du comité d'examen du projet » (al. 30(1)a)) et soit « délivrer un certificat d'approbation de projet », soit « refuser la délivrance du certificat . . . », ou encore « renvoyer la demande à la Commission d'évaluation environnementale pour la tenue [d'une] audience publique » (al. 30(1)b)). Leur décision doit être motivée (al. 30(1)c)).

Le 12 mars 1998, la directrice administrative a renvoyé la demande de Redfern aux ministres. La demande était accompagnée du rapport faisant état des recommandations du comité d'examen du projet, de la version du certificat d'approbation qui a finalement été signée, et du rapport de la PNTTR (d.a., vol. V, p. 858). De plus, dans le rapport faisant état des recommandations on mentionne explicitement à plusieurs endroits les préoccupations et les points de désaccord de la PNTTR, ainsi que les mesures d'atténuation proposées. Les ministres ont délivré le certificat d'approbation du projet le 19 mars 1998, avalisant ainsi la proposition sous réserve de conditions détaillées.

2004 SCC 74 (CanLII)

2004 SCC 74 (CanLII)

Issuance of project approval certification does not constitute a comprehensive "go-ahead" for all aspects of a project. An extensive "permitting" process precedes each aspect of construction, which may involve more detailed substantive and information requirements being placed on the developer. Part 6 of the Project Committee's Recommendations Report summarized the requirements for licences, permits and approvals that would follow project approval in this case. In addition, the Recommendations Report made prospective recommendations about what ought to happen at the permit stage, as a condition of certification. The Report stated that Redfern would develop more detailed baseline information and analysis at the permit stage, with continued TRTFN participation, and that adjustments might be required to the road route in response. The majority also recommended creation of a resource management zone along the access corridor, to be in place until completion of a future land use plan; the use of regulations to control access to the road; and creation of a Joint Management Committee for the road with the TRTFN. It recommended that Redfern's future Special Use Permit application for the road be referred to the proposed Joint Management Committee.

18 Délivrer un certificat d'approbation de projet ne revient pas à donner « le feu vert » pour tous les aspects du projet. Chaque aspect de la construction fait au préalable l'objet d'un long processus d'« autorisation » et peut nécessiter la fourniture par le promoteur de renseignements plus détaillés et plus substantiels. À la partie 6 du rapport faisant état des recommandations, le comité d'examen du projet a résumé les exigences en matière de licences, de permis et d'autorisations qui s'appliqueraient après l'approbation du projet en l'espèce. De plus, ce rapport formulait des recommandations prospectives quant à ce qui devrait se produire à l'étape du certificat, comme condition de sa délivrance. Il prévoyait que Redfern devrait, toujours avec le concours de la PNTTR, préparer à cette étape des analyses et des données de base plus détaillées, lesquelles pourraient donner lieu à une correction du tracé de la route. La majorité des membres a aussi recommandé la création d'une zone de gestion des ressources le long du corridor d'accès et son maintien jusqu'à l'achèvement d'un futur plan d'aménagement du territoire, l'établissement de règlements régissant l'utilisation de la route et la création d'un comité conjoint de gestion de la route avec la PNTTR. Le rapport recommandait que la future demande de Redfern en vue d'obtenir un permis spécial d'utilisation de la route soit présentée au comité conjoint de gestion proposé.

The TRTFN brought a petition in February 1999 under the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1996, c. 241, to quash the Ministers' decision to issue the Project Approval Certificate on administrative law grounds and on grounds based on its Aboriginal rights and title. Determination of its rights and title was severed from the judicial review proceedings and referred to the trial list, on the Province's application. The chambers judge on the judicial review proceedings, Kirkpatrick J., concluded that the Ministers should have been mindful of the possibility that their decision might infringe Aboriginal rights, and that they had not been sufficiently careful during the final months of the assessment process to ensure that they had effectively addressed the substance of the TRTFN's concerns ((2000), 77 B.C.L.R. (3d) 310,

19 Invoquant des moyens fondés sur le droit administratif et sur son titre et ses droits ancestraux, la PNTTR a présenté, en février 1999, en vertu de la *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 241, une demande visant à faire annuler la décision des ministres de délivrer le certificat d'approbation du projet. À la demande de la province, la demande de détermination des droits et du titre a été dissociée de la procédure de contrôle judiciaire et a été inscrite pour instruction. La juge Kirkpatrick, en son cabinet, a entendu la demande de contrôle judiciaire et conclu que les ministres auraient dû être conscients de la possibilité que leur décision porte atteinte à des droits ancestraux et qu'ils auraient dû faire preuve de plus de prudence durant les derniers mois de l'évaluation afin de s'assurer qu'ils avaient bien répondu à l'essentiel des

2000 BCSC 1001). She also found in the TRTFN's favour on administrative law grounds. She set aside the decision to issue the Project Approval Certificate and directed a reconsideration, for which she later issued directions.

20 The majority of the British Columbia Court of Appeal dismissed the Province's appeal, finding (*per* Rowles J.A.) that the Province had failed to meet its duty to consult with and accommodate the TRTFN ((2002), 98 B.C.L.R. (3d) 16, 2002 BCCA 59). Southin J.A., dissenting, would have found that the consultation undertaken was adequate on the facts. Both the majority and the dissent appear to conclude that the decision complied with administrative law principles. The Province has appealed to this Court, arguing that no duty to consult exists outside common law administrative principles, prior to proof of an Aboriginal claim. If such a duty does exist, the Province argues, it was met on the facts of this case.

III. Analysis

21 In *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73, heard concurrently with this case, this Court has confirmed the existence of the Crown's duty to consult and, where indicated, to accommodate Aboriginal peoples prior to proof of rights or title claims. The Crown's obligation to consult the TRTFN was engaged in this case. The Province was aware of the TRTFN's claims through its involvement in the treaty negotiation process, and knew that the decision to reopen the Tulsequah Chief Mine had the potential to adversely affect the substance of the TRTFN's claims.

préoccupations de la PNTTR ((2000), 77 B.C.L.R. (3d) 310, 2000 BCSC 1001). La juge a également donné raison à la PNTTR en ce qui concerne les moyens fondés sur le droit administratif. Elle a annulé la décision accordant le certificat d'approbation du projet et elle a ordonné le réexamen de la demande de permis, réexamen à l'égard duquel elle a plus tard donné des directives.

La majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (sous la plume de la juge Rowles) a rejeté l'appel de la province, concluant que celle-ci ne s'était pas acquittée de son obligation de consulter la PNTTR et de trouver des accommodements aux préoccupations de celle-ci ((2002), 98 B.C.L.R. (3d) 16, 2002 BCCA 59). Dissidente, la juge Southin était d'avis que la consultation avait été adéquate au vu des faits. Tant les juges majoritaires que la juge dissidente semblent conclure que la décision était conforme aux principes du droit administratif. La province s'est pourvue devant la Cour, faisant valoir que, sauf application des principes du droit administratif prévus par la common law, il n'existe pas d'obligation de consultation, tant qu'une revendication de droits ancestraux n'a pas été établie. Elle ajoute que, si une telle obligation existe, les faits démontrent qu'elle a été respectée en l'espèce.

III. Analyse

Dans l'affaire *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, entendue en même temps que le présent pourvoi, la Cour a confirmé l'existence de l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux préoccupations de ceux-ci même avant que n'ait été tranchée une revendication de droits ou de titre. En l'espèce, la Couronne avait l'obligation de consulter la PNTTR. La province était au courant des revendications en raison de la participation de la PNTTR au processus de négociation de traités, et elle savait que la décision de rouvrir la mine Tulsequah Chief pouvait avoir un effet préjudiciable sur le fond des revendications de la PNTTR.

2004 SCC 74 (CanLII)

On the principles discussed in *Haida*, these facts mean that the honour of the Crown placed the Province under a duty to consult with the TRTFN in making the decision to reopen the Tulsequah Chief Mine. In this case, the process engaged in by the Province under the *Environmental Assessment Act* fulfilled the requirements of its duty. The TRTFN was part of the Project Committee, participating fully in the environmental review process. It was disappointed when, after three and a half years, the review was concluded at the direction of the Environmental Assessment Office. However, its views were put before the Ministers, and the final project approval contained measures designed to address both its immediate and long-term concerns. The Province was under a duty to consult. It did so, and proceeded to make accommodations. The Province was not under a duty to reach agreement with the TRTFN, and its failure to do so did not breach the obligations of good faith that it owed the TRTFN.

A. *Did the Province Have a Duty to Consult and if Indicated Accommodate the TRTFN?*

The Province argues that, before the determination of rights through litigation or conclusion of a treaty, it owes only a common law "duty of fair dealing" to Aboriginal peoples whose claims may be affected by government decisions. It argues that a duty to consult could arise after rights have been determined, through what it terms a "justificatory fiduciary duty". Alternatively, it submits, a fiduciary duty may arise where the Crown has undertaken to act only in the best interests of an Aboriginal people. The Province submits that it owes the TRTFN no duty outside of these specific situations.

The Province's submissions present an impoverished vision of the honour of the Crown and all

Selon les principes analysés dans *Haïda*, il ressort de ces faits que l'honneur de la Couronne commandait que celle-ci consulte la PNTTR avant de décider de rouvrir la mine Tulsequah Chief. En l'espèce, la province s'est acquittée de son obligation en engageant le processus prévu à l'*Environmental Assessment Act*. La PNTTR faisait partie du comité d'examen du projet et elle a participé à part entière à l'examen environnemental. Elle a été déçue, trois ans et demi plus tard, de voir celui-ci prendre fin sur ordre du Bureau des évaluations environnementales. Ses vues ont toutefois été exposées aux ministres et le certificat d'approbation du projet final contenait des mesures visant à répondre à ses préoccupations, à court comme à long terme. La province avait l'obligation de consulter. Elle l'a fait et elle a pris des mesures d'accommodement à l'égard des préoccupations exprimées. Elle n'avait cependant pas l'obligation de se mettre d'accord avec la PNTTR et le fait qu'elle n'y soit pas parvenue ne constitue pas un manquement à son obligation d'agir de bonne foi avec la PNTTR.

A. *La province avait-elle l'obligation de consulter la PNTTR et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux préoccupations de cette dernière?*

La province plaide que, tant que les droits n'ont pas été fixés dans une décision, une procédure judiciaire ou un traité, elle n'a que l'obligation, prévue par la common law, de « négocier honorablement » avec les peuples autochtones dont les revendications risquent d'être touchées par les décisions gouvernementales. Elle affirme que l'obligation de consulter pourrait prendre naissance une fois les droits établis, par l'effet de ce qu'elle appelle une [TRADUCTION] « obligation fiduciaire de justification ». Subsidiairement, elle soutient qu'une obligation fiduciaire peut naître lorsque la Couronne s'engage à agir uniquement dans le meilleur intérêt d'un peuple autochtone. Elle prétend qu'en dehors de ces situations précises elle n'a aucune obligation envers la PNTTR.

Les prétentions de la province donnent une vision étroite de l'honneur de la Couronne et de

2004 SCC 74 (CanLII)

that it implies. As discussed in the companion case of *Haida*, *supra*, the principle of the honour of the Crown grounds the Crown's duty to consult and if indicated accommodate Aboriginal peoples, even prior to proof of asserted Aboriginal rights and title. The duty of honour derives from the Crown's assertion of sovereignty in the face of prior Aboriginal occupation. It has been enshrined in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which recognizes and affirms existing Aboriginal rights and titles. Section 35(1) has, as one of its purposes, negotiation of just settlement of Aboriginal claims. In all its dealings with Aboriginal peoples, the Crown must act honourably, in accordance with its historical and future relationship with the Aboriginal peoples in question. The Crown's honour cannot be interpreted narrowly or technically, but must be given full effect in order to promote the process of reconciliation mandated by s. 35(1).

25 As discussed in *Haida*, what the honour of the Crown requires varies with the circumstances. It may require the Crown to consult with and accommodate Aboriginal peoples prior to taking decisions: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1119; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 168. The obligation to consult does not arise only upon proof of an Aboriginal claim, in order to justify infringement. That understanding of consultation would deny the significance of the historical roots of the honour of the Crown, and deprive it of its role in the reconciliation process. Although determining the required extent of consultation and accommodation before a final settlement is challenging, it is essential to the process mandated by s. 35(1). The duty to consult arises when a Crown actor has knowledge, real or constructive, of the potential existence of Aboriginal rights or title and contemplates conduct that might adversely affect them. This in turn may lead to a duty to change government plans or policy to accommodate Aboriginal concerns. Responsiveness is a key

tout ce que ce principe implique. Comme il a été expliqué dans l'arrêt connexe *Haïda*, précité, l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements à leurs préoccupations, même avant que l'existence des droits et titres ancestraux revendiqués n'ait été établie, repose sur le principe de l'honneur de la Couronne. L'obligation d'agir honorablement découle de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne face à l'occupation antérieure des terres par les peuples autochtones. Ce principe a été consacré au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui reconnaît et confirme les droits et titres ancestraux existants des peuples autochtones. Un des objectifs visés par le par. 35(1) est la négociation de règlements équitables des revendications autochtones. Dans toutes ses négociations avec les Autochtones, la Couronne doit agir honorablement, dans le respect de ses relations passées et futures avec le peuple autochtone concerné. Le principe de l'honneur de la Couronne ne peut recevoir une interprétation étroite ou formaliste. Au contraire, il convient de lui donner plein effet afin de promouvoir le processus de conciliation prescrit par le par. 35(1).

Comme il a été expliqué dans *Haïda*, les obligations requises pour que soit respecté le principe de l'honneur de la Couronne varient selon les circonstances. La Couronne peut être tenue de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements aux préoccupations de ceux-ci avant de prendre des décisions : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1119; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 168. L'obligation de consulter ne prend pas naissance seulement lorsque la revendication autochtone a été établie, pour justifier des violations. Une telle interprétation de l'obligation de consultation nierait l'importance des racines historiques de l'honneur de la Couronne et empêcherait ce principe de jouer son rôle dans la conciliation. Déterminer, avant le règlement définitif d'une revendication, l'ampleur des mesures de consultation et d'accommodement qui sont requises n'est pas une tâche facile, mais il s'agit d'un aspect essentiel du processus imposé par le par. 35(1). L'obligation de consulter naît lorsqu'un représentant de la Couronne a connaissance,

2004 SCC 74 (CanLII)

requirement of both consultation and accommodation.

concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle d'un titre ou de droits ancestraux et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ces droits ou ce titre. Cette obligation pourrait également obliger le gouvernement à modifier ses plans ou politiques afin de trouver des accommodements aux préoccupations des Autochtones. La volonté de répondre aux préoccupations est un élément clé tant à l'étape de la consultation qu'à celle de l'accommodement.

The federal government announced a comprehensive land claims policy in 1981, under which Aboriginal land claims were to be negotiated. The TRTFN submitted its land claim to the Minister of Indian Affairs in 1983. The claim was accepted for negotiation in 1984, based on the TRTFN's traditional use and occupancy of the land. No negotiation ever took place under the federal policy; however, the TRTFN later began negotiation of its land claim under the treaty process established by the B.C. Treaty Commission in 1993. As of 1999, the TRTFN had signed a Protocol Agreement and a Framework Agreement, and was working towards an Agreement in Principle. The Province clearly had knowledge of the TRTFN's title and rights claims.

26 En 1981, le gouvernement fédéral a annoncé la mise en place d'une politique de règlement des revendications territoriales globales devant régir la négociation des revendications territoriales autochtones. En 1983, la PNTTR a présenté sa revendication territoriale au ministre des Affaires indiennes. Cette revendication a été acceptée pour négociation en 1984, sur le fondement de l'utilisation et de l'occupation traditionnelles des terres par la PNTTR. Il n'y a eu aucune négociation en vertu de la politique fédérale. Cependant, la PNTTR a par la suite entamé la négociation de sa revendication territoriale dans le cadre du processus de conclusion de traités établi par la Commission des traités de la Colombie-Britannique en 1993. En 1999, la PNTTR avait déjà signé un protocole d'entente et un accord-cadre et elle négociait un accord de principe. Il est clair que la province connaissait l'existence des revendications de titre et de droits de la PNTTR.

When Redfern applied for project approval, in its efforts to reopen the Tulsequah Chief Mine, it was apparent that the decision could adversely affect the TRTFN's asserted rights and title. The TRTFN claim Aboriginal title over a large portion of northwestern British Columbia, including the territory covered by the access road considered during the approval process. It also claims Aboriginal hunting, fishing, gathering, and other traditional land use activity rights which stood to be affected by a road through an area in which these rights are exercised. The contemplated decision thus had the potential to impact adversely the rights and title asserted by the TRTFN.

27 Lorsque Redfern a présenté sa demande d'approbation du projet visant la réouverture de la mine Tulsequah Chief, il était évident que la décision pouvait avoir un effet préjudiciable sur les droits et le titre revendiqués par la PNTTR. Celle-ci revendique le titre ancestral sur une grande partie du nord-ouest de la Colombie-Britannique, territoire qui comprend le secteur où passerait la route d'accès étudiée durant le processus d'approbation. La PNTTR revendique également des droits ancestraux de chasse, de pêche, de cueillette et d'utilisation des terres pour d'autres activités traditionnelles, qui risqueraient d'être touchés si une route traversait cette région. La mesure envisagée était donc susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur les droits et le titre revendiqués par la PNTTR.

2004 SCC 74 (CanLII)

28 The Province was aware of the claims, and contemplated a decision with the potential to affect the TRTFN's asserted rights and title negatively. It follows that the honour of the Crown required it to consult and if indicated accommodate the TRTFN in making the decision whether to grant project approval to Redfern, and on what terms.

La province était au courant des revendications et envisageait de prendre une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur les droits et le titre revendiqués par la PNTTR. L'honneur de la Couronne commandait donc que celle-ci consulte la PNTTR et, au besoin, qu'elle prenne des mesures d'accommodement à l'égard des préoccupations de cette dernière avant de décider d'approuver le projet de Redfern et de fixer les conditions dont son approbation doit être assortie.

B. *What Was the Scope and Extent of the Province's Duty to Consult and Accommodate the TRTFN?*

B. *Quelle est l'étendue de l'obligation de la province de consulter la PNTTR et de trouver des accommodements aux préoccupations de celle-ci?*

29 The scope of the duty to consult is "proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed" (*Haida*, *supra*, at para. 39). It will vary with the circumstances, but always requires meaningful, good faith consultation and willingness on the part of the Crown to make changes based on information that emerges during the process.

L'étendue de l'obligation de consultation « dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre » (*Haïda*, précité, par. 39). L'obligation varie selon les circonstances, mais elle requiert dans tous les cas que la Couronne consulte véritablement et de bonne foi les Autochtones concernés et qu'elle soit disposée à modifier ses plans à la lumière des données recueillies au cours du processus.

30 There is sufficient evidence to conclude that the TRTFN have *prima facie* Aboriginal rights and title over at least some of the area that they claim. Their land claim underwent an extensive validation process in order to be accepted into the federal land claims policy in 1984. The Department of Indian Affairs hired a researcher to report on the claim, and her report was reviewed at several stages before the Minister validated the claim based on the TRTFN's traditional use and occupancy of the land and resources in question. In order to participate in treaty negotiations under the B.C. Treaty Commission, the TRTFN were required to file a statement of intent setting out their asserted territory and the basis for their claim. An Aboriginal group need not be accepted into the treaty process for the Crown's duty to consult to apply to them. Nonetheless, the TRTFN's claim was accepted for negotiation on the basis of a preliminary decision as to its validity. In contrast to the *Haida* case, the courts below did

La preuve permet de conclure que, à première vue, la PNTTR détient un titre et des droits ancestraux sur au moins une partie de la région revendiquée. Sa revendication territoriale a été soumise à une procédure exhaustive de validation avant d'être jugée recevable dans le processus fédéral de règlement des revendications territoriales en 1984. Le ministère des Affaires indiennes a engagé une chercheuse pour préparer un rapport sur les revendications de la PNTTR, rapport qui a été examiné à différentes étapes avant que le ministre déclare la revendication valide, sur le fondement de l'utilisation et de l'occupation traditionnelles par la PNTTR des terres et des ressources en question. Pour participer aux négociations de traités sous l'égide de la Commission des traités de la Colombie-Britannique, la PNTTR a dû produire une déclaration d'intention précisant les territoires revendiqués et le fondement de sa demande. Il n'est pas nécessaire qu'un groupe autochtone soit admis à participer au processus de

2004 SCC 74 (CanLII)

not engage in a detailed preliminary assessment of the various aspects of the TRTFN's claims, which are broad in scope. However, acceptance of its title claim for negotiation establishes a *prima facie* case in support of its Aboriginal rights and title.

The potentially adverse effect of the Ministers' decision on the TRTFN's claims appears to be relatively serious. The chambers judge found that all of the experts who prepared reports for the review recognized the TRTFN's reliance on its system of land use to support its domestic economy and its social and cultural life (para. 70). The proposed access road was only 160 km long, a geographically small intrusion on the 32,000-km² area claimed by the TRTFN. However, experts reported that the proposed road would pass through an area critical to the TRTFN's domestic economy: see, for example, Dewhirst Report (R.R., vol. I, at pp. 175, 187, 190 and 200) and Staples Addendum Report (A.R., vol. IV, at pp. 595-600, 604-5 and 629). The TRTFN was also concerned that the road could act as a magnet for future development. The proposed road could therefore have an impact on the TRTFN's continued ability to exercise its Aboriginal rights and alter the landscape to which it laid claim.

In summary, the TRTFN's claim is relatively strong, supported by a *prima facie* case, as attested to by its acceptance into the treaty negotiation process. The proposed road is to occupy only a small portion of the territory over which the TRTFN asserts title; however, the potential for negative derivative impacts on the TRTFN's claims is high. On the spectrum of consultation required by the honour of the Crown, the TRTFN was entitled to more than the minimum receipt of notice, disclosure of information, and ensuing discussion. While it is

négociation de traités pour que la Couronne ait l'obligation de le consulter. Néanmoins, la revendication de la PNTTR a été acceptée en vue de la négociation d'un traité, par suite d'une décision préliminaire sur sa validité. À l'inverse de l'affaire *Haïda*, les juridictions inférieures n'ont pas en l'espèce procédé à une évaluation préliminaire détaillée des divers aspects des revendications de la PNTTR, revendications qui ont une large portée. Toutefois, l'acceptation de leur revendication de titre en vue de la négociation d'un traité constitue une preuve *prima facie* du bien-fondé de leurs revendications d'un titre et de droits ancestraux.

31 L'effet négatif que la décision des ministres risque d'avoir sur les revendications de la PNTTR semble relativement grave. La juge en son cabinet a conclu que tous les experts ayant préparé un rapport pour l'examen de la proposition ont reconnu que la PNTTR dépendait de son régime d'utilisation du territoire pour soutenir son économie ainsi que la vie sociale et culturelle de sa communauté (par. 70). La route d'accès proposée ne compte que 160 kilomètres et ne représente donc qu'une faible proportion des 32 000 kilomètres carrés revendiqués par la PNTTR. Cependant, les experts ont signalé que cette route traverserait une zone critique pour l'économie de la PNTTR : voir, par exemple, le rapport Dewhirst (d.i., vol. I, p. 175, 187, 190 et 200) et l'addenda du rapport Staples (d.a., vol. IV, p. 595-600, 604-605 et 629). La PNTTR craint également que la route n'attire d'autres projets. La route proposée pourrait donc avoir une incidence sur sa capacité de continuer d'exercer ses droits ancestraux et pourrait modifier le territoire qui est revendiqué.

32 En résumé, les revendications de la PNTTR sont relativement solides et à première vue fondées, comme le démontre le fait qu'elles ont été acceptées en vue de la négociation d'un traité. La route proposée n'occupe qu'une petite partie du territoire sur lequel la PNTTR revendique un titre; toutefois, le risque de conséquences négatives sur les revendications est élevé. En ce qui concerne le niveau de consultation que requiert le principe de l'honneur de la Couronne, la PNTTR avait droit à davantage que le minimum prescrit, à savoir un avis, la

2004 SCC 74 (CanLII)

impossible to provide a prospective checklist of the level of consultation required, it is apparent that the TRTFN was entitled to something significantly deeper than minimum consultation under the circumstances, and to a level of responsiveness to its concerns that can be characterized as accommodation.

C. *Did the Crown Fulfill its Duty to Consult and Accommodate the TRTFN?*

33 The process of granting project approval to Redfern took three and a half years, and was conducted largely under the *Environmental Assessment Act*. As discussed above, the Act sets out a process of information gathering and consultation. The Act requires that Aboriginal peoples whose traditional territory includes the site of a reviewable project be invited to participate on a project committee.

34 The question is whether this duty was fulfilled in this case. A useful framework of events up to August 1st, 2000 is provided by Southin J.A. at para. 28 of her dissent in this case at the Court of Appeal. Members of the TRTFN were invited to participate in the Project Committee to coordinate review of the project proposal in November 1994 and were given the original two-volume submission for review and comment: Southin J.A., at para. 39. They participated fully as Project Committee members, with the exception of a period of time from February to August of 1995, when they opted out of the process, wishing instead to address the issue through treaty talks and development of a land use policy.

35 The Final Project Report Specifications ("Specifications") detail a number of meetings between the TRTFN, review agency staff and company representatives in TRTFN communities prior to February 1996: Southin J.A., at para. 41. Redfern and TRTFN met directly several times between June 1993 and February 1995 to discuss Redfern's exploration activities and TRTFN's concerns and information requirements. Redfern also contracted an independent consultant to conduct

communication d'information et la tenue de discussions en conséquence. Bien qu'il soit impossible de déterminer à l'avance le niveau de consultation requis, il est clair que, dans les circonstances, la PNTTR avait le droit de s'attendre à des consultations plus poussées que le strict minimum et à une volonté de répondre à ses préoccupations qui puisse être qualifiée d'accommodement.

C. *La Couronne s'est-elle acquittée envers la PNTTR de son obligation de consultation et d'accommodement?*

Le processus d'approbation du projet de Redfern a duré trois ans et demi et a dans une large mesure été mené en vertu de l'*Environmental Assessment Act*. Comme il a été expliqué précédemment, la Loi prévoit un processus de collecte d'information et de consultation. Selon la Loi, les peuples autochtones dont le territoire traditionnel abrite le chantier d'un projet assujetti à la procédure d'examen doivent être invités à faire partie du comité d'examen du projet.

Il s'agit en l'espèce de décider si cette obligation a été respectée. Au par. 28 de ses motifs dissidents dans la présente affaire, la juge Southin de la Cour d'appel décrit utilement les événements jusqu'au 1er août 2000. En novembre 1994, la PNTTR a été invitée à faire partie du comité chargé de coordonner l'examen du projet et s'est vu remettre pour examen et commentaires la demande originale qui comportait deux volumes : la juge Southin, par. 39. Elle a participé à part entière en tant que membre du comité d'examen du projet, sauf de février à août 1995, où elle a choisi de se retirer, préférant se concentrer sur les pourparlers au sujet du traité et l'élaboration d'une politique d'utilisation du territoire.

Les spécifications du rapport de projet final (« spécifications ») précisent le nombre de réunions qui ont eu lieu, avant février 1996, entre la PNTTR, le personnel de l'agence d'examen et des représentants de l'entreprise dans les communautés de la PNTTR : la juge Southin, par. 41. De juin 1993 à février 1995, Redfern et la PNTTR se sont rencontrées plusieurs fois pour discuter des activités d'exploration de Redfern ainsi que des inquiétudes et des demandes d'information de la PNTTR. Redfern a

2004 SCC 74 (CanLII)

archaeological and ethnographic studies with input from the TRTFN to identify possible effects of the proposed project on the TRTFN's traditional way of life: Southin J.A., at para. 41. The Specifications document TRTFN's written and oral requirements for information from Redfern concerning effects on wildlife, fisheries, terrain sensitivity, and the impact of the proposed access road, of barging and of mine development activities: Southin J.A., at para. 41.

aussi chargé un consultant indépendant d'effectuer, avec le concours de la PNTTR, des études archéologiques et ethnographiques pour déterminer les effets possibles du projet sur le mode de vie traditionnel de celle-ci : la juge Southin, par. 41. Les spécifications montrent que la PNTTR a, tant par écrit que verbalement, demandé à Redfern des renseignements concernant les effets sur la faune, la pêche et la sensibilité du terrain, l'impact de la route d'accès proposée, le transport par chaland et les activités minières : la juge Southin, par. 41.

The TRTFN declined to participate in the Road Access Subcommittee until January 26, 1998. The Environmental Assessment Office appreciated the dilemma faced by the TRTFN, which wished to have its concerns addressed on a broader scale than that which is provided for under the Act. The TRTFN was informed that not all of its concerns could be dealt with at the certification stage or through the environmental assessment process, and assistance was provided to it in liaising with relevant decision makers and politicians.

36 Jusqu'au 26 janvier 1998, la PNTTR a refusé de participer aux travaux du sous-comité chargé d'examiner la question de l'accès à la route. Le Bureau des évaluations environnementales a compris le dilemme de la PNTTR, qui préférait voir ses préoccupations examinées sur une plus grande échelle que ce qui est prévu par la Loi. Elle a été informée que tous ses sujets de préoccupation ne pouvaient pas être examinés à l'étape de la délivrance du certificat ou dans le cadre de l'évaluation environnementale, et on l'a aidée à prendre contact avec les décideurs et les politiciens compétents.

With financial assistance the TRTFN participated in many Project Committee meetings. Its concerns with the level of information provided by Redfern about impacts on Aboriginal land use led the Environmental Assessment Office to commission a study on traditional land use by an expert approved by the TRTFN, under the auspices of an Aboriginal study steering group. When the first Staples Report failed to allay the TRTFN's concerns, the Environmental Assessment Office commissioned an addendum. The TRTFN notes that the Staples Addendum Report was not specifically referred to in the Recommendations Report eventually submitted to the Ministers. However, it did form part of Redfern's Project Report.

37 Aidée financièrement, la PNTTR a participé à de nombreuses réunions du comité d'examen du projet. Devant les préoccupations de la PNTTR à propos du niveau d'information fourni par Redfern au sujet des effets sur l'utilisation du territoire par les Autochtones, le Bureau des évaluations environnementales a chargé un expert, jugé acceptable par la PNTTR, d'effectuer une étude sur l'utilisation traditionnelle des terres, sous les auspices d'un groupe directeur autochtone. Comme le premier rapport Staples n'a pas su dissiper les inquiétudes de la PNTTR, le Bureau des évaluations environnementales a commandé la préparation d'un addenda à ce rapport. La PNTTR souligne que cet addenda n'était pas mentionné expressément dans le rapport faisant état des recommandations qui a été présenté ultérieurement aux ministres. Il faisait toutefois partie du rapport de projet de Redfern.

While acknowledging its participation in the consultation process, the TRTFN argues that the rapid conclusion to the assessment deprived it of meaningful consultation. After more than three years,

38 La PNTTR reconnaît avoir participé à la consultation, mais soutient que la clôture rapide de l'évaluation l'a privée du bénéfice d'une véritable consultation. Après plus de trois années ponctuées

2004 SCC 74 (CanLII)

numerous studies and meetings, and extensions of statutory time periods, the assessment process was brought to a close in early 1998. The Environmental Assessment Office stated on February 26 that consultation must end by March 4, citing its work load. The Project Committee was directed to review and sign off on the Recommendations Report on March 3, the same day that it received the last 18 pages of the report. Appendix C to the Recommendations Report notes that the TRTFN disagreed with the Recommendations Report because of certain "information deficiencies": Southin J.A., at para. 46. Thus, the TRTFN prepared a minority report that was submitted with the majority report to the Ministers on March 12. Shortly thereafter, the project approval certification was issued.

de nombreuses études et réunions et de prorogations des délais prévus par la Loi, il a été mis fin à l'évaluation au début de 1998. Invoquant sa charge de travail, le Bureau des évaluations environnementales a déclaré, le 26 février, que la consultation devait se terminer le 4 mars. Il a ordonné au comité d'examen du projet d'examiner le rapport faisant état des recommandations et de remettre ses conclusions le 3 mars, soit le jour même où le comité a reçu les 18 dernières pages du rapport. Il est mentionné à l'annexe C du rapport faisant état des recommandations que la PNTTR a exprimé son désaccord au sujet du rapport en raison de certaines [TRADUCTION] « lacunes de l'information » : la juge Southin, par. 46. La PNTTR a donc préparé un rapport minoritaire, qui a été soumis aux ministres avec le rapport majoritaire le 12 mars. Le certificat d'approbation de projet a été délivré peu après.

39 It is clear that the process of project approval ended more hastily than it began. But was the consultation provided by the Province nonetheless adequate? On the findings of the courts below, I conclude that it was.

Il ne fait pas de doute qu'il y a eu, à la fin, accélération du processus d'approbation du projet. Mais la consultation menée par la province a-t-elle été suffisante malgré tout? Les constatations des juridictions inférieures m'amènent à conclure affirmativement.

40 The chambers judge was satisfied that any duty to consult was satisfied until December 1997, because the members of the TRTFN were full participants in the assessment process (para. 132). I would agree. The Province was not required to develop special consultation measures to address TRTFN's concerns, outside of the process provided for by the *Environmental Assessment Act*, which specifically set out a scheme that required consultation with affected Aboriginal peoples.

La juge en son cabinet a estimé que l'obligation de consulter a été respectée jusqu'en décembre 1997, parce que la PNTTR participait alors à part entière à l'évaluation (par. 132). Je souscris à son opinion. La province n'était pas tenue de mettre sur pied, pour l'examen des préoccupations de la PNTTR, une procédure spéciale de consultation différente de celle établie par l'*Environmental Assessment Act*, qui requiert expressément la consultation des Autochtones concernés.

41 The Act permitted the Committee to set its own procedure, which in this case involved the formation of working groups and subcommittees, the commissioning of studies, and the preparation of a written recommendations report. The TRTFN was at the heart of decisions to set up a steering group to deal with Aboriginal issues and a subcommittee on the road access proposal. The information and analysis required of Redfern were clearly shaped by TRTFN's concerns. By the time that the assessment was concluded, more than one extension of

La Loi autorisait le comité à établir lui-même sa procédure. Il a ainsi décidé de former des groupes de travail et des sous-comités, de commander des études et la préparation d'un rapport faisant état de ses recommandations. La PNTTR a été l'instigatrice des décisions de mettre sur pied un groupe directeur chargé d'étudier les questions autochtones et un sous-comité pour l'examen de la proposition concernant l'accès à la route. Les renseignements et l'analyse demandés à Redfern reflétaient clairement les préoccupations de la PNTTR. À la fin de

2004 SCC 74 (CanLII)

statutory time limits had been granted, and in the opinion of the project assessment director, "the positions of all of the Project Committee members, including the TRTFN had crystallized" (Affidavit of Norman Ringstad, at para. 82 (quoted at para. 57 of the Court of Appeal's judgment)). The concerns of the TRTFN were well understood as reflected in the Recommendations Report and Project Report, and had been meaningfully discussed. The Province had thoroughly fulfilled its duty to consult.

l'évaluation, plus d'une prorogation des délais prévus par la Loi avait été accordée et, selon le directeur de l'évaluation du projet, [TRADUCTION] « tous les membres du comité responsable du projet, y compris la PNTTR, avaient formé leur opinion » (par. 82 de l'affidavit de Norman Ringstad (cité au par. 57 de l'arrêt de la Cour d'appel)). Les préoccupations de la PNTTR ont été bien comprises, comme le montrent le rapport faisant état des recommandations et le rapport de projet, et elles ont été analysées en profondeur. La province s'est pleinement acquittée de son obligation de consultation.

As discussed in *Haida*, the process of consultation may lead to a duty to accommodate Aboriginal concerns by adapting decisions or policies in response. The purpose of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* is to facilitate the ultimate reconciliation of prior Aboriginal occupation with *de facto* Crown sovereignty. Pending settlement, the Crown is bound by its honour to balance societal and Aboriginal interests in making decisions that may affect Aboriginal claims. The Crown may be required to make decisions in the face of disagreement as to the adequacy of its response to Aboriginal concerns. Balance and compromise will then be necessary.

42 Comme il a été expliqué dans l'affaire *Haïda*, la consultation peut donner lieu à l'obligation de trouver des accommodements aux préoccupations des Autochtones en adaptant des décisions ou des politiques en conséquence. L'objectif du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est de favoriser la conciliation ultime de l'occupation antérieure du territoire par les Autochtones et la souveraineté de fait de la Couronne. Tant que la question n'est pas réglée, le principe de l'honneur de la Couronne commande que celle-ci mette en balance les intérêts de la société et ceux des peuples autochtones lorsqu'elle prend des décisions susceptibles d'entraîner des répercussions sur les revendications autochtones. Elle peut être appelée à prendre des décisions en cas de désaccord quant au caractère suffisant des mesures adoptées en réponse aux préoccupations exprimées par les Autochtones. Une attitude de pondération et de compromis s'impose alors.

The TRTFN in this case disputes the adequacy of the accommodation ultimately provided by the terms of the Project Approval Certificate. It argues that the Certificate should not have been issued until its concerns were addressed to its satisfaction, particularly with regard to the establishment of baseline information.

43 En l'espèce, la PNTTR conteste le caractère suffisant des mesures d'accommodement prévues par les conditions dont est assorti le certificat d'approbation de projet. Elle soutient que celui-ci n'aurait pas dû être délivré tant qu'on n'avait pas répondu de façon satisfaisante à ses préoccupations, surtout en ce qui concerne l'établissement de données de base.

With respect, I disagree. Within the terms of the process provided for project approval certification under the Act, TRTFN concerns were adequately accommodated. In addition to the discussion in the minority report, the majority report thoroughly identified the TRTFN's concerns and recommended mitigation strategies, which were adopted into the

44 En toute déférence, je ne souscris pas à cette opinion. Dans le cadre du processus prévu par la Loi pour la délivrance du certificat d'approbation de projet, les préoccupations de la PNTTR ont fait l'objet de mesures d'accommodement suffisantes. En plus de l'analyse présentée dans le rapport minoritaire, le rapport majoritaire a exposé en détail les

2004 SCC 74 (CanLII)

terms and conditions of certification. These mitigation strategies included further directions to Redfern to develop baseline information, and recommendations regarding future management and closure of the road.

45 Project approval certification is simply one stage in the process by which a development moves forward. In *Haida*, the Province argued that although no consultation occurred at all at the disputed, "strategic" stage, opportunities existed for Haida input at a future "operational" level. That can be distinguished from the situation in this case, in which the TRTFN was consulted throughout the certification process and its concerns accommodated.

46 The Project Committee concluded that some outstanding TRTFN concerns could be more effectively considered at the permit stage or at the broader stage of treaty negotiations or land use strategy planning. The majority report and terms and conditions of the Certificate make it clear that the subsequent permitting process will require further information and analysis of Redfern, and that consultation and negotiation with the TRTFN may continue to yield accommodation in response. For example, more detailed baseline information will be required of Redfern at the permit stage, which may lead to adjustments in the road's course. Further socio-economic studies will be undertaken. It was recommended that a joint management authority be established. It was also recommended that the TRTFN's concerns be further addressed through negotiation with the Province and through the use of the Province's regulatory powers. The Project Committee, and by extension the Ministers, therefore clearly addressed the issue of what accommodation of the TRTFN's concerns was warranted at this stage of the project, and what other venues would also be appropriate for the TRTFN's continued input. It is expected that, throughout the permitting, approval and licensing process, as well as in the development of a land use strategy, the Crown will continue to fulfill its

préoccupations de la PNTTR et a recommandé des mesures d'atténuation, lesquelles ont été intégrées dans les conditions du certificat. Ces mesures prévoyaient notamment qu'il soit ordonné à Redfern d'établir des données de base et comprenaient des recommandations au sujet de la gestion future de la route et sa fermeture.

La délivrance du certificat d'approbation de projet est simplement l'étape du processus qui permet la mise en œuvre du projet. Dans l'affaire *Haïda*, la province a fait valoir que, même s'il n'y avait pas eu du tout de consultation à l'étape en litige, soit celle de la [TRADUCTION] « stratégie », les Haïda avaient la possibilité de se faire entendre ultérieurement, à l'étape des [TRADUCTION] « activités ». La situation est différente en l'espèce, car la PNTTR a été consultée tout au long du processus de délivrance du certificat, et ses préoccupations ont fait l'objet de mesures d'accommodement.

Le comité d'examen du projet a conclu que certaines préoccupations non encore examinées pourraient être étudiées de façon plus efficace à l'étape du permis, dans le contexte plus large de la négociation de traités ou lors de la planification d'une stratégie d'utilisation du territoire. Il ressort clairement du rapport majoritaire et des conditions du certificat que, pour la délivrance des permis subséquents, Redfern devra fournir d'autres renseignements et analyses, et que des consultations et négociations ultérieures avec la PNTTR pourront entraîner la prise de mesures d'accommodement. Par exemple, Redfern devra fournir des données de base plus détaillées à l'étape du permis, ce qui pourrait entraîner un rajustement du tracé de la route. D'autres études socio-économiques seront effectuées. Il a été recommandé de former un groupe conjoint d'aménagement et de répondre aux préoccupations de la PNTTR par la négociation avec la province et par le recours aux pouvoirs de réglementation de celle-ci. Il ne fait donc aucun doute que le comité d'examen du projet, et par voie de conséquence les ministres, ont examiné la question de savoir dans quelle mesure les préoccupations de la PNTTR devaient faire l'objet d'accommodements à ce stade du projet et dans quelles autres instances celle-ci pourrait continuer de participer au processus. On s'attend à ce que, à

2004 SCC 74 (CanLII)

honourable duty to consult and, if indicated, accommodate the TRTFN.

IV. Conclusion

In summary, I conclude that the consultation and accommodation engaged in by the Province prior to issuing the Project Approval Certificate for the Tulsequah Chief Mine were adequate to satisfy the honour of the Crown. The appeal is allowed. Leave to appeal was granted on terms that the appellants pay the party and party costs of the respondents TRTFN and Melvin Jack for the application for leave to appeal and for the appeal in any event of the cause. There will be no order as to costs with respect to the respondents Redfern Resources Ltd. and Redcorp Ventures Ltd.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellants: Fuller Pearlman & McNeil, Victoria.

Solicitors for the respondents Taku River Tlingit First Nation and Melvin Jack, on behalf of himself and all other members of the Taku River Tlingit First Nation: Pape & Salter, Vancouver.

Solicitors for the respondents Redfern Resources Ltd. and Redcorp Ventures Ltd. formerly known as Redfern Resources Ltd.: Blake Cassels & Graydon, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Department of Justice, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Justice, Edmonton.

Solicitors for the interveners Business Council of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of

chacune des étapes (permis, licences et autres autorisations) ainsi que lors de l'élaboration d'une stratégie d'utilisation du territoire, la Couronne continue de s'acquitter honorablement de son obligation de consulter la PNTTR et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux préoccupations de celle-ci.

IV. Conclusion

47

En résumé, je conclus que les mesures de consultation et d'accommodement adoptées par la province avant de délivrer le certificat d'approbation du projet de la mine Tulsequah Chief étaient suffisantes pour préserver l'honneur de la Couronne. Le pourvoi est accueilli. L'autorisation de pourvoi a été accordée à la condition que les appelants paient, sur la base partie-partie, les dépens des intimés PNTTR et Melvin Jack pour la demande d'autorisation de pourvoi et pour le pourvoi, quelle que soit l'issue de la cause. Aucune ordonnance relative aux dépens n'est rendue à l'égard des intimées Redfern Resources Ltd. et Redcorp Ventures Ltd.

Pourvoi accueilli.

Procureurs des appelants : Fuller Pearlman & McNeil, Victoria.

Procureurs des intimés la Première nation Tlingit de Taku River et Melvin Jack, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la Première nation Tlingit de Taku River : Pape & Salter, Vancouver.

Procureurs des intimées Redfern Resources Ltd. et Redcorp Ventures Ltd. auparavant connue sous le nom de Redfern Resources Ltd. : Blake Cassels & Graydon, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Alberta Justice, Edmonton.

Procureurs des intervenants Business Council of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of

2004 SCC 74 (CanLII)

Commerce, British Columbia Wildlife Federation, Council of Forest Industries, Mining Association of British Columbia and Aggregate Producers Association of British Columbia: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener Doig River First Nation: Rath & Company, Priddis, Alberta.

Solicitors for the intervener First Nations Summit: Braker & Company, Port Alberni, British Columbia.

Solicitors for the intervener Union of British Columbia Indian Chiefs: Cook Roberts, Victoria.

Commerce, British Columbia Wildlife Federation, Council of Forest Industries, Mining Association of British Columbia et Aggregate Producers Association of British Columbia : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Première nation de Doig River : Rath & Company, Priddis, Alberta.

Procureurs de l'intervenant le Sommet des Premières nations : Braker & Company, Port Alberni, Colombie-Britannique.

Procureurs de l'intervenante Union of British Columbia Indian Chiefs : Cook Roberts, Victoria.

2004 SCC 74 (CanLII)

9

This consolidation is unofficial and is for reference only. For the official version of the regulations, consult the original documents on file with the Office of the Registrar of Regulations, or refer to the Royal Gazette Part II.

Regulations are amended frequently. Please check the list of Regulations by Act to see if there are any recent amendments to these regulations filed with our office that are not yet included in this consolidation.

Although every effort has been made to ensure the accuracy of this electronic version, the Office of the Registrar of Regulations assumes no responsibility for any discrepancies that may have resulted from reformatting.

This electronic version is copyright © 2025, Province of Nova Scotia, all rights reserved. It is for your personal use and may not be copied for the purposes of resale in this or any other form.

Aquaculture Licence and Lease Regulations
made under Section 64 of the
Fisheries and Coastal Resources Act
S.N.S. 1996, c. 25
O.I.C. 2015-338 (October 26, 2015), N.S. Reg. 347/2015
amended to O.I.C. 2019-322 (effective November 12, 2019), N.S. Reg. 186/2019

Table of Contents

Please note: this table of contents is provided for convenience of reference and does not form part of the regulations.

Click here to go to the text of the regulations.

Citation
Definitions
Factors to be considered in decisions related to marine aquaculture sites
Options to Lease
Details in call for proposals
Unsolicited proposal for option to lease
Issuing options to lease
Fee required to secure option to lease
Duration of option to lease
Public notice of issued option to lease
Scoping process for option to lease holder for marine aquaculture site
New application for a marine site in a non-designated area
Incomplete application
Adjudicative Amendments
Approval to advance application for adjudicative amendment
Scoping process for applicant for adjudicative amendment
Applying for adjudicative amendment
Consultations on adjudicative amendment application
Performance review on application for adjudicative amendment
Minister must refer application to Review Board
Adjudicative Hearings
Adjudicative hearing process
Date of adjudicative hearing
Public notice of adjudicative hearing
Pre-hearing submissions for adjudicative hearing
Location of adjudicative hearing
Parties to adjudicative hearing
Request for intervenor status

Copies of documents to intervenor
Intervenors' evidence may be consolidated
Copies of documents and correspondence to parties
Review Board authority
Opening adjudicative hearing
Adjourning and reconvening adjudicative hearing
Evidence at adjudicative hearing
Documentary and real evidence at adjudicative hearing
Public participation in adjudicative hearing
Questions at adjudicative hearing
Conclusion of adjudicative hearing
Record of adjudicative hearing
Decision on application for adjudicative hearing
Deadline for implementing Review Board decision
Administrative Decisions
Prescribed process for administrative decisions
Manner of applying to Administrator
Consultations on application to Administrator
Public submissions on application to Administrator
Administrator's decision
Land-based Aquaculture
Factors to be considered in application for land-based aquaculture licence
Applications for land-based aquaculture
U-fish operations
Special Experimental Leases and Licences
Applying for special experimental licence
Applying for special experimental lease
Research purposes
Research results
No assigning special experimental licence or lease
Conversion to commercial purpose
Institutional Licences and Leases
Applying for institutional licence
Applying for institutional lease
Terms and Conditions of Aquaculture Licences and Aquaculture Leases
Term and renewal of aquaculture licence or aquaculture lease
Application of Sections 54 to 58
Information included on licence or lease
Location and marking
Security bond
Access for riparian land owner
Recording and reporting requirements
No sublicensing or subletting
Use of aquaculture site
Discontinuance of Aquacultural Operation at Marine Site
Request for certificate of discharge
When Minister may remediate aquaculture site
Certificate of discharge
Reallocated Marine Aquaculture Sites
Definition for Sections 64 to 67
Call for proposals

Evaluating proposals
Application requirements for reallocation of marine aquaculture site
Aquaculture Development Areas
Definition for Sections 68 to 70
Call for proposals
Evaluating proposals
Application requirements for licence and lease in aquaculture development area
Performance Reviews Conducted by Administrator
Definition for Sections 72 and 73
Timing of performance reviews
Outcomes of performance review
Fee Payments and Fee Waivers
Fees required
Application fee payable on date application submitted
Prescribed Fees
Fee to secure option to lease
Fees for aquaculture licence and aquaculture lease applications
Annual fees
Minister may waive annual fee

Citation

1 These regulations may be cited as the *Aquaculture Licence and Lease Regulations*.

Definitions

2 In these regulations,

"Act" means the *Fisheries and Coastal Resources Act*;

"adjudicative amendment" means an amendment to an aquaculture licence or aquaculture lease that the Review Board is required by clause 49(b) or (c) of the Act to decide on;

"adjudicative hearing" means a public hearing held by the Review Board as required by Section 51 of the Act in accordance with the process set out in Sections 17 to 36;

"aquaculture development area" means an aquaculture development area designated by the Minister under clause 56(1)(a) of the Act;

"bottom shellfish with gear method" means a method of shellfish aquaculture using gear placed on the solum;

"bottom shellfish without gear method" means a method of shellfish aquaculture practised without using gear placed on the solum;

"development plan" means a document that specifies the technical aspects and feasibility of an aquacultural operation at a particular site;

"Farm Management Plan" means a farm management plan as required by the *Aquaculture Management Regulations* made under the Act;

"institutional lease" means an institutional lease granted by the Administrator under Section 55A of the Act;

"institutional licence" means an institutional licence granted by the Administrator under Section 55A of the Act;

"intervenor" means a person who is granted leave to intervene in an adjudicative hearing before the Review Board under Section 23;

"option to lease" means an option issued by the Minister under subsection 44A(4) of the Act to lease a tract of Crown land that is not designated as an aquaculture development area;

"prescribed fee" means a fee prescribed in Sections 76 to 78;

"reallocation", in relation to an aquaculture site, means the issuance of an aquaculture licence or aquaculture lease for the aquaculture site after the revocation of its previous aquaculture licence or aquaculture lease, as referred to in clauses 54A(1)(f) and 58(1)(e) of the Act and subsection 59(2) of the Act;

"special experimental lease" means a special experimental lease granted by the Administrator under Section 55 of the Act;

"security bond" means a surety bond or any other form of financial security acceptable to the Administrator;

"special experimental licence" means a special experimental licence granted by the Administrator under Section 55 of the Act;

"suspended shellfish method" means a method of shellfish aquaculture using gear placed in the water column;

"u-fish pond" means a pond stocked with fish that meets all of the following criteria:

(i) it is located on private property,

(ii) in the opinion of the Administrator, it is used primarily for the purpose of allowing persons to fish in the pond with rod and line for a fee.

Factors to be considered in decisions related to marine aquaculture sites

3 In making decisions related to marine aquaculture sites, the Review Board or Administrator must take all of the following factors into consideration:

(a) the optimum use of marine resources;

(b) the contribution of the proposed operation to community and Provincial economic development;

(c) fishery activities in the public waters surrounding the proposed aquacultural operation;

(d) the oceanographic and biophysical characteristics of the public waters surrounding the proposed aquacultural operation;

(e) the other users of the public waters surrounding the proposed aquacultural operation;

(f) the public right of navigation;

(g) the sustainability of wild salmon;

(h) the number and productivity of other aquaculture sites in the public waters surrounding the proposed aquacultural operation;

Options to Lease

Details in call for proposals

4 A call for proposals for options to lease issued by the Minister must include any details the Minister considers necessary, including all of the following:

(a) a description of the geographic area under consideration;

(b) the types of species to be cultivated;

(c) the method of cultivation to be used;

(d) the deadline for submitting a proposal;

(e) the number of options to be issued.

Unsolicited proposal for option to lease

5 The Minister may entertain an unsolicited proposal for an option to lease in a manner determined by the Minister.

Issuing options to lease

6 **(1)** The Minister may establish procedures for evaluating proposals for and issuing options to lease.

(2) The Minister has sole discretion in deciding whether to issue an option to lease and, if issued, whether to issue it

(a) as set out in the proposal for the option; or

(b) with variations from the proposal for the option.

(3) In deciding on a proposal for an option to lease, the Minister may take any of the following into consideration:

(a) the potential benefits to the community and Province;

(b) any previous record of the proponent related to aquacultural operations;

(c) the ability of the proponent to carry out the proposal;

(d) the concentration of current and proposed aquacultural operations, in order to ensure orderly development of the industry;

(e) the suitability of the proposal, determined in accordance with any policies established by the Minister.

(4) Before issuing an option to lease, the Minister must notify the proponent that their proposal has been approved and that a fee to secure the option must be paid as required by Section 7 before the option to lease will be issued.

Fee required to secure option to lease

7 **(1)** To secure an option to lease, a proponent must pay the prescribed fee no later than 15 days after the date the Minister notifies the proponent under subsection 6~~(5)~~[(4)] of their successful proposal for the option to lease.

(2) The Minister must not issue an option to lease to a proponent who does not pay the prescribed fee as required by subsection (1).

Duration of option to lease

8 **(1)** Unless it is renewed under subsection (2), an option to lease expires on the date determined by the Minister, which must be no later than 6 months from the date the option is issued.

(2) At the written request of the holder, the Minister may grant an extension of up to 6 months to the duration of an option to lease.

Public notice of issued option to lease

9 **(1)** The Minister must publish notice of an issued option to lease on the Department's website and in the *Royal Gazette* Part I no later than the following dates:

(a) 30 days after the option has been issued; or

(b) 60 days after the option has been issued, if requested by the proponent and approved by the Minister.

(2) Notice of an issued option to lease must include any information determined by the Minister.

(3) In addition to publishing notice of an issued option to lease as required by subsection (1), the Minister may do any of the following:

(a) notify any person, group of persons or organization, as determined by the Minister, of the issued option to lease;

(b) publish notice of the issued option to lease by any means determined by the Minister.

Scoping process for option to lease holder for marine aquaculture site

10 **(1)** Before submitting an application for an aquaculture licence or aquaculture lease for a marine aquaculture site in the area for which their option to lease was issued, an option to lease holder must complete a scoping process.

(2) The scoping process required by subsection (1) must be carried out as determined by the Minister and must include at least 1 public information meeting that is

(a) organized by the option to lease holder; and

(b) held in the community that the Minister determines is the most appropriate community closest to the location of the aquaculture site that is the subject of the option to lease.

(3) An option to lease holder must publish notice of the public information meeting required by subsection (2) in a manner determined by the Minister.

New application for a marine site in a non-designated area

11 **(1)** An option to lease holder who wishes to apply for an aquaculture licence or aquaculture lease must submit their application

(a) after completing the scoping process required by Section 10; and

(b) before their option to lease expires.

(2) In addition to any information required by the Minister under Section 46 of the Act, an option to lease holder must include all of the following with their application for an aquaculture licence or aquaculture lease:

(a) a report on the scoping process carried out under Section 10, including any details required by the Minister;

(b) a development plan that meets the criteria established by the Minister for the type of aquacultural operation to be carried out under the licence or lease.

Incomplete application

11A (1) If the Minister considers an application for an aquaculture licence and aquaculture lease to be incomplete, the Minister must notify the applicant in writing of all of the following:

(a) that the application is incomplete;

(b) that, for the application to be processed, the applicant must provide the additional required information no later than 90 days after the date of the Minister's notice.

(2) If an applicant does not submit the required additional information in compliance with the deadline in clause (1)(b), the Minister must notify the applicant in writing that the application is deemed to be withdrawn.

Adjudicative Amendments

Approval to advance application for adjudicative amendment

11B (1) In this Section,

"approval" means an approval issued by the Minister under subsection 47A(4) of the Act to advance an application for an adjudicative amendment before the Review Board; and

"proposal" means a proposal to the Minister under subsection 47A(1) of the Act to advance an application for an adjudicative amendment before the Review Board.

(2) The Minister may establish procedures for evaluating proposals and issuing approvals.

(3) Subject to any extension granted under subsection (4), the prescribed duration of approvals for the purpose of clause 47A(5)(b) of the Act is 6 months.

(4) At the written request of the holder of an approval, the Minister may extend the approval's duration for up to 6 months.

Scoping process for applicant for adjudicative amendment

12 (1) Before applying for an adjudicative amendment, the holder of the aquaculture licence or aquaculture lease must complete a scoping process.

(2) The scoping process required by subsection (1) must be carried out as determined by the Minister and must include at least 1 public information meeting that is

(a) organized by the holder of the aquaculture licence or aquaculture lease; and

(b) held in the community that the Minister determines is the most appropriate community closest to the location of the site that is the subject of the aquaculture licence or aquaculture lease.

(3) A prospective applicant for an adjudicative amendment must publish notice of the public information meeting required by subsection (2) in a manner determined by the Minister.

Applying for adjudicative amendment

13 An application for an adjudicative amendment must include any information or documentation that the Minister considers necessary to assess the application, including all of the following:

(a) a report on the scoping process carried out under Section 12, including any details required by the Minister;

(b) an updated development plan that meets the criteria established by the Minister for the type of aquacultural operation to be carried out under the amended aquaculture licence or lease.

Consultations on adjudicative amendment application

14 (1) On receipt of a completed application for an adjudicative amendment, the Minister must appoint an employee of the Department to undertake consultations with any of the following as required under the laws of the Province or of Canada with respect to the application:

(a) a department or agency of the Government of Nova Scotia;

(b) a department or agency of the Government of Canada.

(2) In addition to any required consultation referred to in subsection (1), the Minister may appoint an employee of the Department to undertake consultations with any person, group of persons or organization that the Minister considers necessary in the circumstances.

Performance review on application for adjudicative amendment

15 (1) On receipt of a completed application for an adjudicative amendment, the Minister must appoint an employee of the Department to conduct a performance review of the aquacultural operation that is the subject of the amendment.

(2) The Minister must determine the criteria for and scope of a performance review under this Section.

Minister must refer application to Review Board

16 The Minister must refer a completed application for an adjudicative amendment to the Review Board, along with all of the following:

(a) a report on the outcomes of any consultations undertaken under Section 14;

(b) a report on any outcomes of the performance review conducted under Section 15.

Adjudicative Hearings

Adjudicative hearing process

17 The Review Board must follow the adjudicative hearing process with respect to any of the following applications:

(a) an aquaculture licence or aquaculture lease application with respect to a marine site in an area not designated as an aquaculture development area, as referred to in clause 49(a) of the Act;

(b) an application for an adjudicative amendment.

Date of adjudicative hearing

18 (1) No later than 15 days after receiving an application referred by the Minister, the Review Board must set a date for an adjudicative hearing.

(2) The date of an adjudicative hearing must be at least 60 days but no later than 90 days after the date on which the Review Board sets the adjudicative hearing date under subsection (1).

(3) The Review Board must give the parties to an adjudicative hearing at least 60 days' written notice of the hearing date.

Public notice of adjudicative hearing

19 **(1)** At least 60 days before the date set for an adjudicative hearing, the clerk of the Review Board must publish notice of the adjudicative hearing on the Department's website and in the Royal Gazette Part I.

(2) Public notice of an adjudicative hearing must include all of the following information:

(a) the nature of the hearing;

(b) the time and place of the hearing;

(c) the location of the aquaculture site that is the subject of the adjudicative hearing;

(d) the species and method of cultivation proposed;

(e) the applicant's name;

(f) any information about the hearing that the Review Board determines should be made public.

(3) In addition to publishing notice of an adjudicative hearing as required by subsection (1), the clerk of the Review Board may publish the notice by any means determined by the Review Board.

Pre-hearing submissions for adjudicative hearing

20 Members of the public may submit written comments to the Review Board during the notice period provided for an adjudicative hearing and in the manner determined by the Review Board.

Location of adjudicative hearing

21 An adjudicative hearing must be held in the community that the Review Board determines is the most appropriate community closest to the aquaculture site that is the subject of the hearing.

Parties to adjudicative hearing

22 All of the following are parties to an adjudicative hearing:

(a) the applicant;

(b) any intervenor;

(c) the Minister or the Minister's designate.

Request for intervenor status

23 **(1)** A person may request intervenor status from the Review Board.

(2) A request under subsection (1) must be in writing in a form determined by the Review Board and must be submitted to the Review Board no later than 10 days after the date that notice of the adjudicative hearing is published under Section 19.

(3) No later than 10 days after the date it receives a request for intervenor status, the Review Board must decide whether to grant or refuse the request.

(4) The Review Board must grant intervenor status to any person requesting it who, in the opinion of the Review Board, is substantially and directly affected by the hearing.

(5) A decision made by the Review Board with respect to intervenor status is final.

(6) No later than 5 days after deciding on a request for intervenor status, the Review Board must provide notice of its decision to the person requesting intervenor status and, if the request is granted, to each of the parties to the proceeding.

Copies of documents to intervenor

24 (1) Subject to any order under subsection (2) respecting confidentiality, promptly after receiving ~~of~~ any of the following documents referred by the Minister for an adjudicative hearing, the Review Board must provide copies of the documents to an intervenor in the hearing:

(a) for an application for a new aquaculture licence or aquaculture lease for a marine site in a non-designated area, the documents referred to in subsection 11(2);

(b) for an application for an adjudicative amendment, the documents referred to in Section 13.

(2) If an applicant requests, consistent with the Review Board's procedures, that the Review Board hold a document in confidence, the requirement to provide copies in subsection (1) does not apply until the Review Board makes an order respecting the confidentiality of the document, and the requirement must then be applied only in a manner consistent with the Review Board's order.

Intervenors' evidence may be consolidated

25 The Review Board may require all or part of 2 or more intervenors' evidence to be consolidated if the Review Board determines that consolidation is necessary to avoid repetitive or cumulative evidence.

Copies of documents and correspondence to parties

26 (1) Subject to any order under subsection (1A) respecting confidentiality, a party to an adjudicative hearing who files any correspondence or document with the Review Board, other than a document referred to in Section 24, must at the same time deliver a copy of the document or correspondence to each of the other parties to the adjudicative hearing.

(1A) If a party to an adjudicative hearing requests, consistent with the Review Board's procedures, that the Review Board hold a document in confidence, the requirement to deliver copies in subsection (1) does not apply until the Review Board makes an order respecting the confidentiality of the document, and the requirement must then be applied only in a manner consistent with the Review Board's order.

(2) At the same time it delivers any correspondence to a party to an adjudicative hearing, the Review Board must deliver a copy of the correspondence to each of the other parties.

Review Board authority

27 (1) If procedures are not provided for in these regulations or in the Act, the Review Board may do whatever is necessary and permitted by law to enable it to effectively and completely adjudicate on the matter before it.

(2) The Review Board may dispense with, amend, vary or supplement all or part of the procedures for adjudicative hearings set out in these regulations if it is satisfied that the special circumstances of the application before it so require or it is in the public interest to do so.

Opening adjudicative hearing

28 The Review Board must open an adjudicative hearing by describing in general terms the purpose of the adjudicative hearing and the general procedure governing its conduct.

Adjourning and reconvening adjudicative hearing

29 **(1)** The Review Board may adjourn an adjudicative hearing and reconvene the adjudicative hearing at any time and at any place the Review Board considers appropriate.

(2) The Review Board must provide reasonable notice of the time and place of a reconvened hearing to the parties to the hearing and to the public.

Evidence at adjudicative hearing

30 **(1)** Evidence presented at an adjudicative hearing must be relevant to all of the following:

(a) the proposed aquacultural operation, including its geographic location;

(b) the factors to be considered by the Review Board as required by Section 3.

(2) The Review Board may exclude anything it considers to be hearsay, irrelevant, immaterial or unduly repetitious from the evidence presented at an adjudicative hearing.

(3) A party is not entitled to present the evidence of an expert witness at an adjudicative hearing unless

(a) the evidence is in the form of a report that includes the expert's name, address and qualifications, along with a statement of the substance of the expert's proposed evidence; and

(b) the party has provided the evidence to the Review Board and each of the other parties as required by subsection (5).

(4) A party to an adjudicative hearing may submit written evidence or present oral testimony to explain their position.

(5) At least 15 days before the date of an adjudicative hearing, a party who intends to present written or visual evidence at the adjudicative hearing must provide that evidence to the Review Board through an affidavit, with a copy to each of the other parties.

(6) The Review Board may take notice of any facts of which judicial notice could be taken.

Documentary and real evidence at adjudicative hearing

31 **(1)** The clerk of the Review Board must number or otherwise identify each document, material item and object offered and accepted as evidence in an adjudicative hearing.

(2) The Review Board may accept evidence submitted in the form of a copy or excerpt if the original is not readily available.

(3) The Review Board may require any person presenting a document or photograph as an exhibit to submit a specified number of copies, unless the document or photograph is determined to be unsuitable for reproduction.

Public participation in adjudicative hearing

32 **(1)** Any member of the public may participate in an adjudicative hearing by making a sworn oral statement or an affirmation providing the Review Board with all of the following information:

(a) their name;

(b) their place of residence;

(c) their position on the issues, subject to any limits, terms and conditions determined by the Review Board.

(2) The Review Board must limit the duration of oral testimony given by a member of the public to 6 minutes per person.

(3) To be considered by the Review Board, a sworn oral statement or an affirmation provided by any member of the public must be in relation to 1 or more of the factors set out in Section 3.

Questions at adjudicative hearing

33 (1) The Chair of the Review Board may determine the order of questioning at an adjudicative hearing.

(2) The Chair may exclude any question that, in the opinion of the Chair, is outside of the terms of reference of the Review Board or is needlessly repetitive in nature.

(3) The Chair may limit the number of questions that may be asked at an adjudicative hearing.

(4) A question addressed to a group of persons representing a party may be directed to a specific member of the group or all members present in person.

(5) If a question is directed to a specific member of a group representing a party and that person is unable to answer because of a lack of knowledge or qualification, the Chair may permit another member of the group to provide an answer.

(6) If a party is unable to answer a question without further consultation or research, the party must undertake to provide an answer on or before the close of the hearing or, if that is not possible, no later than 7 days after the close of the adjudicative hearing, and the clerk must provide the response to the person who asked the question and to any other person on request.

Conclusion of adjudicative hearing

34 (1) At the conclusion of an adjudicative hearing, the record of the hearing must be closed and, except by agreement of all parties or as specified by the Review Board in accordance with subsection (2), no other evidence may be entered into the record.

(2) The Review Board may re-open the record of an adjudicative hearing after it has been closed to take additional evidence on specific issues if the Review Board is not satisfied that all necessary information to make a decision has been presented.

Record of adjudicative hearing

35 (1) The clerk of the Review Board must keep a full and complete record for each adjudicative hearing.

(2) A record of an adjudicative hearing must include all of the following:

(a) the application;

(b) supporting documents;

(c) all exhibits.

Decision on application for adjudicative hearing

36 **(1)** No later than 30 days after the date that an adjudicative hearing concludes, the Review Board must decide on the application and issue a written decision that includes the reasons for the decision.

(2) In setting out reasons in a written decision, the Review Board must include all of the following:

(a) the findings of fact on the evidence related to the factors set out in Section 3;

(b) the conclusions of law based on the findings of fact;

(c) particulars of any deviations by the Review Board from the procedures for adjudicative hearings set out in these regulations, as allowed under subsection ~~24~~[27](2).

(3) Once a written decision on an application is issued by the Review Board, the clerk of the Review Board must

(a) send a certified copy of the decision to each party to the adjudicative hearing on the application; and

(b) publish a certified copy of the decision on the Department's website.

Deadline for implementing Review Board decision

37 An action of the Minister to implement a decision of the Review Board must be taken no later than 15 days after the closing date of the appeal period set out in Section 50 of the Act.

Administrative Decisions

Prescribed process for administrative decisions

38 **(1)** Except as provided in subsection (2), the process set out in Sections 39 to 42 is prescribed as the process to be followed by the Administrator in making a decision with respect to an application for any of the following:

(a) an aquaculture licence or aquaculture lease in a designated aquaculture development area;

(b) an aquaculture licence for a land-based aquaculture site;

(c) an amendment of an aquaculture licence or aquaculture lease;

(d) a renewal of an aquaculture licence or aquaculture lease;

(e) an assignment of an aquaculture licence or aquaculture lease;

(f) a special experimental licence or special experimental lease;

(g) a reallocation of an aquaculture site;

(h) an institutional licence or institutional lease in a designated aquaculture development area.

(2) The administrative decision process prescribed by subsection (1) is not required for any of the following:

(a) a routine amendment to an aquaculture licence or aquaculture lease that is required to correct an error or to address a revised policy or a regulatory change of the Government of Nova Scotia or of the Government of Canada;

(b) a request for corresponding expiry dates under subsection 52(5);

(c) a renewal of a special experimental licence or special experimental lease;

(d) an amalgamation of aquaculture licences or aquaculture leases and their associated aquaculture sites.

Manner of applying to Administrator

39 Any application referred to in clauses 38(1)(c) to (f) must be made in a manner determined by the Administrator.

Consultations on application to Administrator

40 **(1)** On receipt of a completed application that is within the jurisdiction of the Administrator, the Administrator must undertake consultations with any of the following as required under the laws of the Province or of Canada with respect to the application:

(a) a department or agency of the Government of Nova Scotia;

(b) a department or agency of the Government of Canada.

(2) In addition to any required consultation referred to in subsection (1), the Administrator may undertake consultations with any person, group of persons or organization that the Administrator considers necessary in the circumstances.

Public submissions on application to Administrator

41 **(1)** On completion of any consultations conducted under Section 40 with respect to an application, the Administrator must publish a notice on the Department's website and in the Royal Gazette Part I inviting the public to submit written comments on the application to the Administrator within the 30 days following the date the notice is published.

(2) A public notice under subsection (1) must specify the period during which written comments may be submitted together with any additional information that the Administrator determines to be necessary.

(3) In addition to the means of publishing required by subsection (1), the Administrator may publish a notice inviting written comments on an application by any other means determined by the Administrator.

(4) A member of the public may submit written comments about an application to the Administrator by mail, fax or e-mail.

(5) To be considered by the Administrator, a written submission from a member of the public must meet all of the following requirements:

(a) it must identify the person making the comments and include contact information;

(b) it must describe how the person making the comment is connected with the matter to be determined;

(c) it must be submitted within the 30-day period specified in the notice published under subsection (1);

(d) if it concerns a marine aquaculture site, it must be in relation to 1 or more of the factors set out in Section 3;

(e) if it concerns a land-based aquaculture site, it must be in relation to 1 or more of the factors set out in Section 43.

Administrator's decision

42 **(1)** After the close of submissions under Section 41, the Administrator must decide on the application and issue a written decision that includes the reasons for the decision.

(2) On issuing a written decision, the Administrator must

(a) send a copy of the written decision issued to the applicant; and

(b) publish a copy of the decision on the Department's website.

Land-based Aquaculture

Factors to be considered in application for land-based aquaculture licence

43 In deciding on an application for a land-based aquaculture licence, the Administrator may take the following factors into consideration:

(a) the financial viability of the proponent and the proposed operation;

(b) the extent to which the proposal is in accordance with the Act, the relevant regulations made under the Act and any guidelines or policies established by the Minister;

(c) the technical viability of the proposed operation;

(d) any factors that the Administrator considers relevant to the application.

Applications for land-based aquaculture

44 In addition to any information required by the Minister under Section 46 of the Act, an application for a land-based aquaculture licence must include a development plan together with any information or documentation that the Administrator considers necessary to assess the application.

U-fish operations

45 **(1)** Sections 43 and 44 apply to an application for an aquaculture licence for a u-fish pond.

(2) The holder of an aquaculture licence for a u-fish pond must not process and sell the aquacultural produce from their u-fish pond.

Special Experimental Leases and Licences

Applying for special experimental licence

46 A person who wishes to conduct aquaculture to do any of the following may apply for a special experimental licence:

(a) test or develop new technology or methods;

(b) carry out basic research;

(c) test the technical feasibility of a aquaculture site.

Applying for special experimental lease

47 An applicant for a special experimental licence must also apply for a special experimental lease if the proposed aquaculture site is on Crown land.

Research purposes

48 Aquaculture conducted under a special experimental licence must be in support of research and must not be on a scale that exceeds the research purposes for which the special experimental licence or special experimental lease was granted.

Research results

49 **(1)** A holder of a special experimental licence must make a summary of the research results from the aquaculture conducted under the experimental licence available to the Minister.

(2) The Minister, in the Minister's sole discretion, may release the summary submitted under subsection (1) to the public in full or in part.

No assigning special experimental licence or lease

50 **(1)** A holder of a special experimental licence or special experimental lease must not assign the special experimental licence or special experimental lease.

(2) An assignment contrary to subsection (1) is void.

Conversion to commercial purpose

51 A holder of a special experimental licence or special experimental lease applying for a commercial aquaculture licence or aquaculture lease must apply to the Minister in accordance with Section 45 of the Act and these regulations, including any requirement to submit a proposal for an option to lease, if the application is for either of the following:

(a) the same site;

(b) an area that includes all or part of the same site.

Institutional Licences and Leases

Applying for institutional licence

51A An applicant for an institutional licence must apply in a manner determined by the Administrator.

Applying for institutional lease

51B If the proposed aquaculture site is on Crown land, an applicant for an institutional licence must also apply for an institutional lease.

Terms and Conditions of Aquaculture Licences and Aquaculture Leases

Term and renewal of aquaculture licence or aquaculture lease

52 **(1)** Except as provided in subsection (3), the term of an aquaculture licence must not exceed 10 years, and an aquaculture licence may be renewed for further terms of no longer than 10 years each.

(2) Except as provided in subsection (3), the term of an aquaculture lease must not exceed 20 years, and an aquaculture lease may be renewed for further terms of no longer than 20 years each.

(3) A special experimental licence or a special experimental lease is valid for a term of 1 year and may be renewed annually for up to 5 years.

(4) On application by the holder of an aquaculture licence or aquaculture lease at least 6 months before its term expires, the Administrator may renew the licence or lease.

(5) On request by the holder of an aquaculture licence or aquaculture lease, the Administrator may amend the expiry date of the licence or lease so that it corresponds with the expiry date of another aquaculture licence or aquaculture lease granted to the same holder, but only if this does not result in the granting or renewal of a term longer than that permitted under subsection (1) or (2).

Application of Sections 54 to 58

53 Sections 54 to 58 apply to all aquaculture licences and aquaculture leases, including, unless otherwise specified, special experimental licences and special experimental leases.

Information included on licence or lease

54 (1) An aquaculture licence or aquaculture lease must indicate all of the following information:

(a) the species that may be cultivated under the licence or lease;

(b) the methods of cultivation authorized under the licence or lease;

(c) the geographic coordinates of the boundaries of the site under the licence or lease.

(2) In addition to the requirements of subsection (1), an aquaculture licence or aquaculture lease may specify the maximum amount of aquacultural produce allowed on the site.

Location and marking

55 (1) An aquaculture licence holder must mark each of their sites in a manner determined by the Minister and keep each site marked during the term of their licence.

(2) An aquaculture licence holder must ensure all of the following:

(a) that each of their sites is marked as required under subsection (1) before any development takes place at the site;

(b) that equipment and aquacultural produce related to any of their sites remain within the geographic boundaries of that site.

Security bond

56 (1) An aquaculture licence holder must ensure that a security bond is in place for the aquaculture site under the licence until a certificate of discharge has been issued by the Administrator.

(2) The holder of a new aquaculture licence must not begin their aquacultural operation until any applicable security bond has been approved by the Administrator.

(3) A person carrying out an aquacultural operation under an existing aquaculture licence on the date these regulations come into force must, no later than 18 months after that date, provide the Administrator with proof that any security bond required by this Section is in place and meets the requirements of this Section.

(4) A security bond must be in a form satisfactory to the Administrator.

(5) Except as provided in subsection (6), and subject to subsection (7) and (8), a security bond must be in an amount equal to the amount set out in the following table for the type of aquacultural operation carried out by the licensee:

Type of Aquacultural Operation	**Security Bond Amount**
Land-based operation	none
Operation using only bottom shellfish without gear method	none
Operation using bottom shellfish with gear method, site size 10 ha or smaller	$500.00
Operation using bottom shellfish with gear method, site size larger than 10 ha and smaller than or equal to 50 ha	$1000.00
Operation using bottom shellfish with gear method, site size larger than 50 ha	$1500.00
Operation using suspended method for shellfish, marine plant or other species, site size 10 ha or smaller	$5000.00
Operation using suspended method for shellfish, marine plant or other species, site size larger than 10 ha and smaller than or equal to 50 ha	$10 000.00
Operation using suspended method for shellfish, marine plant or other species, site size larger than 50 ha	$15 000.00
Marine finfish operation	$1.50 per 100 kg licensed

(6) For a holder of a special experimental licence, the amount required for a security bond is 50% of the applicable amount specified in subsection (5).

(6A) For a holder of an institutional licence, the amount required for a security bond is 50% of the applicable amount specified in subsection (5).

(7) The security bond amount required for an aquaculture licence holder who is licensed for more than 1 species class on a site is the highest amount listed in subsection (5) that is applicable to that licensee.

(8) The Minister may approve collective security arrangements for a group of aquaculture licence holders if the Minister is satisfied that those arrangements will effectively meet the requirements of this Section.

Access for riparian land owner

57 An aquaculture licence holder must conduct their aquacultural operation so as not to deprive any riparian land owner of reasonable access to and from the water adjacent to the land of the riparian land owner.

Recording and reporting requirements

58 **(1)** An aquaculture licence holder must maintain current and accurate records of all of the following with respect to their aquacultural operation:

(a) all aquacultural produce sales, including the date, number or weight and destination of each sale;

(b) all losses of aquacultural produce by any means, including predation and weather;

(c) all on-site inventory;

(d) any information that the Minister requires to be recorded.

(2) An aquaculture licence holder must retain each record maintained under subsection (1) at their normal place of business for at least 7 years from the date of the last entry in the record.

(3) On request, an aquaculture licence holder must provide the Minister or the Minister's designate with any information from their records that is specified in the request in the manner and within the time period specified in the request.

(4) An aquaculture licence holder must submit an annual report to the Minister at a time determined by the Minister that sets out any information required by the Minister concerning the aquaculture licence holder's use of the aquaculture site under the licence and the productivity of the site.

No sublicensing or subletting

59 (1) A holder of an aquaculture licence must not sublicense their interest in an aquaculture site.

(2) A holder of an aquaculture lease must not sublet their interest in an aquaculture site.

(3) A sublicence or sublease contrary to this Section is void.

Use of aquaculture site

59A An aquaculture licence holder must use all of the aquaculture site for aquaculture purposes, to the degree and in the manner determined by the Administrator.

Discontinuance of Aquacultural Operation at Marine Site

Request for certificate of discharge

60 (1) On revocation of an aquaculture licence or aquaculture lease by the Administrator under Section 59A of the Act, or on the decision of an aquaculture licence holder to discontinue their marine aquacultural operation, the former aquaculture licence holder or aquaculture licence holder must obtain a certificate of discharge from the Administrator.

(2) A request to the Administrator for a certificate of discharge must include all of the following:

(a) a remediation plan;

(b) an anticipated date of completion of the remediation plan;

(c) payment of any outstanding fees that are owed for the aquaculture licence or aquaculture lease.

(3) On receipt of a request for a certificate of discharge, the Administrator must do 1 of the following with respect to the remediation plan submitted with the request:

(a) accept the remediation plan as submitted; or

(b) establish an amended remediation plan with or without adjusting the anticipated date of completion of the remediation plan.

When Minister may remediate aquaculture site

61 **(1)** The Minister may remediate an aquaculture site at the risk and expense of a former aquaculture licence holder or aquaculture licence holder in either of the following circumstances:

(a) the site is not remediated in accordance with the remediation plan by the anticipated date of completion provided in a request for a certificate of discharge under Section 60;

(b) the site is abandoned without the former aquaculture licence holder or aquaculture licence holder first requesting a certificate of discharge from the Administrator.

(2) The Minister may draw on the security bond of the former aquaculture licence holder or aquaculture licence holder to remediate an aquaculture site.

Certificate of discharge

62 On completion of a remediation plan established under Section 60 or a remediation carried out by the Minister under Section 61, the Administrator must issue a certificate of discharge to the former aquaculture licence holder or aquaculture licence holder and release any outstanding portion of their security bond.

Reallocated Marine Aquaculture Sites

Definition for Sections 64 to 67

63 In Sections 64 to 67, "proposal" means a proposal for the exclusive right to apply for reallocation of a marine aquaculture site.

Call for proposals

64 **(1)** The Administrator may issue a call for proposals.

(2) A call for proposals must include any details the Administrator considers necessary, including all of the following:

(a) a description of the location and size of the aquaculture site;

(b) the types of species to be cultivated;

(c) the method of cultivation to be used;

(d) the deadline for submitting a proposal.

Evaluating proposals

65 **(1)** The Administrator may establish the criteria for selecting a proposal and may, in the Administrator's sole discretion, do any of the following:

(a) select a proposal as submitted;

(b) select a proposal but require variations to the proposal;

(c) not select any proposals.

(2) On selecting a proposal, the Administrator must notify the successful proponent of the selection and of any variations to the proposal required by the Administrator under clause (1)(b).

Application requirements for reallocation of marine aquaculture site

66 **(1)** A proponent whose proposal is selected by the Administrator and who wishes to apply for an aquaculture licence and aquaculture lease for the aquaculture site being reallocated must submit their application no later than 90 days after the date of the Administrator's notice under subsection 65(2).

(2) In addition to any information required by the Minister under Section 46 of the Act, an application referred to in subsection (1) must be accompanied by a development plan together with any information or documentation that the Administrator considers necessary to assess the application.

Aquaculture Development Areas

Definition for Sections 68 to 70

67 In Sections 68 to 70, "proposal" means a proposal for the exclusive right to apply for an aquaculture licence and aquaculture lease for a site in an aquaculture development area.

Call for proposals

68 **(1)** The Minister may issue a call for proposals.

(2) A call for proposals must include any details the Minister considers necessary, including all of the following:

(a) a description of the location of the aquaculture development area;

(b) the types of species to be cultivated;

(c) the method of cultivation to be used;

(d) the size of the sites within the aquaculture development area;

(e) the deadline for submitting a proposal.

Evaluating proposals

69 **(1)** The Administrator may establish the criteria for selecting a proposal and may, in the Administrator's sole discretion, do any of the following:

(a) select 1 or more proposals as submitted;

(b) select 1 or more proposals but require variations to the proposal or proposals;

(c) not select any proposals.

(2) On selecting a proposal, the Administrator must notify the successful proponent of the selection and of any variations to the proposal required by the Administrator under clause (1)(b).

Application requirements for licence and lease in aquaculture development area

70 **(1)** A proponent whose proposal is selected by the Administrator and who wishes to apply for an aquaculture licence and aquaculture lease for a site within the aquaculture development area must submit their application no later than 90 days after the date of the Administrator's notice.

(2) In addition to any information required by the Minister under Section 46 of the Act, an application referred to in subsection (1) must be accompanied by a development plan together with any information or documentation that the Administrator considers necessary to assess the application.

Performance Reviews Conducted by Administrator

Definition for Sections 72 and 73

71 **(1)** In Sections 72 and 73, "performance review" means a performance review of an aquacultural operation required by this Section.

(2) The Administrator or a person designated by the Administrator must conduct performance reviews of aquacultural operations at the times specified in Section 72.

(3) The Minister must determine the criteria for and scope of a performance review.

Timing of performance reviews

72 The times specified for performance reviews are as follows:

(a) for a new aquaculture licence, following the first production cycle, as determined on initial issuance of the licence;

(b) on receiving an application to assign the aquaculture licence or aquaculture lease for the operation;

(c) on receiving an application to renew the aquaculture licence or aquaculture lease for the operation;

(d) on receiving an application for an amendment to the aquaculture licence or aquaculture lease for the operation that is under the jurisdiction of the Administrator;

(e) before entering the information related to that site into the aquaculture registry;

(f) at any time the Minister considers a performance review to be necessary.

Outcomes of performance review

73 **(1)** On completion of a performance review, the Administrator must notify the aquaculture licence holder of the outcome of the review.

(2) In a notice under subsection (1), the Adminstrator may address concerns raised in the review by either

(a) varying the terms and conditions of the aquaculture licence or aquaculture lease; or

(b) revoking the aquaculture licence or aquaculture lease in accordance with Section 59A of the Act.

Fee Payments and Fee Waivers

Fees required

74 **(1)** A fee must be paid for each application, renewal, assignment and amendment of an aquaculture licence or aquaculture lease under the Act or these regulations.

(2) All fees are payable to the Minister of Finance and Treasury Board.

(3) All fees are non-refundable.

Application fee payable on date application submitted

75 An application under these regulations is not considered complete and ready for processing until the application fee is paid.

Prescribed Fees

Fee to secure option to lease

76 The fee to secure an option to lease is $500.00.

Fees for aquaculture licence and aquaculture lease applications

77 **(1)** For an aquacultural operation at a marine aquaculture site that is in an area not designated as an aquaculture development area, or at a reallocated site, the application fee is as set out in the following table:

Application Type	Application Fee	
	Licence	Lease
New licence or lease for finfish operation	$1000.00	$1000.00
New licence or lease for operation using only bottom shellfish without gear operation	$250.00	$250.00
New licence for operation using bottom shellfish with gear method	$375.00	$375.00
New licence or lease for suspended shellfish operation	$500.00	$500.00
New licence or lease for operation using suspended method for marine plants or other species	$250.00	$250.00
Amendment to add finfish to a non-finfish operation	$1000.00	$1000.00
Amendment to add or change species, other than to add finfish to a non-finfish operation	$250.00 per species	$250.00 per species
Amendment to change culture method to include suspended shellfish	$375.00	$375.00
Amendment to change culture method to include bottom shellfish with gear	$250.00	$250.00
Amendment to change culture method to include bottom shellfish without gear	$125.00	$125.00
Amendment to change site boundaries	$500.00	$500.00
Assignment	$250.00	$250.00

Renewal, other than renewal of special experimental licence or lease	$500.00	$1000.00
New special experimental licence or lease	$250.00	$250.00
Renewal of special experimental licence or lease	$50.00	$50.00
Amendment to site configuration without adding gear	$125.00	$125.00
Amalgamation of aquaculture licences or aquaculture leases and their associated aquaculture sites	$500.00	$500.00
New institutional licence or institutional lease	$250.00	$250.00
Renewal of institutional licence or institutional lease	$125.00	$125.00

(2) For an aquaculture site that is in an aquaculture development area, the application fee is as set out in the following table:

	Application Fee	
Application type	**Licence**	**Lease**
New licence or lease for finfish operation	$2000.00	$2000.00
New licence or lease for operation using only bottom shellfish without gear operation	$500.00	$500.00
New licence for operation using bottom shellfish with gear method	$750.00	$750.00
New licence or lease for suspended shellfish operation	$1000.00	$1000.00
New licence or lease for operation using suspended method for marine plants or other species	$500.00	$500.00
Amendment to add finfish to a non-finfish operation	$2000.00	$2000.00
Amendment to add or change species, other than to add finfish to a non-finfish operation	$500.00 per species	$500.00 per species
Amendment to change culture method to include suspended shellfish	$750.00	$750.00
Amendment to change culture method to include bottom shellfish with gear	$500.00	$500.00
Amendment to change culture method to include bottom shellfish without gear	$250.00	$250.00
Amendment to change site boundaries	$1000.00	$1000.00
Assignment	$250.00	$250.00
Renewal, other than renewal of special experimental licence or lease	$500.00	$1000.00

New special experimental licence or lease	$250.00	$250.00
Renewal of special experimental licence or lease	$50.00	$50.00
Amendment to site configuration without adding gear	$125.00	$125.00
Amalgamation of aquaculture licences or aquaculture leases and their associated aquaculture sites	$500.00	$500.00
New institutional licence or institutional lease	$250.00	$250.00
Renewal of institutional licence or institutional lease	$125.00	$125.00

(3) For a land-based aquaculture site, the application fee is as set out in the following table:

Application Type	**Application Fee**
Licence for new commercial operation	$500.00
Amendment to licence to add or change species	$250.00 per species
Commercial licence renewal	$500.00
Licence assignment	$250.00
New institutional licence	$250.00
Renewal of institutional licence	$250.00
New special experimental licence	$250.00
Renewal of special experimental licence	$50.00

Annual fees

78 **(1)** Except as provided in subsection (1A) for an institutional lease or institutional licence, an aquaculture licence or aquaculture lease holder must pay an annual fee on each anniversary date of the issuance of the licence or lease.

(1A) There is no annual fee for an institutional lease or an institutional licence.

(2) An annual fee that is not paid on the anniversary date of the issuance of the aquaculture licence or aquaculture lease is subject to a late fee.

(3) For any type of aquacultural operation other than one conducted under an institutional lease or institutional licence, the following annual fees apply:

Item	**Annual Fee**
Aquaculture licence	$398.10
Aquaculture lease	$13.30/ha
Late fee	10% of annual fee amount or $100, whichever is more

(4) If an amendment to an aquaculture lease results in a change to the annual fee, the annual fee payable for the year of the amendment is adjusted on a pro rata basis from the date of the amendment.

(5) The holder of an aquaculture licence to operate a u-fish pond is eligible for a rebate of $124.60 on their annual fees.

Minister may waive annual fee

79 **(1)** The Minister may waive annual fees payable by a person in connection with an aquaculture licence or aquaculture lease if all of the following conditions are met:

(a) existing environmental, food safety, market or fish health conditions have resulted in a loss to the person;

(b) the loss referred to in clause (a) cannot, in the opinion of the Minister, be mitigated;

(c) significant hardship is demonstrated by the person.

(2) An annual fee waiver granted under subsection (1) may apply to any of the following:

(a) 1 or more classes of aquacultural operations;

(b) 1 or more species of aquacultural produce;

(c) 1 or more geographic areas.

(3) A request to have an annual fee waived must be accompanied by any supporting information required by the Minister.

(4) Once a year, the Minister must review the records of fees waived during the preceding year.

Legislative History
Reference Tables

Aquaculture Licence and Lease Regulations
Fisheries and Coastal Resources Act

N.S. Reg. 347/2015

Note: The information in these tables does not form part of the regulations and is compiled by the Office of the Registrar of Regulations for reference only.

Source Law

The current consolidation of the *Aquaculture Licence and Lease Regulations* made under the *Fisheries and Coastal Resources Act* includes all of the following regulations:

N.S. Regulation	In force date*	How in force	Royal Gazette Part II Issue
347/2015	Oct 26, 2015	date specified	Nov 13, 2015
186/2019	Nov 12, 2019	date specified	Dec 6, 2019

The following regulations are not yet in force and are not included in the current consolidation:

N.S. Regulation	In force date*	How in force	Royal Gazette Part II Issue

*See subsection 3(6) of the *Regulations Act* for rules about in force dates of regulations.

Amendments by Provision

ad. = added
am. = amended
fc. = fee change
ra. = reassigned
rep. = repealed
rs. = repealed and substituted

Provision affected	How affected
2, defn. of "institutional lease".....	ad. 186/2019
2, defn. of "institutional licence".....	ad. 186/2019
2, defn. of "security bond".....	ad. 186/2019
9(1).....	rs. 186/2019
11A.....	ad. 186/2019
11B.....	ad. 186/2019
16.....	am. 186/2019

ad. = added
am. = amended
fc. = fee change
ra. = reassigned
rep. = repealed
rs. = repealed and substituted

Provision affected	How affected
24	ra. as 24(1), 186/2019
24(1)	ra. from 24, 186/2019; am. 186/2019
24(2)	ad. 186/2019
26(1)	am. 186/2019
26(1A)	ad. 186/2019
33(1)	rs. 186/2019
38(1)(a)	am. 186/2019
38(1)(h)	ad. 186/2019
38(2)	am. 186/2019
38(2)(b)	am. 186/2019
38(2)(c)-(d)	ad. 186/2019
41(4)	ra. from 41(5), 186/2019
41(5)	ra. as 41(4), 186/2019
41(5)	ra. from 41(6), 186/2019
41(5)(d)	am. 186/2019
41(5)(e)	ad. 186/2019
41(6)	ra. as 41(5), 186/2019
51	rs. 186/2019
51A	ad. 186/2019
51B	ad. 186/2019
53	am. 186/2019
56(6A)	ad. 186/2019
59A	ad. 186/2019
62	am. 186/2019
77(1)-(3)	am. 186/2019
78(1)	am. 186/2019
78(1A)	ad. 186/2019
78(3)	am. 186/2019
79	am. 186/2019

Note that changes to headings are not included in the above table.

Editorial Notes and Corrections

	Note	Effective date
1	Original text does not include subsection 41(4). **(corrected by N.S. Reg 186/2019)**	

Note	Effective date

Repealed and Superseded

N.S. Regulation	Title	In force date	Repealed date
15/2000	Aquaculture Licence and Lease Regulations	Feb 2, 2000	Oct 26, 2015

Note: Only regulations that are specifically repealed and replaced appear in this table. It may not reflect the entire history of regulations on this subject matter.